

# LIBERTAD CONDICIONAL: NATURALEZA JURÍDICA, CARÁCTER Y AUTORIDAD COMPETENTE. CONDICIONES DE PROCEDENCIA Y SU ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Isidoro Sassón<sup>1</sup>

## Planteamiento

La libertad condicional como medio tendente a lograr la reinserción social del condenado forma parte del régimen de progresividad previsto en la Ley 24660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, que tiene como última etapa, precisamente, a este período (art. 12. inc. d), y que se integra previa y coherentemente con otro de prueba, comprensivo de la incorporación del condenado a un establecimiento abierto o sección independiente de este, que se base en el principio de autodisciplina, la posibilidad de obtener salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad (arts. 12, inc. c y 15 incs., a, b y c).<sup>2</sup> Desde este punto de vista, la libertad condicional se integra con un conjunto de medidas destinadas a acortar los términos de efectiva privación de libertad, a fin de lograr un reingreso progresivo de la persona a la vida en sociedad.

En la Argentina ha sido prevista por primera vez en el proyecto de Código Penal del año 1891<sup>3</sup>, reemplazando a la gracia del proyecto de Carlos Tejedor (1865-1866), que se encontraba regulada en el Código Penal de 1886 y que difería de la naturaleza de la libertad condicional.

La gracia no formaba parte de la ejecución de la pena privativa de libertad, y su concesión determinaba la remisión del resto de la pena que le quedaba por

<sup>1</sup> Profesor adjunto de Derecho Penal, Parte General de la Cátedra "B" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

<sup>2</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 910.

<sup>3</sup> Para ver los antecedentes detalladamente, De La Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino, Parte General*, 2.<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 198 y sgtes.; Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 913; Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte General*, t. II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1965, p. 392 y sgtes.

cumplir al condenado, quien obtenía la libertad sin ninguna condición y en forma irrevocable. Tenían derecho a pedir gracia el condenado a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado, que durante los últimos ocho años hubiera dado prueba de una reforma positiva, después de sufrir quince años de condena (art. 73), y los condenados por tiempo determinado, que hubieran cumplido las dos terceras parte de la condena, si durante la última tercera parte de ella hubiesen dado prueba de reforma positiva (art. 74). Entre las cuestiones que generó el sistema de gracia del Código de 1886 estaba la de si no constituía el ejercicio de la facultad constitucional de indultar que es competencia exclusiva del presidente de la Nación (art. 99 inc. 5 CN), debido a que de ser así, se trataría de disposiciones incompatibles con el texto constitucional, en tanto la facultad que le atribuye al presidente de la Nación la Constitución Nacional no podría ser limitada de ninguna forma. La doctrina y jurisprudencia predominante de la época<sup>4</sup> distinguió el indulto de la gracia por ser la última un derecho del condenado, que podía ser solicitado cuando se daban las condiciones y se encontraban cumplidos los términos legalmente exigidos.

A partir del proyecto de 1891, se mantuvo el sistema de libertad condicional que llega al código vigente. Se advierten en este proceso redacciones como la del proyecto mencionado, que más claramente definen la libertad condicional como un derecho del penado, cuando dispone que el condenado a presidio que hubiere cumplido los dos tercios de su condena, observando con regularidad los reglamentos del establecimiento, *obtendrá* de la autoridad judicial competente la libertad condicional, a diferencia del texto del código vigente, que luego de señalar los términos de la condena que el condenado a reclusión o prisión debe cumplir en encierro, dice: *podrán obtener* la libertad por resolución judicial (art. 13). Se destaca en el proyecto de 1917<sup>5</sup>, la oposición de la Cámara de Diputados a la propuesta del Senado de excluir de la posibilidad de obtener la libertad condicional a los condenados a reclusión perpetua, en atención a la eficaz influencia que tiene en su conducta durante el cumplimiento de la pena, lo cual es expresivo de la voluntad destinada a lograr la aplicación del instituto a todo condenado a pena privativa de libertad, sin perjuicio de su gravedad y de evitar la existencia de penas efectivamente perpetuas. Esta forma de legislar la libertad condicional permite desarrollar los mecanismos tendentes a morigerar

<sup>4</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 913; Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 392 y sgte.

<sup>5</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 913.

los efectos perjudiciales de la prisionización, y es compatible con la pretensión de lograr su efectiva aplicación a todo condenado a pena privativa de libertad.

Pero no son estas las características que presentan las reformas introducidas al régimen de libertad condicional previsto en los arts. 13, 14, 15, 16 y 17 del Código Penal, a partir de la sanción, el 5 de mayo de 2004, de la Ley 25892, que se caracteriza por el agravamiento de las condiciones previstas para su obtención, la inclusión de nuevos requisitos destinados a su otorgamiento y la exclusión de determinados delitos de la posibilidad de su concesión, unido a la mayor rigurosidad en los efectos derivados del incumplimiento de las condiciones a las que se encuentra sometido el condenado. Este agravamiento general de las condiciones de obtención de la libertad condicional se enmarca en una criticable política criminal que pretende mediante la mayor rigurosidad de las penas o de su ejecución disminuir la criminalidad, y que además de ser contraria a la idea de resocialización, constituye una manifestación de simple prevención general negativa que debe ser estudiada en relación con su compatibilidad con los principios y garantías constitucionales que rigen también durante la ejecución de la pena.

En lo que sigue analizaré la naturaleza y carácter de la libertad condicional, junto a las disposiciones que establecen la autoridad competente para otorgarla y revocarla y las condiciones de su obtención, desde una perspectiva no solo legal, sino también constitucional, refiriéndome a la libertad condicional regulada en el art. 53 del Código Penal con una finalidad comparativa, que no persigue su tratamiento particular. Desde este punto de vista pretendo evaluar en qué medida la idea que fundamenta el instituto y los principios y garantías constitucionales vigentes en la República Argentina es compatible con las reformas introducidas en el año 2004 a través de la Ley 25892.

### **Naturaleza jurídica y carácter de la libertad condicional**

La doctrina jurídico penal no ha sido coincidente con relación a la naturaleza jurídica de la libertad condicional, respecto de la cual se han dado opiniones muy dispares, al punto de considerarla una rectificación de la condena, como opinaba Emilio C. Díaz<sup>6</sup>, debido a que consideraba que constituía una gracia.

<sup>6</sup> Cito a través de Fontán Balestra, Carlos A., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. III, Buenos Aires, Ediciones Glem, 1966, p. 349.

