**REFLEXIONES ACERCA DE LA PELIGROSIDAD COMO
FACTOR IMPLÍCITO PARA LA OBTENCIÓN DE LA LIBERTAD
CONDICIONAL: A PROPÓSITO DEL CASO ÁLVAREZ
GUILLERMO (FALLOS 342: 1376)**

Dominique Ekstrom

INTRODUCCIÓN: El caso Álvarez¹ constituye un caso paradigmático, límite y revelador, en tanto se trata de decidir si el beneficio de la libertad condicional le puede ser otorgado a un homicida múltiple condenado por sentencia firme a las penas de prisión perpetua y reclusión por tiempo indeterminado previstas, entre otros, en los arts. 13, 52 y 53 del Código Penal argentino. La crónica contemporánea periodística a los hechos² lo calificó como: “...uno de los mayores asesinos seriales de la historia argentina” y en las diversas notas publicadas sobre el caso se transcribieron parcialmente las conclusiones de los peritos que lo examinaron durante el transcurso del juicio. Éstos lo calificaron como “narcisista, psicópata y perverso”, cuya condición social privilegiada³ tornaba poco común el caso; y éste llamó la atención de la opinión pública. En este contexto, cobra relevancia la respuesta jurisdiccional ante penas perpetuas y la posibilidad de establecer límites temporales que permitan acceder a institutos liberatorios. En particular, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 22 agosto 2019⁴ revocó el límite temporal fijado por los jueces de grado a

¹ Resumen de los hechos: En 1998 se lo condenó a reclusión perpetua más accesoria por tiempo indeterminado por el asesinato de Loitegui, Carballido y de Aguirre. Luego en 1998 el TOC 12 lo condenó a 18 años por el crimen de un interno. En 2015 ante recurso interpuesto. La Casación Federal indicó que la prisión perpetua no podía exceder los 25 años y le concedieron la libertad, que se le revocó al volver a delinquir meses después. En 2023 CIDH ordenó al estado argentino anular la sentencia del TOM1 en consonancia con irregularidades del proceso: “(...) tras la revocación del patrocinio a los abogados de confianza de Álvarez, el tribunal oral de menores no le concedió tiempo para el nombramiento del nuevo defensor, sino que destino de oficio a la nueva defensora pública oficial, que representaba a otro coimputado en el proceso”. Toda vez que entendió que la poca preparación de la nueva defensa afectó tanto su derecho a defenderse como la presunta inocencia de Álvarez. La comisión de la CIDH para el caso indicó estas reparaciones: “La CIDH 2023 solicita a la Corte medidas de justicia individual, que reparen integralmente las violaciones a derechos humanos experimentadas por el señor Álvarez. Estas, deben incluir el acceso de la víctima a un proceso que cumpla con los estándares expuestos tanto en el informe de fondo de la Comisión, así como en sus observaciones orales y escritas. En materia de garantías de no repetición, la Comisión enfatiza la importancia de asegurar que las de penas sean compatibles con la Convención, y por tanto se solicita se requiera al Estado realice una adecuación normativa sobre la prisión perpetua, así como de la accesoria del artículo 52 del Código Penal, que haga compatible las mismas, con las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado argentino, en particular con aquellas que derivan del artículo 5.6 de la Convención Americana”. En consonancia con esto último en 2024 la sala 2 de CNCP declaró la nulidad del juicio por los asesinatos de Carballido y Aguirre. Actualmente el TOC 28 deberá iniciar si corresponde su liberación o no, ya que es el tribunal encargado del nuevo debate oral. Finalmente, dado que el artículo 456 del Código Procesal Penal Nacional que contiene las limitaciones para una revisión integral sigue vigente, y que el nuevo Código Procesal Penal Federal (es de implementación progresiva), la Comisión solicita a la CIDH que, en coincidencia con anteriores casos, solicite al Estado adecue su ordenamiento interno. Ampliar en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/alvarez_ar/9_ofecidh.pdf

²Carabajal, G. (2021, January 29). La Corte Suprema confirmó la sentencia a un asesino serial. LA NACION. <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/la-corte-suprema-confirmando-sentencia-asesino-serial-nid2282882/>

³ Su padre era dueño de varias salas de cine en zona Norte PBA.

⁴ CCC 70150/2006/T01/1/2/RH11 Considerando 10.

los fines de otorgarle el beneficio de la libertad condicional y reenvió el caso para que se dictara un nuevo fallo; lo cual exhibe claramente el dilema, o bien se fija un límite temporal determinado de un modo análogo al de la “prisión perpetua revisable” del derecho europeo; o se le deniega ese beneficio, de manera tal que la pena deviene real y materialmente perpetua. Asimismo, con posterioridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación se volvió a expedir sobre las limitaciones a las penas de prisión perpetua.

1. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y LOS ANTECEDENTES DEL CASO.

En el Código Penal de la Nación Argentina se establecen penas privativas de la libertad sujetas a límites temporales determinados o indeterminados. Así, tanto la pena de prisión perpetua junto con la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado pueden considerarse como de límites indeterminados. Ambos tipos de penas tienen vencimiento, pero las indeterminadas están sujetas a condiciones particulares temporales más condiciones subjetivas para acceder a la libertad condicional, que las tornan “indeterminadas”. Tanto la pena de prisión perpetua, como la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, se entendían limitadas por la posibilidad, establecida en los artículos 14 y siguientes del Código Penal, según el texto anterior a la reforma introducida por la ley 27.375 de obtener la libertad condicional, después de transcurridos los límites temporales previstos en el artículo 13 de ese mismo código. En general, y para penas con límites determinados, en esos preceptos se exige el cumplimiento de dos tercios de la condena, y, en el caso de la prisión perpetua, el plazo de veinte años, así como un mínimo de cinco años adicionales en el caso de que a esa pena se añadiese la pena de reclusión por tiempo indeterminado. Por esta razón, tanto la doctrina como la jurisprudencia, desde siempre, admitieron la constitucionalidad de tales penas ya que, en la práctica, tanto la prisión perpetua como la reclusión por tiempo indeterminado no eran —en rigor— penas sin límite temporal, ya que la legislación admitía un límite concreto aunque impreciso. Por otra parte, según el artículo 53, CP, el sujeto puede solicitar la libertad definitiva cinco años luego de su libertad condicional, como ya fue mencionado. Empero la decisión de admitir la solicitud de libertad condicional está a cargo del poder judicial que resuelve teniendo en consideración tanto el periodo de prueba como el informe organismo de supervisión.

2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD CON LÍMITES INDETERMINADOS, O SUJETAS A UN RÉGIMEN DE LIBERTAD INDETERMINADO

I) El Congreso de la Nación tiene, según lo establecido en el artículo 67 inc. 11 de la Constitución de 1953/60 y el 75 inc. 12 de la Constitución reformada en 1994, atribución de dictar un código penal que, de manera uniforme, rija en todo el territorio nacional. Sin embargo, la condena y las condiciones de su cumplimiento, inclusive el beneficio de la libertad condicional, no están previstos únicamente en ese código y a dichos fines Rodolfo Moreno⁵ (h) en el año 1917 recordaba que: “Es necesario que se

⁵ Discurso del 21 de agosto de 1917, Cámara de Diputados de la Nación, Legislación Penal y Carcelaria-Proyectos presentados por el Sr. Diputado Rodolfo Moreno (h), Bs. As., 1922, p. 16, citado en el dictamen elaborado por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el que se analiza un proyecto de ley de ejecución penal para la provincia de Córdoba

dicte una ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidades toda la República y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia y en cada lugar se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo debiendo haber un solo Código penal, la aplicación de las represiones⁶ se hace de manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país”. En la actualidad, rige a ley 24.660, complementaria del Código Penal, en la que se establecen las condiciones de cumplimiento de la condena y las exigencias relacionadas con la concesión del beneficio de la libertad condicional⁷.

II) En el caso “Álvarez”⁸ a los fines de la determinación del límite temporal de la condena para conceder el beneficio de la libertad condicional, el juzgado de ejecución penal n° 4, en el que recayó la solicitud del beneficio, fijó el límite temporal de la condena en 37 años, término que fue revocado por la Sala 2 Cámara de Casación Penal Federal, que lo fijó en veinticinco años. Apelada esa sentencia, la Corte Suprema dejó sin efecto lo resuelto⁹ y reenvió el caso para que se dictara un nuevo fallo. En esta oportunidad expresó que, por una parte, la condena al cumplimiento de las penas de prisión perpetua y de reclusión por tiempo indeterminado ya se hallaban firmes y por otro, señaló: “Que, si bien el punto relativo a la inaplicabilidad al caso del art. 52 del Código Penal ha sido expresamente consentido por el Fiscal recurrente, y que, de este modo, su examen ha quedado fuera de la jurisdicción apelada de esta Corte, aun así, corresponde poner de manifiesto que la inconstitucionalidad de dicha norma ha sido dispuesta por el *a quo* con la mera remisión al caso de Fallos: 329:3680, omitiendo considerar el particular tenor de dicha sentencia”. En el fallo también se formularon consideraciones adicionales, en virtud de las que se concluyó que no correspondía admitir la conversión de la pena de prisión perpetua en una pena temporal, y en tal sentido se afirmó que: “...con arreglo a la solución adoptada al haber transformado la pena de reclusión perpetua en una pena que inexorablemente habría de agotarse a los veinticinco años, los jueces concedieron a Álvarez *contra legem* el derecho a que

a propuesta de una diputada de esa provincia, fechado el 22 de junio de 1998 y que lleva la firma de Eugenio Raúl Zaffaroni y Alejandro Slokar.

⁶ El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. Asamblea General. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver en https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf

⁷ Artículo 18 Constitución Nacional Argentina “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa”.