Para Octavio González Roura<sup>7</sup>, era una forma práctica de realizar la sentencia indeterminada. Estrictamente, entendía que la denominación sentencia indeterminada no era del todo propia, desde el momento en que la sentencia establece la condena y determina la pena que se ha de cumplir. En realidad, lo que tiene de indeterminada la sentencia es el tiempo que la pena ha de durar, *“de lo que se infiere que la denominación más propia sería la de condena de duración indeterminada, cuya forma práctica de realización es la libertad condicional”*.<sup>8</sup> En tal sentido, explicaba que la indeterminación de la duración de la pena puede ser absoluta o relativa; el primer caso supone que el juez debe fijar solo la clase de pena, sin máximo ni mínimo, estando a cargo de la autoridad administrativa hacer cesar la pena cuando el condenado haya dado pruebas de reforma positiva; el segundo caso supone la determinación en la sentencia de un máximo y de un mínimo, o de uno u otro solamente. Un ejemplo de condena de duración indeterminada relativa es el art. 13 del Código Penal; en este caso, o la sentencia fija el máximo, estando el mínimo fijado de antemano en la ley, que son las dos terceras partes del tiempo fijado en la sentencia, o no fija el máximo, encontrándose el mínimo fijado en la ley, como ocurre con la reclusión o prisión perpetua, en cuyos casos el máximo es indeterminado y determinado únicamente el mínimo. La sentencia indeterminada permitía al condenado salir en libertad antes del tiempo fijado en la sentencia, una vez probada su reforma durante el tiempo fijado en la ley, pero sin que la pena se extinguiera, exigiéndose, algunas veces, que el recluso haya aprendido algún oficio y formado un peculio, y fuera sometido a la condición de observar buena conducta, derivándose la denominación de libertad condicional con que también es conocida de la subordinación del sistema a las condiciones expresadas.

Ricardo C. Núñez<sup>9</sup> opinaba que se trata de una suspensión condicional del encierro que se cumple como pena o medida de seguridad. No se trata de una ejecución de la pena o medida de seguridad, sino, precisamente, de lo contrario: a quien se otorga libertad condicional no cumplió la pena o medida de seguridad, pero tampoco la cumple en libertad. Se encuentra sometido a un período de prueba destinado a decidir si la pena se declarará extinguida por el encierro sufrido o si el condenado la debe seguir cumpliendo. La libertad condicional no

<sup>7</sup> *Derecho Penal, Parte General*, t. II, Buenos Aires, Valerio Abeledo, sin año, p. 248 y sgtes.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>9</sup> *Óp. cit.*, p. 394 y sgte. De la misma opinión, De La Rúa, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 211 y sgte.

modifica la calidad de penado o de persona sometida a medida de seguridad, ni tampoco influye en el sistema de pena o medida de seguridad más allá de lo que corresponde al ámbito del encierro y de lo relacionado con su cese.

Por el contrario, para Sebastián Soler,<sup>10</sup> el sistema progresivo está caracterizado por la existencia de un período de libertad vigilada, durante el cual el penado sale del encierro, pero se encuentra sujeto a una serie de obligaciones. Ese período se llama de libertad condicional, y durante ese término el condenado está cumpliendo pena. Esto la diferencia de la gracia, en la cual, concedida, la persona quedaba en libertad pura y simple, y de la condenación condicional, la cual no importa la ejecución de la pena, la que comienza a ejecutarse en caso de revocarse la condicionalidad. Esta es la posición predominante en la doctrina jurídico-penal<sup>11</sup>, es decir, la que entiende que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad, debido a que tiene lugar después de cumplir una parte de la pena en encierro, quedando el condenado sujeto a una serie de condiciones que constituyen restricciones a su libertad ambulatoria. Durante el término que rigen las condiciones a las que se encuentra sometido el condenado, la pena se sigue cumpliendo, de allí que la Ley 24660 considera al período de libertad condicional como parte del régimen penitenciario aplicable al condenado (art. 12).

Cuando se otorga la libertad condicional, no media una modificación o rectificación de la condena, debido a que tampoco su efecto es la remisión del resto de la pena que queda por cumplir al condenado. La concesión de la libertad condicional no tiene por efecto extinguir la pena, y el incumplimiento de las condiciones bajo las que se obtiene determina su revocación o que no se compute en el término de la pena todo o parte del tiempo que hubiera durado la libertad (art. 15 CP), y en el caso de condenados a reclusión accesoria por tiempo indeterminado, transcurridos cinco años de su obtención, autoriza al condenado a pedir su libertad definitiva (art. 53 CP). Tampoco resulta convincente interpretar la libertad condicional como una forma práctica de realizar la condena de duración indeterminada. En el derecho penal argentino, la sentencia determina la especie y duración de

<sup>10</sup> *Derecho Penal Argentino*, tercera reimpresión, t. II, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 431 y sgte.

<sup>11</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 914; Fontán Balestra, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 349; Daien, Samuel, *Régimen jurídico y social de la libertad condicional*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1947, p. 98; Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939, p. 618.

la pena, y el art. 13 del Código Penal no fija de antemano el mínimo de la pena de la sentencia, sino la parte que el condenado a pena privativa de libertad debe cumplir en encierro para poder ejecutar el resto de la pena impuesta en libertad condicional, tanto si trata de pena perpetua o temporal. No obsta a lo expuesto el art. 53 del Código Penal, por cuanto, también en este caso la ley dispone el término que el condenado debe cumplir en encierro la reclusión accesoria, para continuar su ejecución en libertad condicional.

La idea de Núñez es criticable en tanto el profesor de Córdoba parece identificar pena privativa de libertad con encierro, lo cual lleva a la conclusión equivocada de entender que, cuando se dispone la suspensión condicional del encierro que se cumple como pena o medida de seguridad, no se ejecuta la pena o medida. Las condiciones bajo las que se otorga la libertad condicional constituyen restricciones a la libertad, que tienen por fundamento la ejecución de la pena impuesta en la condena. Precisamente, por no haber cumplido con la pena en el momento de obtener la libertad condicional, su concesión no tiene por efecto dar por cumplida la pena, la cual se sigue ejecutando, pero no simplemente en libertad, sino en libertad condicional, es decir, bajo un conjunto de condiciones que limitan la libertad del condenado. Por lo tanto, el término durante el cual el condenado se encuentra sujeto a las condiciones impuestas por el art. 13 del Código Penal no está destinado a decidir si la sanción ha de considerarse extinguida por el encierro sufrido, en tanto la pena queda extinguida cuando, habiendo el condenado cumplido la parte que corresponde de la pena en encierro, la libertad condicional no ha sido revocada transcurrido el término de la condena o el plazo de cinco años (art. 16 CP).

Se observa a la posición predominante a partir de lo dispuesto por el art. 15 del Código Penal, en razón de que, si se incumplen las condiciones que determinan que se revoque la libertad condicional, el efecto es que no se compute en el término de la pena el tiempo que haya durado la libertad, mientras que a su vez, el incumplimiento de las condiciones establecidas en los incs. 2; 3; 5 y 6 del art. 13 permite al Tribunal disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que haya durado la libertad, hasta que el condenado cumpla con lo dispuesto en tales incisos. En estos casos, el condenado debe cumplir la totalidad de la pena que le falta desde la liberación sin computar esta, o cumplir las condiciones más allá del tiempo de la condena, lo que implica, como criterio legal, que el condenado no estaba en libertad cumpliendo pena, pues de lo contrario resultaría en ambos casos una prolongación de la pena ya

impuesta por sentencia firme.<sup>12</sup> El incumplimiento de las condiciones bajo las que se otorga la libertad condicional tiene por efecto agravar la ejecución de la pena, pero de aquí no cabe concluir que durante ese período el condenado no estaba cumpliendo la pena. Si durante el término de libertad condicional no se estuviese cumpliendo pena, carecería de sentido el art. 16, que condiciona la extinción de la pena a que la libertad condicional no haya sido revocada. Así como el aislamiento o el traslado a otra sección del establecimiento de régimen más riguroso, que se dispone como sanción disciplinaria al interno (art. 87 incs. e, f, g, Ley 24660), constituyen una agravación de la ejecución de la pena, la libertad condicional determina su atenuación; pero, si difícilmente se sostendría que durante el término de aislamiento o traslado el condenado no ejecutó la pena, no hay razón para concluir que tampoco no lo hace durante el término de libertad condicional. Estrictamente el art. 15 del Código Penal no dispone la prolongación de la pena, que importaría la modificación de la condena. Según corresponda, la citada disposición, ordena o faculta que no se compute en el término de la pena el tiempo que haya durado la libertad —en el segundo caso en todo o parte—, agravando con ello las condiciones de ejecución de la pena originariamente impuesta. Que se agraven las condiciones de ejecución de la pena, como consecuencia del incumplimiento de las condiciones bajo las que se concede la libertad condicional, no significa que durante el período de libertad condicional no se haya ejecutado la pena impuesta. Lo contrario significaría desconocer al período de libertad condicional como parte del sistema progresivo que resulta aplicable al condenado (art. 12, Ley 24660).

La cuestión referida al carácter de la libertad condicional, esto es, si constituye un derecho del condenado o una facultad del tribunal, se origina a partir de la crítica de Julio Herrera al proyecto de 1906, que disponía el deber de la autoridad judicial de concederla cuando se hubieran cumplido las condiciones legales, proponiendo, por el contrario, que sea una facultad de los jueces aplicable a los presos ejemplares.<sup>13</sup> Tuvo especial relevancia frente al sistema de gracia previsto por el Código de 1886 y el debate que originaba respecto de si se trataba del ejercicio de la facultad constitucional de indultar que es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> De La Rúa, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 211 y sgte.

<sup>13</sup> *Cf.* Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 915.

<sup>14</sup> *Cf.* Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 396.

Pero el art. 13 del Código Penal no deja de suscitar la duda interpretativa a partir de que, a diferencia del proyecto de 1891, que en forma imperativa decía *obtendrá* la libertad condicional, el texto vigente solo dice *podrán obtener*. Es posible comprender que la disposición legal se refiere a la facultad del tribunal de conceder la libertad condicional a partir del cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley, o a la posibilidad del condenado de solicitarla cuando ha cumplido con los requisitos legales. Por lo tanto, según cómo se interprete el art. 13 habría o no un deber legal de otorgar al condenado la libertad condicional.

Núñez<sup>15</sup> considera sin mayores fundamentos que es un beneficio al cual el penado tiene derecho. Opina también que se trata de un derecho del condenado Zaffaroni,<sup>16</sup> para quien lo contrario implicaría sacar a la libertad condicional de los actos judiciales y remitirla a la categoría de acto político, quedando la cesación del encierro supeditada a la pretendida neutralización de peligrosidad, y con ello, librada a organismos técnicos criminológicos de la administración que operan con criterios siempre discutibles y bastante arbitrarios. Sigue esta posición Carlos Chiara Díaz,<sup>17</sup> quien entiende que a la par de un derecho que ampara al justiciable, los órganos jurisdiccionales tienen el deber inexcusable de su otorgamiento, lo cual no significaría que llenados formalmente los extremos del art. 13, la procedencia de la libertad condicional deba ser automática, sino que esta debe ser pedida por el interesado o el Ministerio Fiscal, pero admitiendo también la posibilidad de que sea concedida de oficio por el tribunal competente.

En mi opinión, habría que distinguir el supuesto del art. 13 de los casos previstos en el art. 53 del Código Penal, en los cuales el tribunal está *facultado* para otorgar la libertad condicional. Esta disposición permite reforzar el argumento de que la libertad condicional es un derecho del condenado cuando procede en los términos del art. 13, precisamente a partir de que, en estos casos, la disposición no alude a la *facultad* del tribunal. Por lo tanto, si se cumplen las condiciones establecidas por el art. 13, el tribunal no tiene la facultad de otorgar la libertad condicional, sino el deber de concederla. Lo contrario importaría

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 396.

<sup>16</sup> *Óp. Cit.*, p. 915.

<sup>17</sup> En *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, p. 171. Otra opinión: Terán Lomas, Roberto A. M., para quien se trata de una facultad reglada del juez, *Derecho Penal, Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 421 y sgte.



dejar de lado la distinción que evidentemente se quiso establecer entre los supuestos del art. 13 y 53, en tanto estos últimos son objetos de un tratamiento más riguroso para la obtención del beneficio, debido a que solo en los casos de condenados a reclusión accesoria por tiempo indeterminado el tribunal tiene la facultad de conceder la libertad condicional.

### **Autoridad competente para otorgar y revocar la libertad condicional**

La concesión y revocación de la libertad condicional es competencia exclusiva del Poder Judicial. Esta cuestión actualmente no admite cuestionamientos,<sup>18</sup> y las disposiciones del Código Penal permiten concluir en esta afirmación. El art. 13 del Código Penal dice que el condenado podrá obtener la libertad por resolución judicial, y establece en su último párrafo que el juez podrá añadir a las condiciones previstas en esta disposición cualesquiera de las reglas de conducta contempladas en el art. 27 bis. Consecuentemente, el art. 53 faculta para otorgar la libertad condicional al tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única, debiendo en estos supuestos el condenado solicitar la libertad definitiva al tribunal que la concedió. Congruentemente el art. 28 de la Ley 24660 dispone que podrá conceder la libertad condicional el juez de ejecución o juez competente.