⁸ En Argentina están reprimidos con prisión perpetua los homicidios calificados, los delitos contra la integridad sexual seguidos de muerte, la privación ilegal de la libertad, la desaparición forzada de personas (en algunos supuestos), la tortura seguida de muerte, los delitos contra la seguridad de la nación y los traidores a la patria (arts. 80, 119, 120, 124, 142, 144, 170, 214, 215, 227 del CP) de los cuales solo pueden acceder a la libertad condicional los subsumidos en los arts. 142 ter 214, 215, 227. Eso termina concurriendo en que en la práctica la pena perpetua es materialmente perpetua y concluirá con la muerte del condenado intramuros y dichas penas de facto perpetuas se contradicen con los arts. 10.3 del Pacto Der Civiles y políticos y el 5.6 del CADH respecto a las penas degradantes, inhumanas y crueles. Ampliar en ALDERETE LOBO RUBEN. (2020, Nov 1). *Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina*. <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4823> p 45.

⁹ En la sentencia dictada en cumplimiento de ese fallo, el tribunal inferior tiene que tener en cuenta las pautas de la CSJN y dentro de ellas debe decidir nuevamente la misma cuestión que se le había planteado en esa misma instancia.

transcurrido el tiempo indicado sede por extinguida la pena cualquiera sea el comportamiento intramuros o el pronóstico de reinserción social y cercenando la facultad de los jueces de revocar el beneficio en caso de comisión de nuevo delito durante el período de la condicionalidad”¹⁰. En consecuencia, la Corte Suprema (CSJN) reenvió nuevamente el caso para que los jueces de las instancias inferiores resolvieran nuevamente el punto relacionado con el límite temporal de la pena y la solicitud de libertad condicional¹¹.

III) A la hora de dictar ese nuevo fallo, los jueces de grado se enfrentan al dilema de fijar nuevamente un límite temporal definido similar al régimen de la “pena perpetua¹² revisable” del TEDH y fijar las condiciones concretas en las cuales corresponde la liberación condicional. Esta decisión supone asumir la responsabilidad, moral, y política, además, de la eventual responsabilidad funcional que les pudiera ser atribuida, en caso de que el condenado por homicidios múltiples cometiera un nuevo delito de esas mismas y tan graves características. La decisión alternativa consistiría en denegar todas y cada una de las solicitudes de libertad condicional y de este modo convertir, de facto, las penas concebidas para ser cumplidas como temporales en penas realmente perpetuas, en contra de precedentes¹³ tal como el del caso Fermín Ramírez c. Guatemala, del 20 de junio de 2005 CIDH; Vinter y otros c. Reino Unido, del 9 de julio de 2013 del TEDH y Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/ incidente de recurso extraordinario CSJN Argentina.¹⁴ Como se explicará, esa decisión depende, implícitamente, de consideraciones sobre la “peligrosidad” más bien propias del derecho penal de autor, que del principio básico del derecho penal liberal que es el derecho penal del acto.¹⁵

Nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito reprochable, y rechaza toda forma de punición sobre la base de la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda atribuir al autor¹⁶.

¹⁰ Considerando 10.

¹¹ Ver Giménez Ibáñez Gramajo, Méndez. A, A. L. R. (2017, December 1). Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina. <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/3847>

¹² “(...) la pena de reclusión indeterminada del art. 52 del Código Penal es una clara manifestación de derecho penal de autor, sea que se la llame medida de seguridad o que se respete el digno nombre de pena, sea que se la quiera fundar en la culpabilidad o en la peligrosidad, en cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa...” (Fallos: 329:3680).

¹³ Fallos 329:2440 Giménez Ibáñez. El TEDH entiende que no constituye las penas indeterminadas violaciones art. 3 CEDE, y asimismo el estatuto Roma permite penas indeterminadas. Las penas indeterminadas entonces no serían invalidas si están sujetas a proporcionalidad y posibilidades reales de liberación,. Pero por ejemplo en argentina si sos reincidente por el art 14 CP no puedes acceder a la libertad como penado a perpetua (la única forma es mediante la libertad condicional).

¹⁴ Allí surge la dicotomía entre la obligatoriedad de los fallos de la CIDH para la argentina y la consideración de la gravedad que presupone para la sociedad toda, la posibilidad que ocurra un delito mas

¹⁵ Ramírez, Vinter Guerra.