Lo propio corresponde concluir con relación a la revocación de la libertad condicional, o a la decisión de que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, como consecuencia del incumplimiento de las condiciones impuestas al condenado. El art. 15 del Código Penal reafirma esta idea al referirse al tribunal como el órgano competente para no computar en el término de la condena total o parcialmente el tiempo

<sup>18</sup> Julio Herrera era partidario de conformidad a lo que deponía uniformemente la legislación comparada de su tiempo, de que la libertad condicional la otorgara la autoridad administrativa, participando de la idea de que la liberación provisoria no era un acto de gracia ni de justicia, sino puramente administrativo. *La Reforma Penal*, Buenos Aires, Librería e Imprenta de Mayo, 1911, p. 213 y sgtes. Esta idea no resulta compatible con las actualmente imperantes y que entienden que la ejecución de la pena privativa de libertad no tiene naturaleza administrativa, constituyendo la última etapa del proceso penal, y por lo tanto, sujeta a las garantías que son propias de esta clase de proceso y que deben ser controladas y garantizadas por el Poder Judicial. Cf. Sassón, Isidoro, "La garantía constitucional de legalidad ejecutiva", *Disertaciones y Ponencias en el IX Encuentro de Profesores de Derecho Penal*, Santa Fe, 2011, p. 167 y sgtes.

que haya durado la libertad, hasta que el condenado cumpla con las condiciones bajo las que se otorgó la libertad condicional, lo que permite sostener que la revocación prevista en el primer párrafo del art. 15 y en el último del art. 53 corresponde que también sea dispuesta por el Poder Judicial.

Pero el Código Penal no determina cuál es la autoridad judicial competente para decidir sobre la cuestión, a diferencia de la Ley 24660, que se refiere al *juez de ejecución o juez competente*. Entiendo que la cuestión debe resolverse a partir de lo dispuesto por la Ley 24660, por ser complementaria del Código Penal (art. 229) y disponer que la Nación y las Provincias procedan a revisar la legislación y reglamentaciones penitenciarias existentes, para concordarlas con las disposiciones contenidas en esta ley.

Debe entenderse, por lo tanto, a partir del art. 28 de la Ley 24660, que la concesión y revocación de la libertad condicional está a cargo del juez de ejecución penal, y en las jurisdicciones que aún no tengan previstos jueces de ejecución penal, estará a cargo del tribunal o miembro de este al que la legislación procesal le atribuya competencia para tramitar la libertad condicional. El art. 53 puede generar alguna duda en esta cuestión, al decir que el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgar la libertad condicional. Pero esta disposición debe ser interpretada en concordancia con la Ley 24660, al ser complementaria del Código Penal y posterior a su sanción. Por lo tanto, también en estos casos será competencia del juez de ejecución la concesión y revocación de la libertad condicional.

### **Condiciones para que proceda la libertad condicional**

El Código Penal fija un conjunto de condiciones para que proceda la libertad condicional, que deben concurrir en forma conjunta, pero que requieren ser analizadas por separado. A continuación me ocuparé de ellas.

a) Cumplimiento de una parte de la pena privativa de libertad en encierro. La procedencia de la libertad condicional exige, como primera condición, que el condenado haya cumplido la parte de la pena legalmente establecida en encierro. Este requisito ha sido objeto de una reforma más gravosa, por parte de la Ley 25892, con relación a las penas perpetuas. Originariamente el art. 13 requería que el condenado a reclusión o prisión perpetua haya cumplido veinte años de condena, mientras que, a partir del texto vigente, el término se extendió a treinta y cinco años. A su vez, el condenado a reclusión o prisión por más de

tres años debe cumplir dos tercios de la pena, y el condenado a reclusión o prisión por tres años o menos, un año de reclusión u ocho meses de prisión. Para los casos previstos en el art. 53, deben haber transcurrido cinco años de la reclusión accesoria.

La modificación del término que el condenado a pena perpetua debe cumplir en encierro altera la coherencia sistemática de los plazos previstos en el Código Penal y resulta desproporcionada con relación al régimen establecido por la Ley 26200, que implementa el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con competencia respecto de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión (art. 5). El término originariamente previsto en el art. 13 era coherente con el plazo de veinte años en el cual prescriben las penas de reclusión y prisión perpetua (art. 65 incs. 1 y 2 CP). Mediaba en este caso una adecuada composición, en tanto el término a partir del cual no resulta exigible el cumplimiento de la pena era idéntico al que el condenado debía cumplir en encierro para solicitar la libertad condicional. Sin embargo, a partir de la reforma introducida por la Ley 25892, a los veinte años prescribe la pena de reclusión o prisión perpetua, pero quien ejecuta la pena debe cumplir treinta y cinco años en encierro para pedir la libertad condicional. Por lo tanto, actualmente, el condenado tiene que someterse quince años más a tratamiento penitenciario, para que a partir de entonces recién esté en condiciones de solicitar la libertad condicional; pero si no ejecutó la pena, a los veinte años no resulta exigible su cumplimiento. Esto lleva a la siguiente conclusión que resulta absurda: quien se somete al régimen de ejecución de la pena debe haber cumplido en encierro más tiempo para tan solo obtener la libertad condicional, a diferencia de quien nunca estuvo sujeto a tratamiento penitenciario para que no sea exigible el cumplimiento de la condena.<sup>19</sup> Por lo tanto, en términos utilitarios, resulta más conveniente no estar a derecho. También se advierte que el plazo de treinta y cinco años es desproporcionado con relación al término previsto por la Ley 26200, para que el condenado a pena perpetua, por los delitos más graves que actualmente se encuentran previstos en el orden jurídico argentino, pueda solicitar la revisión de la condena. El art. 110, inc. 3 del Estatuto de Roma autoriza a la Corte a revisar la pena para determinar si puede reducirse en los casos de penas perpetuas, cuando el condenado haya cumplido veinticinco años de prisión. De modo que esta reducción,

<sup>19</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 903; Curortto, Pedro P., *Las Penas de Prisión Perpetuas y Consecuencias Jurídicas Equiparables vs. Normas Constitucionales*, <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/05/doctrina04.pdf>.

que como lo hace notar el ilustrado voto en disidencia del juez Zaffaroni, en la causa “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel, s/ robo calificado por uso de armas”<sup>20</sup> puede considerarse un equivalente a la libertad condicional (considerando 38), y que incluso admite por esta vía la liberación (considerando 37), lleva a que el tratamiento para el condenado a pena perpetua por los delitos más graves resulte menos severo que el previsto en el art. 13 para los condenados por delitos menos graves. Desde este punto de vista, resulta admisible considerar que la reforma al art. 13 del Código Penal resulta lesiva del principio de proporcionalidad,<sup>21</sup> desde el momento en que delitos de menor gravedad tienen un tratamiento más riguroso que crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

La constitucionalidad de las penas perpetuas ha sido cuestionada por distintas razones. Puede ser considerada una pena cruel, inhumana o degradante (art. 18 CN), lesiva del principio de intangibilidad de la persona humana, debido a los graves deterioros de la personalidad que causa, lo que resulta contrario a la prohibición de toda especie de tormentos (art. 18 CN), vulnerando también el fin resocializador que debe tener toda pena privativa de libertad (art. 5 inc. 6 CADH).<sup>22</sup> Se argumenta respecto de la inexistencia de penas efectivamente perpetuas en el Código Penal argentino, a partir de que por medio de la libertad condicional, también se dispone un límite máximo al encierro en esta clase penas, con lo cual se garantizaría la liberación del condenado en un momento determinado.<sup>23</sup> Este argumento no supe la observación consistente en que aun mediando la posibilidad de obtener la libertad condicional, las penas perpetuas pueden ser consideradas inconstitucionales por definirse como preponderantemente desocializantes.<sup>24</sup> Pero aun cuando se considere admisible que la posibi-

<sup>20</sup> CSJN, 8/6/2010.

<sup>21</sup> Si bien la Constitución Nacional no contiene una cláusula que textualmente consagre este principio, su reconocimiento se puede deducir del principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN). Cf. Sancinetti, Marcelo A., *Casos de Derecho penal, Parte General*, t. 1, 3.ª edición reelaborada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 79 y sgtes.

<sup>22</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 901 y sgtes.; Sancinetti, Marcelo A., *Óp. Cit.*, p.82 y sgte. La inconstitucionalidad de la pena privativa de libertad realmente perpetua ha sido considerada por la CSJN en el *obiter dictum* de la causa “Giménez Ibáñez, Anotinio Fidel s/ libertad condicional”, 4/7/2006, y en los votos en disidencia de los Jueces Maqueda y Zaffaroni, en la causa “Calafell, Roque Esteban s/ extradición”, 6/12/2011.

<sup>23</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 903 y sgte.

<sup>24</sup> Sancinetti, Marcelo A., *Óp. Cit.*, p. 83.

lidad de obtener la libertad condicional torna inexistentes a las penas efectivamente perpetuas, la extensión del término a treinta y cinco años de encierro para solicitar la libertad condicional en el caso de condenados a reclusión o prisión perpetua hace que esta clase de pena opere como realmente efectiva, desde el momento en que el condenado cumple en encierro la mayor parte de su vida útil. Esta situación se agrava progresivamente a medida que mayor es la edad de la persona en el momento de la condena, lo cual lleva incluso a admitir la posibilidad de que el condenado termine su vida en prisión.<sup>25</sup> La expectativa de lograr a través de la ejecución de la pena la reinserción del condenado a la vida libre va quedando cada vez más desplazada cuanto mayor sea la edad del condenado, haciendo de la pena una medida de seguridad física, que no persigue otra finalidad que evitar el egreso de la prisión. Desde este punto de vista, la libertad condicional no cumple la función de posibilitar al condenado un reingreso a la vida en sociedad, al menos en condiciones reales de realizar algún proyecto existencial durante el término de vida productiva. Por lo tanto, el término de treinta y cinco años para obtener la libertad condicional es constitucionalmente cuestionable al hacer de la ejecución de la pena perpetua una condena deteriorante de la personalidad, inhumana y contraria al fin resocializador.

El art. 53 del Código Penal presenta también problemas de naturaleza constitucional al regular la libertad condicional para los casos de reclusión accesoria por tiempo indeterminado.<sup>26</sup> Como medida de seguridad, prevista en el art. 52 para los casos de multirreincidencia, es contraria al principio de culpabilidad penal, derivado del art. 18 de la Constitución Nacional. A diferencia de la pena, que tiene por fundamento la culpabilidad por el hecho cometido, su razón se encuentra en la peligrosidad del autor y en la finalidad de prevenir hechos futuros, mediante la neutralización del individuo a quien la ley presume incorregible.<sup>27</sup> Desde este punto de vista, la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena importa un castigo fundado en un derecho penal de autor y por

<sup>25</sup> Cf. Curotto, Pedro P., *Las Penas de Prisión Perpetuas y Consecuencias Jurídicas Equiparables vs. Normas Constitucionales*, <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/05/doctrina04.pdf>.

<sup>26</sup> La CSJN, en la causa "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa", 05/09/2006, declaró la inconstitucionalidad de la pena de reclusión accesoria por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del CP.

<sup>27</sup> Cf. Ziffer, Patricia S., "La reclusión por tiempo indeterminado para el 'multirreincidente'", en *Derecho Penal y Estado de Derecho*, Resistencia, Librería De la Paz, 2005, p. 162.

hechos aun no cometidos, lesionándose, a su vez, el principio de legalidad penal (art. 18 CN). Ahora bien, si se considera admisible que es deber del Estado adoptar las medidas de seguridad necesarias para prevenir daños futuros, aun cuando el peligro derive del ser humano, la legitimidad de la medida de seguridad exige el cumplimiento de determinadas condiciones, al constituir una injerencia a la libertad individual que no tiene diferencia material con la pena, sin perjuicio de que presenten distintos fundamentos.<sup>28</sup> Las medidas de seguridad se encuentran limitadas por la prohibición de exceso y la implementación del medio menos lesivo. Por la prohibición de exceso, se pretenden evitar injerencias estatales abusivas, y por lo tanto, desproporcionadas, motivo por el cual, a pesar del interés de la sociedad en prevenir los peligros que parten del autor, estos deben ser soportados cuando sean menores que la pérdida de libertad que conlleva la medida para el afectado. En este sentido, medidas como las previstas en el art. 52 no son aceptadas por la doctrina jurídico- penal con relación a delitos de escasa o mínima gravedad, como los que determinan casi sin excepción su aplicación. Desde este punto de vista, la aplicación de la medida sería ilegítima, al ser desproporcionada con relación a los delitos que la determinan.<sup>29</sup> Pero, a su vez, la implementación del medio menos lesivo exige que el aseguramiento de la persona en prisión constituya una decisión de *ultima ratio*, lo cual es incompatible con el art. 53, que impone al condenado el deber de cumplir cinco años de reclusión accesoria para solicitar la libertad condicional, excluyendo toda posibilidad de producir ajustes acordes con la personalidad y situación concreta de la persona.<sup>30</sup> El sistema de presunción *iuris et de iure* que implementa el art. 53, por el cual, sin admitir prueba en contrario, es necesario cumplir cinco años de reclusión accesoria para aventar el riesgo de que el sujeto siga delinquirando es incompatible con este principio, que exige que exista la posibilidad de formular una valoración concreta de la situación del individuo.<sup>31</sup>

El art. 13 no prevé las hipótesis de condenas a un año de reclusión, ocho meses de prisión o de penas menores a ellas. Decía Soler<sup>32</sup> que estos casos no

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 163 y sgte.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>32</sup> *Óp. Cit.*, p. 433. Opina también que las condenas menores de tres años no podrán nunca ser inferiores en su efectivización a ocho meses de prisión o a un año de reclusión. Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 175.