¹⁶ Cabe aclarar que en el voto mayoritario del caso (Fallos 329:3680) "Gramajo", el Tribunal había destacado expresamente que la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 estaba siendo examinada en ese caso solo en cuanto establecía una

IV) Las penas¹⁷ con límites temporales indeterminados son objetadas por la posibilidad de transmutarse, de manera real, es decir, materialmente, en penas perpetuas y afectar el principio de certeza, debido a que las condiciones de revisión también son indeterminadas. Como regla, para la legislación argentina, las penas perpetuas son inconstitucionales¹⁸, “la clave entonces no parece ser atacar la certeza o indeterminación sino establecer tiempos razonables de privación de la libertad proporcionales a los hechos cometidos, así como pautas claras y precisas para determinar las posibilidades¹⁹ de libertad en el caso concreto”.²⁰

Al respecto, corresponde tener en cuenta que²¹ es posible que la imposición de penas perpetuas sea considerada válida, en la medida que su régimen garantice a todas las personas condenadas la posibilidad de revisar de sus sentencias. Es, como hemos señalado, el estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos emblemáticos como Kafkaris, Vinter y Magyar²². En el segundo, consideró que el régimen de prisiones perpetuas en el Reino Unido violaba la Convención Europea al ser incompatible con la dignidad humana, toda vez que privaba a las personas de su libertad sin brindarles la oportunidad de recuperar algún día (considerando 13). En suma, puede sostenerse que las penas perpetuas son inconstitucionales por su propia indeterminación que las vuelve castigos crueles e inhumanos, afectando así tanto al principio de certeza y toda vez que mantienen incólume la posibilidad de que se transformen en realmente

pena para multirreincidentes por delitos menores, y no respecto de la pena del art. 80 del Código Penal (cf. considerando 30, punto "p").” Fallos: 328:4343

¹⁷ “Puede decirse que ha quedado evidenciado que el nacimiento de las teorías correctivas como finalidad de la pena privativa de la libertad, no respondió únicamente a un punto de vista científico o político determinado, sino que fue consecuencia de todo un trasfondo histórico que derivó en ello... Mientras que las escuelas criminológicas clásicas veían en las penas un efecto disuasivo respecto de todos los integrantes de un ámbito social, siempre valorando las ventajas de la neutralización del “peligroso”, el ingreso de profesionales de otras ciencias (médicos, biólogos, psicólogos) al campo jurídico-penal cambió tal paradigma. Así, los individuos dejan de ser entes regidos bajo los principios del libre albedrío, sino que pasan a convertirse en piezas determinadas a comportarse de un modo en particular; en los peores casos, sin que se pueda hacer nada al respecto. Para ellos, corresponderá una medida de seguridad. Por otra parte, para quienes puedan comprenderla, una pena privativa de la libertad se ocupará de corregirlos e instaurar los principios básicos de cualquier sociedad (occidental): la cultura del estudio y del trabajo. Este será el camino hacia la reinserción social. Ahora bien, estas ideas no llegaron a la cima en soledad. La influencia del sistema de producción de capitales, como mencionamos con anterioridad, y la experiencia de las “workhouses” sin duda aportaron su grano de arena para que la finalidad “correctiva” se constituya como el sentido único de la pena de prisión... Otro lugar importante en el campo de desventajas, lo tiene el problema respecto de una sociedad con pluralidad de valores y morales, como asimismo la incongruencia en un sistema excluyente, que exige a alguno de sus individuos que se reinseren donde ellos mismos fueron expulsados por inercia...” En (Resocialización) (pensamientopenal.com.ar)

¹⁸ Si no se modifica las pautas de ejecución penal en el código argentino al menos para cumplir con las obligaciones internacionales debería adecuarse el régimen de las penas por ejemplo al formato de las revisables del TEDH. Ampliar COIDH,2011: 230.

¹⁹ El no saber cuándo el sujeto puede obtener r la lib. condicional puede conducir a penas inhumanas y gravosas. afirmado: "una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado”).CSJN, Fallos 329:3680, "Gramajo, Marcelo Eduardo", 05/09/2006.

²⁰ Ibid Alderete Lobo .

²¹ GUAL, R. (2024). *Prisión perpetua en Argentina. Claves para salir del atolladero. Prisiones. Revista Digital Del Centro De Estudios De Ejecución Penal*, 5, 1–14. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-ceep/articulos/R-Prisiones-CEEP-2024-05-01-gual.pdf>.

²² TEDH. Kafkaris c. Chipre. Sentencia del 12 de febrero de 2008.9TEDH. Vinter c. Reino Unido. Sentencia del 9 de julio de 2013.TEDH. Magyar c. Hungría. Sentencia del 20 de mayo de 2014.1TEDH. Murray c. Holanda. Sentencia del 26 de abril de 2016.1.

perpetuas si los actores estatales a cargo de la revisión rechazan las peticiones de egreso una y otra vez.

V) En el Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas correspondiente al 31 dic 2011, se observa que: “(...) la condición fundamental para el logro de los fines de la pena es que el Estado, como garante de los derechos de las personas privadas de libertad, adopte las medidas necesarias para respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal de los reclusos, y asegure condiciones de reclusión compatibles con su dignidad humana. Así, por ejemplo, es imposible cualquier expectativa de rehabilitación personal y readaptación en sistemas penitenciarios en los que existen patrones sistemáticos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes contra los reclusos por parte de las propias autoridades; en los que se reportan altos índices de violencia carcelaria; en los que existen cárceles en las que el control efectivo de la seguridad interna es ejercido por los propios presos, y no por las autoridades competentes; o en los que el Estado²³ no provee condiciones mínimas de espacio, alimentación, higiene y atención médica.”

VI) Para obtener la libertad condicional se requiere el cumplimiento de los requisitos previsto en el artículo 13 del Código Penal, y en el artículo 28 de la ley 24.660, en particular: la) Propuesta fundada del organismo técnico-criminológico, sobre la evolución del tratamiento basada en la historia criminológica actualizada, que debe referirse, por lo menos, a los siguientes aspectos del tratamiento del interno: salud psicofísica; educación y formación profesional; actividad laboral; actividades educativas, culturales y recreativas; relaciones familiares y sociales; aspectos peculiares que presente el caso; sugerencia sobre las normas de conducta que debería observar si fuera concedida la libertad condicional. El pronóstico de reinserción social establecido en el Código Penal podrá ser favorable o desfavorable conforme a la evaluación que se realice del interno y a las conclusiones a las que se arriben respecto a su reinserción social para el otorgamiento de la libertad condicional. Sin perjuicio de otras causas que aconsejen dictamen desfavorable respecto de su reinserción social, en cuyo supuesto será desfavorable. En el caso de condenados por homicidios agravados cometidos de manera sucesiva, o de homicidas calificados como “seriales”, ese informe conduce, de manera explícita o implícita, a consideraciones varias sobre la “peligrosidad”.²⁴

3. LA PELIGROSIDAD ¿DERECHO PENAL DE AUTOR O DE ACTO?

I:1 En rigor, el examen del caso Álvarez, como el de otros homicidas múltiples revela que la conducta anterior, ya reprochada mediante la imposición de la pena, se

²³ “La función que se le atribuye a la pena, en la actualidad, en los países más civilizados, es la de ser un agente activo de resolución de conflictos sociales, o la de considerar que debe ser un instrumento para integrar adecuadamente a la sociedad a los individuos que han delinquido. Se debe aprovechar la pena para reeducar, resocializar, re personalizar, utilizando los medios científicos y técnicos inter y multidisciplinarios más modernos y adecuados para penetrar en la personalidad del delincuente y lograr un cambio de conducta que le permita, al reingresar a la sociedad, vivir como un miembro más de la comunidad y no como delincuente” Fallo Mendoza.

²⁴ Artículo 9 - El Director del establecimiento, por resolución fundada, propondrá al Juez de Ejecución o juez competente la concesión de las salidas transitorias, adjuntando la documentación en que se basara el otorgamiento de la recompensa.

constituye como un requisito adicional, si se quiere no previsto, o bien silenciado e implícito, pero determinante para obtener la libertad condicional. Como ya se anticipó, tanto las autoridades que tienen a su cargo supervisar el cumplimiento de la condena como, en particular, los jueces que tienen que decidir sobre las solicitudes de libertad condicional, se enfrentan al dilema de admitir la misma, y asumir la responsabilidad, que eso presupone, ante el eventual caso de que cometieran un nuevo delito, vale decir, considerar implícitamente la peligrosidad del condenado o de lo contrario deniegan todas y cada una de las solicitudes de libertad condicional y de este modo se convierten, de facto, las penas concebidas para ser cumplidas como temporales o revisables en penas realmente perpetuas. Cuando se trata de delitos extremadamente graves y cometidos de manera reiterada, las autoridades del servicio penitenciario que tienen a cargo la elaboración de los informes relacionados con la conducta observada durante el cumplimiento de la condena, en particular la propuesta fundada del organismo técnico-criminológico, sobre la evolución del tratamiento basada en la historia criminológica actualizada prevista en el artículo 28,²⁵ inciso f, de la ley 24.660, difícilmente sea favorable. De la misma manera, al juzgar sobre la procedencia del beneficio de la libertad condicional, el juez de ejecución penal tendrá en cuenta el carácter extremo de los delitos cometidos, ya sancionados mediante la pena de cuya ejecución se trata, lo que constituye en rigor un juicio sobre la probabilidad de que el condenado vuelva a cometer esos delitos en el futuro; es decir, de un tipo de evaluación de su peligrosidad.

II. La cuestión fundamental es que esta última alternativa no parece admisible en el ordenamiento argentino²⁶²⁷ como consecuencia de la jerarquía constitucional de la Convención Interamericana reconocido en el artículo 75 inc., 22 de la Constitución Nacional, razón por la cual las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes, por lo que no es posible desatender los criterios o directrices interpretativas que surgen de sus fallos. En el caso *Fermín Ramírez c. Guatemala*, del 20 de junio de 2005, a propósito de la legislación de este país, en los puntos 94, 95 y 96 de esa sentencia se expresó claramente que: “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es”. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, inaceptable desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. El

²⁵ Período de libertad condicional ARTÍCULO 28. — El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del Consejo Correccional del establecimiento y de la dirección del establecimiento penitenciario que pronostiquen en forma individualizada su reinserción social.