dan lugar a libertad condicional, para ellos está la condena condicional prevista en el art. 26 del Código Penal, al no tener razón de existir una libertad condicional basada en la observación regular de los reglamentos carcelarios durante un término inferior a los ocho meses. Por el contrario, para Zaffaroni,<sup>33</sup> sería intolerablemente irracional que la fórmula beneficie a la persona que ha sido condenado a una pena más grave, lo que en condenas inferiores a ocho meses resulta groseramente irracional. En su opinión, el código quiso reducir el plazo para las penas cortas, lo que hace estableciendo el de ocho meses para quien es condenado a tres años (22 %) frente a dos tercios (66 %) cuando la pena supera los tres años. Por lo tanto, la cuestión no se resuelve recuperando la regla de los dos tercios<sup>34</sup> para los casos de penas de ocho meses o inferiores, porque de ser así, quedaría una desproporción inversamente progresiva que estaría dada por el hecho de que el condenado a ocho meses debería cumplir el 66 % de la pena en prisión, mientras que el condenado a tres años, solo el 22 %. Por este motivo se debe generalizar la regla del 22 % para todas las penas menores de tres años. Si se está a la letra del art. 26, el argumento de Soler es rebatible, debido a que la condena condicional solo resulta admisible para los casos de condena a pena de prisión. Por lo tanto, tratándose de condenas a un año de reclusión o menos, la persona debería cumplir la totalidad de la pena en encierro. Pero esta idea puede ser reconsiderada desde la perspectiva de entender que actualmente perdió vigencia la distinción entre reclusión y prisión, unificándose la pena privativa de libertad en esta última y, en consecuencia, la única condena admisible sería a pena de prisión, con lo cual pierde virtualidad la diferencia del art. 13 entre un año de reclusión u ocho meses de prisión. No cabría pensar a los supuestos que aquí se tratan como una omisión del legislador que lleva a una intolerable irracionalidad en la que se beneficie al condenado a una pena más grave. Estos serían casos en los que, si en el momento de

<sup>33</sup> *Óp. Cit.*, p. 916. Para quien el plazo de un año para la reclusión perdió vigencia, al unificarse, a partir de la Ley 24660, las penas privativas de libertad en la de prisión. La CSJN, en el *obiter dictum* de la causa “Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado”, 22/02/2005, estableció que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la Ley 24660, por no existir diferencias en su ejecución con la de prisión. Esta doctrina fue seguida en las causas “Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel s/ causa n° 6284”, 11/09/2007 y “Esquivel Barrionuevo, Víctor Carlos s/ causa n° 6372”, 17/10/2007.

<sup>34</sup> Como lo sostenía en el *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 682 y sgte.

determinar la pena no se condenó condicionalmente, esto obedecería a que la mínima culpabilidad por el hecho determina el cumplimiento de la totalidad de la pena en encierro. La tensión existente entre retribución y prevención, que también está latente en el art. 26, y que se pone de manifiesto a partir de que el tribunal debe fundar la decisión de que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena también en las “*demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad*” debería ser resuelta a favor de la primera, aun al costo de exigir al condenado el cumplimiento de la totalidad de la pena en prisión, en atención a que no mediarían circunstancias que demuestren la *inconveniencia* de que la pena sea de cumplimiento efectivo. La aparente contradicción de que se encontraría beneficiado el condenado a pena más grave se explicaría a partir de la posibilidad que establece el art. 26 de disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena cuando no exceda tres años de prisión, mediando, por lo tanto, una adecuada relación entre libertad condicional para los casos de penas más graves y condena condicional para las penas de prisión de tres años o menores.

Es opinión general<sup>35</sup> que el cómputo del término que el condenado debe cumplir en encierro debe hacerse sobre la base del descuento otorgado por la conmutación del Poder Ejecutivo. La idea contraria<sup>36</sup> consideraba que por condena debía interpretarse condena judicial, sin advertir, como lo demostrara Soler,<sup>37</sup> que, por una parte, el término *condena* sirve también para designar la extensión y el grado de la pena, motivo por el cual el art. 13 del Código Penal, al referirse a la condena, puede correctamente haber querido significar los dos tercios de la extensión de su pena, y, por otra, que en la fijación de la pena, la Constitución admite excepcionalmente la intervención de otro poder del Estado. Cuando el Poder Ejecutivo, en ejercicio de sus facultades constitucionales (art. 99 inc. 5 CN), reduce la pena, esta es la única condena que los órganos del Estado legítimamente han impuesto a la persona.

El problema referido a si se debe considerar el término que el condenado ha cumplido en prisión preventiva a los fines del cómputo de la condena entien-

<sup>35</sup> Soler, Sebastian, *Óp. Cit.*, p. 433 y sgtes.; Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 399 y sgte.; Fontán Balestra, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 356; Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 917; De La Rúa, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 181; Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 177.

<sup>36</sup> Gómez, Eusebio, *Óp. Cit.*, p. 691; Manigot, Marcelo A., *Código Penal Anotado y Comentado*, t. I, 4.<sup>a</sup> edición corregida y aumentada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, p. 43.



do se suscita a partir de la naturaleza de la libertad condicional, por constituir una forma de ejecución de la pena privativa de libertad, y disponer el art. 13, como condición de procedencia, que el condenado haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios. Cabría aquí tener en consideración, por una parte, que la prisión preventiva conceptualmente no es pena, y, por otra, que durante este término la persona no se encuentra necesariamente sujeta a reglamentos de este tipo. Esta cuestión determinó en su momento el fallo plenario "López Coto, F. C.",<sup>38</sup> de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal de la Capital Federal, para el cual como principio no debe privarse de los beneficios al condenado que, por causas ajenas a su voluntad, no ha sido sometido a tratamiento penitenciario, y por aplicación analógica del art. 24 del Código Penal. La doctrina penal<sup>39</sup> también se inclina en este sentido, incluso en caso de simple detención policial o judicial, sin mediar resolución judicial expresa que vincule al imputado con el proceso con determina medida de coerción personal. Las razones no son uniformes. Para Núñez,<sup>40</sup> el art. 13 no hace la salvedad derogatoria para el caso de la regla del art. 24. De la Rúa<sup>41</sup> opina que, sin necesidad de acudir al argumento práctico que de otro modo se torna casi imposible por la duración del proceso la libertad condicional en penas breves por causas ajenas a la voluntad del condenado, el art. 24 computa una prisión preventiva como cumplida bajo un régimen penitenciario inexistente y, aunque adaptadas a su función, las cárceles de encausados tienen sus propios reglamentos. Pero debe existir prisión o detención en la que se pueda informar si se cumplió con los reglamentos carcelarios, porque, de no ser así, faltaría el cumplimiento de un requisito para que proceda la libertad condicional.<sup>42</sup> No se computa el término en el que la persona se encontró sometida a medidas tutelares.<sup>43</sup> De todos modos, como advierte Zaffaroni,<sup>44</sup> actualmente la Ley 24660 es aplicable a los

<sup>37</sup> *Óp. Cit.*, p. 433 y sgtes.

<sup>38</sup> 9/09/1955, J. A., 1955-IV, p. 279 y sgte.

<sup>39</sup> Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 398 y sgte; Fontán Balestra, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 355; De La Rúa, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 180 y sgte; Zaffaroni, Eugenio Raúl /Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 916 y sgte; Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 176.

<sup>40</sup> *Óp. Cit.*, p. 398, nota 172.

<sup>41</sup> *Óp. Cit.*, p. 180 y sgte.