²⁶ Ibid. ALDERETE *LOBO R.*

“la prisión perpetua del código vigente no es inconstitucional en sí, dado que no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada, pero 8 Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 174. determinable, pues tiene un tiempo límite si el condenado cumple con los recaudos de la libertad condicional. Tampoco es inconstitucional como pena fija, siempre que en el caso concreto no viole la regla de irracionalidad mínima, pues guarda cierta relación de proporcionalidad con la magnitud del injusto y de la culpabilidad” Zaffaroni, Eugenio R., Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2002. *Derecho penal. Parte general*, 2º ed. Buenos Aires: Ediar.

²⁷ *IBID GUAL R.*

pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad y, por ende, contrario a la Convención.

III. La peligrosidad criminal²⁸, es entendida como “la mayor o menor probabilidad de que un sujeto cometa un delito”, mientras que “peligrosidad penitenciaria” hace referencia a “la mayor o menor re-adaptabilidad a la vida social de un sujeto que ya delinquiró²⁹”. Si bien todos somos potencialmente peligrosos socialmente, criminalmente la peligrosidad³⁰ es una condición probabilística, razón por la cual el mero concepto genera “inseguridad”, y es poco fiable ya que la conducta humana es difícil de anticipar de forma acabada. Sin embargo en la actualidad el concepto de peligrosidad es parámetro para ponderar la reinserción³¹ social de los reclusos, en general se utiliza en los grupos de tratamiento de las instituciones penitenciarias para su régimen intramuros, y para la ponderación sobre la posibilidad de volver a delinquir si se le conceden salidas. Aún con la manda constitucional del debido proceso existen corrientes de criminología que postulan la imposición de la pena de prisión en base a análisis de peligrosidad de los individuos, alejándose de la culpabilidad base de la doctrina y dogmática penal mayoritaria.³² Esto modifica los lineamientos del poder punitivo clásico y responde a las leyes penales sustantivas y a las modificaciones de las normas respecto a la excarcelación y prisión preventiva sobre la base de riesgos procesales.³³

²⁸ GONZÁLEZ RAGGIO, R. A. (1830). *La pena y los intentos de justificación. Las teorías de la pena y su problemática.* In Bibliografía [Book]. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/doctrina48311.pdf>.

GAROFALO, R. (1885): *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión.* Traducción española de Dorado Montero de la obra original publicada en Turín, 1885. La Española Moderna, Madrid. (Ampliar autores Rocco, Grispigni, Petrocelli).

²⁹ FERRI, E. (1933). *Principio de Derecho Criminal.* Madrid: Editorial Reus.

³⁰ Peligrosidad penitenciaria” es entendida como la inadaptación a la convivencia y régimen de vida ordenado e ordinario en prisión. Ver Cabello, Vicente (2006) *La Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As.

³¹ Se utiliza de forma discutida para la ejecución de la pena, medidas de seguridad, , individualización de la pena y otorgamiento de la libertad condicional. Como ejemplo un estudio e prisión catalana dio tasas del reincidencia 8 a 12 por ciento en 4 años sobre delitos sexuales (redondo 2005), sin perjuicio de que Téllez en España indico que entre 2005 y 2012 de un grupo de condenados por violencia de genero 73 porciento reincidió ver .TELLEZ, F. A. (2013): “*Investigación de la reincidencia delictiva en los agresores de pareja: el impacto diferencial de la prisión y de las penas alternativas*”, recuperado en <https://repositori.upf.edu/handle/10230/21193>. ver REDONDO, S., Funes, J., y Luque, E. (1993): “*Justicia penal i reincidencia*”, en *Colección Justicia i Societat*, 9, CEJFE, Barcelona.

³² La peligrosidad social dio leyes pre-delictuales, por ejemplo España, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y a Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

³³ La prisión preventiva en argentina se da en dos supuestos: frente al peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación por parte del imputado en harás de asegurar la eficacia del proceso penal. Desde la arquitectura constitucional el proceso penal finca en el debido proceso, juicio previo, la culpabilidad ,base ultima del derecho a permanecer en libertad durante el proceso penal y a presumirse inocente hasta concluido el mismo.