<sup>42</sup> *Cf.* Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 399; De La Rúa, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 181.

<sup>43</sup> *Cf.* Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 399; De La Rúa, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 181; Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 176.

<sup>44</sup> *Óp. Cit.*, p. 916.

procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad (art. 11), con lo cual no habría obstáculo normativo para aplicar el art. 13 a los presos sin condena. Pero esta afirmación no debería dejar de lado que el art. 24 dispone la forma en que se computará la prisión preventiva a los fines del cómputo de la pena, sin hacer excepción del término de encierro requerido por el art. 13 para que proceda la libertad condicional. Si no se computase el término en el cual el condenado estuvo en prisión preventiva, se exigiría en este caso que cumpla en encierro un término mayor al legalmente requerido.

b) Observación regular de los reglamentos carcelarios. Se requiere para la concesión de la libertad condicional que el condenado haya *observado con regularidad los reglamentos carcelarios*. Esta condición tiene carácter objetivo y no discrecional,<sup>45</sup> lo que ha sido objeto de crítica por una parte de la doctrina penal,<sup>46</sup> al no permitir evaluar la personalidad del condenado y limitar la consideración que debe realizar el tribunal a la conducta del penado durante el encierro. Pero esta es una característica altamente rescatable del sistema de libertad condicional,<sup>47</sup> desde el momento en que fija pautas objetivas para determinar la procedencia del requerimiento del condenado y el contralor de la decisión judicial, excluyendo la posibilidad de realizar juicios de peligrosidad del penado, desvinculados de la culpabilidad por el hecho cometido y por la que se reafirma a esta forma de ejecución de la pena privativa de libertad como un derecho del penado, dejando de lado la idea de que constituya una facultad del tribunal.<sup>48</sup> Pero no resulta claro en la doctrina penal el alcance que tiene el

<sup>45</sup> Cf. Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 400 y sgte.; Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 917; Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p.178; D Alessio, Andrés José (Director), Divito, Mauro A. (Coordinador), *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, 2da. Edición Actualizada y Ampliada, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 144.

<sup>46</sup> Herrera, Julio, *Óp. Cit.*, p. 209; Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 401.

<sup>47</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 917; Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 178.

<sup>48</sup> Para Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 917: *“Cumplidos los requisitos legales, la única denegatoria que podría fundar la jurisdicción, con base constitucional y no prevista expresamente en la ley, sería la que antes hechos concretos y probados, haga que el encierro u otro régimen más estricto de libertad asuma la función de coacción directa, para neutralizar peligros ciertos y reales de lesiones graves a bienes jurídicos fundamentales (amenaza para la vida de la víctima, de testigos, graves riesgo de muerte del propio condenado, etc.)”*.

cumplimiento de los reglamentos carcelarios, es decir, si se refiere a las normas que regulan la disciplina, el trabajo y la educación penitenciaria<sup>49</sup> o las pautas que fija la ley de ejecución para la disciplina carcelaria.<sup>50</sup> Pero una y otra interpretación refieren a lo que constituye la conducta del condenado, que en los términos de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad comprende la observación de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento (art. 100), y que se diferencia del concepto del interno, el cual importa la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reaserción social (art. 101), y que sirve de base para la progresividad del régimen y también para el otorgamiento de la libertad condicional (art. 104). A los fines de valorar el cumplimiento de esta condición, el juez debe contar con los informes suministrados por los organismos administrativos del establecimiento carcelario, que son considerados un presupuesto necesario e ineludible para decidir acerca del otorgamiento de la libertad condicional,<sup>51</sup> pero que no tienen carácter vinculante,<sup>52</sup> por cuanto la decisión respecto del otorgamiento de la libertad condicional es exclusivamente jurisdiccional.<sup>53</sup> En tal sentido, el art. 28 de la Ley 24660 demanda la necesidad de contar con los informes fundados del organismo técnico criminológico, del consejo correccional del establecimiento y cuando correspondiere del equipo especializado previsto en el inciso l del art. 185,<sup>54</sup> los que deben contener los antecedentes de conducta, concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. La observación regular no exige cumplimiento absoluto ni ejemplar de los reglamentos carcelarios,<sup>55</sup> es decir, sin infracciones de ningún

<sup>49</sup> Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 402 y sgte; Soler, Sebastián, *Óp. Cit.*, p. 436.

<sup>50</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 917.

<sup>51</sup> Cf. Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 404; D Alessio, Andrés José (Director), Divito, Mauro A. (Coordinador), *Óp. Cit.*, p. 146.

<sup>52</sup> Cf. D Alessio, Andrés José (Director), Divito, Mauro A. (Coordinador), *Óp. Cit.*, p. 147.

<sup>53</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 917; Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 178.

<sup>54</sup> Art. 185: "Los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar, como mínimo, con los medios siguientes: ... l) Un equipo compuesto por profesionales especializados en la asistencia de internos condenados por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125".

<sup>55</sup> Cf. Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 403; Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 917.

tipo, ni tampoco durante todo el término de encierro.<sup>56</sup> Se requiere que no medien infracciones graves ni repetidas, durante un tiempo considerable en relación con el de la pena con anterioridad al pedido.<sup>57</sup>

c) Pronóstico de reinserción. A partir de la reforma introducida por la Ley 25892 al art. 13 del Código Penal, para otorgar la libertad condicional, además de la observación regular de los reglamentos carcelarios, debe previamente el Tribunal contar —con relación al condenado— con un *informe de la dirección del establecimiento y un informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social*. Se distingue entre el informe de la dirección del establecimiento y el de peritos, sin precisar el objeto del primero y la clase de pericia que se debe ejecutar y quién la debe practicar.<sup>58</sup> Qué tiene que informar la dirección del establecimiento es una cuestión que debe ser previa y claramente determinada por la ley, y ante el silencio del art. 13, es necesario determinar, a partir de las distintas disposiciones legales aplicables a la libertad condicional, cuál es el objeto del informe requerido y el contenido de la información suministrada. Forman parte del marco regulatorio de la libertad condicional las normas pertinentes de la Ley 24660. El objeto y contenido de la información debe, por lo tanto, ser determinado en conjunción con las disposiciones de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, que diferencia entre conducta (art. 100) y concepto (art. 101), el que a su vez, sirve de base para el otorgamiento de la libertad condicional (art. 104). Mientras la calificación por conducta, en los términos de la Ley 24660, tiene valor con relación a la vida intramuros del condenado, para determinar la frecuencia de las visitas, la participación en actividades recreativas y otras que los reglamentos establezcan (art. 103), el concepto sirve de sustento para lograr el reingreso del penado a la vida en sociedad o extramuros. El informe que debe suministrar la dirección del establecimiento en los términos requeridos por el art. 13 está referido, por lo tanto, al concepto del condenado, esto es, a la ponderación de su evolución personal, de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social (art. 101). Pero debe ser compatible con el respeto al principio de autonomía ética del condenado (art. 19 CN), que excluye la posibilidad de que, por medio del informe

<sup>56</sup> Cf. Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p.179. Otra opinión: Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 403.