IV) Según Ziffer³⁴ "(...) el núcleo general de toda concepción resocializante es el presupuesto de que son de esperar delitos de aquel a quien se le restringe la libertad (...) En el marco de un estado liberal, el ordenamiento jurídico no está llamado a educar mejores ciudadanos por medio de la coacción... Pero si se tiene en cuenta que esta "probabilidad de reincidencia" constituye un pronóstico, que, como tal, carece de toda certeza, no es de sorprender la poca aceptación de que gozan estos criterios entre los juristas (...) Cuando el fundamento para avanzar sobre una persona es la peligrosidad³⁵, el punto de vista del juicio es diferente del que se utiliza para la pena. La persona no es valorada con relación a si su hacer u omitir es acorde o contrario al deber, sino, únicamente en cuanto a si su conducta pone en peligro la convivencia social o no. ..Pero la inseguridad acerca de la conducta futura no necesariamente ha de llevar a rechazar toda ponderación de los riesgos de imponer una determinada pena respecto de un individuo en particular, o a renunciar a configurar la ejecución penitenciaria con un sistema de atenuación del encierro, que difícilmente pueda evitar tener que recurrir a decisiones basadas en pronósticos de mayor o menor peligrosidad. La tarea consiste, en todo caso, en reflexionar acerca de los presupuestos de legitimidad de la actividad preventivo-especial del Estado y en establecer claramente los límites y condiciones bajo los cuales es posible sostener decisiones basadas en conocimientos inseguros acerca de la conducta futura del afectado, de tal manera que el riesgo de error se mantenga en un margen relativamente aceptable, y fundamentalmente, como un problema que no puede ser escondido. Por lo dicho, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que origina estas reflexiones debería ser revisado o, cuando menos, precisado en sus alcances". Al indicar que el principal fin de la pena es la resocialización del condenado, tampoco es posible desatender a la realidad de los institutos carcelarios, a los déficits de infraestructura y de tratamiento de los internos, que conspiran contra el cumplimiento de ese objetivo.

CONCLUSIÓN:³⁶ En el caso "Álvarez", aún pendiente de decisión, y en los casos similares de homicidios agravados cometidos en múltiples oportunidades, los criterios de valoración para el otorgamiento de la libertad condicional están, de manera explícita o implícita, basados en un juicio de peligrosidad criminal. El plazo de cumplimiento de la condena se fija o se determina, finalmente, como consecuencia de la presunción general de peligrosidad de autor, fundada en las características extremas respecto de los delitos por los que fue condenado; es decir, por un juicio de probabilidad acerca de que vuelva a cometer delitos de esa misma gravedad en el futuro, basado en

³⁴ ZIFFER, P. S. (2011.). La idea de "peligrosidad" como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez." Unknown. https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6913/mod_resource/content/1/31-Ziffer-peligrosidad.pdf

³⁵ Si la peligrosidad es un parámetro implícito para conceder libertad en determinados casos (en lo particular el supuesto del 80 cp.) el dilema que se presenta es que si SE la valora transformando así el delito penal de acto en delito penal de autor, en clara contraposición a las pautas de pena objetivable consignadas en el marco jurídico Nacional. Toda vez que el derecho penal de autor sitúa en primer plano al autor y a sus particularidades, vincula la definición de delito a la actitud del sujeto, y lo pena por sus características personales. no reprime un hecho sino la personalidad por ende el positivismo criminológico tiende perseguir determinados sujetos antes que cometan delito.

³⁶ El Dr. ZAFFARONI en fallo 336:19, en el cual manifestó que: "...Cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 14, deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de las personas que exceden el hecho y se enmarca dentro del derecho penal de autor...".

informes y resoluciones estandarizadas, en las que no se evalúa ese riesgo de manera individual y circunstanciada de ese riesgo³⁷ que, por otra parte, resulta sumamente difícil de objetivar³⁸. En sentido contrario, se reconoce que en determinados casos la “peligrosidad”³⁹, en sí misma, puede ser admitida cuando el tipo de delitos y el examen de las circunstancias particulares del caso lo aconsejen, pero esta concepción tiene base incierta y siempre podrá ser objetada a la vista de las mismas consideraciones formuladas en la sentencia del caso “Gramajo”, ya referido (Fallos: 329:3680). En ese caso, se afirmó que: “(...) la peligrosidad es un concepto que reconoce una base incuestionablemente empírica (...) se invocaría la peligrosidad con prescindencia de si efectivamente existe o no en el caso concreto, en virtud de que una presunción en realidad significa tener por cierto aquello que en definitiva podría resultar falso” (Considerando 26 del voto mayoría). En esa misma línea, corresponde agregar lo expuesto por el juez Petracchi (Considerando 37 Y 38) en cuanto que: “...la imposibilidad de pronosticar conductas delictivas respecto de quienes aún merecen ser considerados ciudadanos no sólo va en contra de principios fundamentales de un estado liberal de derecho. Tales pronósticos resultan además, casi imposibles de sostener racionalmente en la práctica... la criminología se ha ocupado de señalar, una y otra vez la imposibilidad de pronosticar la reincidencia... Una incertidumbre que basta por sí para cuestionar reglas de estas características”. Al fin y al cabo, los conceptos centrales delineados en este trabajo fueron reiterados, de manera reciente por la CSJN en la sentencia dictada en noviembre de 2024, en la que, al declarar mal concedido el recurso extraordinario⁴⁰, se dejó firme la sentencia de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Penal. En esta última resolución, se había declarado la inconstitucionalidad del artículo 14 de CP, con la modificaciones introducidas por las leyes 25.892 (conocida como “Ley Bloomberg”) y 25.948, en el que directamente impide la libertad condicional de los condenados por el delito de homicidio agravado, cometido en una o más oportunidades. En esa oportunidad, volvió la CSJN a sostener la necesidad de la existencia de un límite temporal cierto, y la posibilidad de obtener la libertad condicional. De esta manera, el Supremo Tribunal se aleja de la posibilidad de imponer una pena efectivamente perpetua.

“Que, de tal modo, el remedio federal no refuta las conclusiones de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional que afirmó que el principio de legalidad en materia penal, que contiene el mandato de certeza expresado tradicionalmente con la fórmula “ *nullum crimen nullum poena* ”, aunado con el mandato resocializador de las penas privativas de *sine lege certa* la libertad (artículos 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCP) y la interdicción de la imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes (artículos 18 de la Constitución Nacional, 7 del PIDCP, 5.2 de

³⁷ TEDH, Marcello Viola vs. Italia, petición N° 77633/16, 13/6/2019. En opinión del TEDH, la falta de cooperación con las autoridades judiciales dio lugar a una presunción irrefutable de peligrosidad que había privado al imputado de toda perspectiva de concreta liberación. Al equiparar la falta de cooperación con una presunción irrefutable de peligrosidad para la sociedad.

³⁸ Esbec, E., & Echeburúa, E. (2016). Violence and schizophrenia: A forensic clinical analysis. In Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Anuario De Psicología Jurídica (Vol. 26, pp. 70–79). <https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/jr2016v26a9.pdf>

³⁹ Es de la punición en virtud, no de hechos objetivos sino de características particulares de la persona. ZAFFARONI, Eugenio. (2012) “Manual de Derecho Penal Parte General”. Página 515, Editorial Ediar, para el autor de derecho penal de autor “...poder punitivo sobre la base del reproche de lo que el agente es y reduciendo el injusto a un mero síntoma...”

⁴⁰ Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/ incidente de recurso extraordinario

la CADH y 16.2 de la CT), exige que la ley defina, de modo explícito y con carácter previo, la conducta delictiva, la extensión temporal de la pena aplicable y, como derivación necesaria en el caso de las penas privativas de la libertad perpetuas, las condiciones que debe cumplir el condenado para su reinserción social, lo que supone establecer el plazo de revisión del cumplimiento de tal pena y sus requisitos, de modo que el condenado pueda saber qué debe hacer, en términos de cumplimiento del tratamiento penitenciario, para recuperar su libertad.”⁴¹

En suma, la peligrosidad no puede constituir, por si misma, una circunstancia suficiente para impedir de manera definitiva la posibilidad de obtener la libertad condicional, privando al condenado de la expectativa de resocialización, que constituye el fin de la pena. El fracaso de la resocialización⁴² depende del estado de los establecimientos penitenciarios y de las condiciones del tratamiento de los internos, pero no es inevitable. Cuando la resocialización fracasa, cobra fuerza y se torna valedera la animadversión y el temor que suscita, en el público en general, la circunstancia de que el delincuente “peligroso”, más propiamente, el condenado que ha cometido delitos de inusual o extrema gravedad, pueda quedar en libertad.

BIBLIOGRAFÍA:

ALDERETE LOBO RUBEN.(2020) 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 la libertad “Nro. 15, noviembre 2020, p 45.

CARABAJAL G. (2021, January 29). La Corte Suprema confirmó la sentencia a un asesino serial. LA NACION. <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/la-corte-suprema-confirmando-sentencia-asesino-serial-nid2282882/>

FERRI E(1993) Principio de derecho Criminal Madrid Editorial Reus.

GAROFALO R. (1885) La criminología. Estudios sobre el delito y sobre la teoría de la represión Traducción Española de Dorado Montero de la obra original publicada en Turín 1885.La Española Moderna Madrid.

GONZÁLEZ RAGGIO, R. A. (1830). La pena y los intentos de justificación. Las teorías de la pena y su problemática. In Bibliografía [Book]. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/doctrina48311.pdf>

GUAL, R. (2024). Prisión perpetua en Argentina. Claves para salir del atolladero. Prisiones. Revista Digital Del Centro De Estudios De Ejecución Penal, 5, 1–14. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-ceep/articulos/R-Prisiones-CEEP-2024-05-01-gual.pdf>

ESBEC RODRIGUEZ(2003) Eugenio Valoración de la Peligrosidad Criminal. En Psicología Clínica Legal y forense, Vol. 3 núm. 2

REDONDOS. FUNES Y Luque (1993)”Justicia penal y reincidencia “En colección justicia i Societat CEFJE, Barcelona.

⁴¹ 45877/2012/TO1/3/CS1 considerando 15.

⁴² (Nota al pie- v. Fallos 328:1146 y 344:102 “Verbitsky”).

TELLEZ F.A(2013)”Investigación de la reincidencia delictiva en los agresores de pareja: el impacto diferencial de la prisión y de las penas alternativas “recuperado en [https://respositori.upf.edu/handle/10230/21193-](https://respositori.upf.edu/handle/10230/21193)

ZAFFARONI Eugenio(2012) “Manual de derecho Parte General” Editorial Ediar .

ZIFFER, P. S. (2011.). La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez.” Unknown.
https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6913/mod_resource/content/1/31-Ziffer-peligrosidad.pdf