<sup>57</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 917.

<sup>58</sup> Cf. D Alessio, Andrés José (Director), Divito, Mauro A. (Coordinador), *Óp. Cit.*, p. 148.

administrativo, y tras la idea de resocialización, se formulen juicios de valor sobre la personalidad, hábitos, tendencias o costumbres, que estén referidos a lo que el condenado es y no a lo que hace.<sup>59</sup> Descartada la posibilidad, por su incompatibilidad con el principio de autonomía ética, que a través de la idea de resocialización resulte legítimo manipular la personalidad del condenado o la intromisión en la esfera de su moral individual, su reinserción social debe ser valorada en los términos en que resulta posible legitimar la finalidad resocializadora de la pena y que se limita a la ayuda que el condenado admite voluntariamente para su ulterior reinserción social.<sup>60</sup>

Además de la imprecisión que caracteriza al art. 13 respecto del tipo de pericia que debe practicarse y por quién debe ejecutarse, al generar esta disposición la necesidad de un informe que tiene por contenido un pronóstico referido al condenado, surge la posibilidad de formular juicios de peligrosidad, relativizando la naturaleza de la libertad condicional como derecho del condenado, dando paso a que funcione realmente como facultad jurisdiccional. Al requerirse un informe pericial que pronostique en forma individual y favorable sobre la reinserción social del penado, los peritos podrían expedirse sobre hechos futuros, ajenos al principio de culpabilidad por el hecho cometido, y que por definición no pueden ser objeto de afirmación acerca de su efectiva realización. Desde este punto de vista, un pronóstico desfavorable respecto de la reinserción social del condenado implicaría agravar las condiciones de ejecución de la pena en consideración a hechos no cometidos, y por lo tanto, resultaría lesivo del principio constitucional de legalidad penal (art. 18 CN). Y si el informe desfavorable, que sustenta la denegatoria jurisdiccional de la libertad condicional, se basa en la formulación de estereotipos criminales, propios del positivismo criminológico, por medio de la ejecución de la pena, se abriría paso

<sup>59</sup> Cf. Díaz Cantón, Fernando y Pitlevnik, Leonardo, "Las condiciones para obtener la libertad condicional", en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, Buenos Aires, p. 186.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 185, con cita de Mir Puig, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. ¿Qué queda en pie de la resocialización?*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, pp. 148 -149. Al respecto dice Axel López y Ricardo Machado, "no se trata de la readaptación o reforma del condenado ni tampoco de lograr la modificación en su personalidad, sino de provocar su reintegro al medio libre mediante un proceso de personalización en el que le sean ofrecidas las herramientas necesarias a los efectos de disminuir su nivel de vulnerabilidad al sistema penal y, en definitiva, evitar su constante prisionización". *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, Di Plácido, 2004, p. 187.

a conceptos propios del derecho penal de autor, incompatibles con el derecho penal de acto, que por imperativo constitucional (art. 18 CN) tiene vigencia tanto para la definición del delito como respecto de la ejecución de la pena. El cumplimiento de esta condición, que a diferencia de la observación regular de los reglamentos carcelarios no depende solo de lo que haya hecho durante el término de encierro el condenado, sino, principalmente, de la valoración de un tercero en un marco de por lo menos cierta discrecionalidad, determina la instrumentación de un procedimiento que dudosamente podrá satisfacer debidamente las exigencias constitucionales referidas, y que podría tener por resultado legitimar la denegatoria de la libertad condicional con argumentos propios de las medidas de seguridad, en tanto un pronóstico desfavorable de reinserción social estaría fundado en el potencial peligro para los bienes jurídicos de otros, a partir de tratar al condenado como fuente generadora de peligros. Frente a lo expuesto, el informe pericial, en el que se debe garantizar al condenado el derecho a proponer perito de parte,<sup>61</sup> no debería ir más allá de lo que constituye el concepto, en los términos del art. 101 de la Ley 24660, como base para otorgar la libertad condicional; y, en este sentido, las conclusiones de los peritos deben estar orientadas a determinar la evolución personal del penado, en el marco de la progresividad que caracteriza al régimen de ejecución de la pena privativa de libertad, deduciendo a partir de datos que pueden ser objeto de acreditación y contradicción las posibilidades de reinserción social del condenado. Debería, por lo tanto, tratarse de una pericia de naturaleza criminológica,<sup>62</sup> que permita una evaluación conjunta de esta condición con los informes requeridos por el art. 28 de la Ley 24660 para conceder la libertad condicional.

<sup>61</sup> El art. 28 de la Ley 24660 dispone en el cuarto párrafo “*El interno podrá proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe*”.

<sup>62</sup> También se señala que “*el órgano jurisdiccional —sin perjuicio de disponer los peritajes médicos, psicológicos o psiquiátricos que considere pertinentes— debería basarse en los informes confeccionados en la unidad carcelaria. Sobre esta cuestión, se ha advertido que los integrantes del consejo correccional del establecimiento respectivo (cfr. Art. 41 y ss. del decreto 369/1999) serían los únicos en condiciones de aportar los datos objetivos necesarios referidos a la evolución del interno de conformidad con las metas proyectadas al momento de la individualización del tratamiento penitenciario (art. 13 de la ley 24660), destacando que las correspondientes conclusiones deben tener una base objetiva —v. gr. la nota de concepto— y no importar “una futurología incompatible con el Estado de Derecho”.* D Alessio, Andrés José (Director), Divito, Mauro A. (Coordinador), *Óp. Cit.*, p. 148 y sgte.

d) No tener la calidad de reincidente ni ser condenado por los delitos indicados en el art. 14 del Código Penal. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 14 del Código Penal, la libertad condicional no se concederá a los reincidentes ni en los casos previstos en los arts. 80 inc.7; 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo. La última parte del art. 14, por medio de la cual se agravan las condiciones de procedencia de la libertad condicional, fue introducida con la sanción de Ley 25892. Estas condiciones negativas, que desde el punto de vista legal son formales y objetivas, deben ser analizadas desde la perspectiva constitucional, tomando en consideración el impacto que causó en el orden jurídico argentino la jerarquización constitucional de los tratados internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Originariamente, el art. 14 limitaba la libertad condicional solo a los reincidentes en los términos del art. 50 del Código Penal. Como exigencia formal para la procedencia de la libertad condicional, no se encontró exenta de críticas,<sup>63</sup> ni tampoco se ha mantenido invariable en los proyectos de reformas al Código Penal.<sup>64</sup> Núñez<sup>65</sup> sostenía que el legislador no había tenido en consideración las exigencias científicas de este instituto, a partir de que la ley presume —en contra de lo que realmente puede suceder— que el reincidente por primera vez no era susceptible de ser sometido con éxito a la prueba de la liberación anticipada del encierro, pero interpretaba el cumplimiento de esta condición de la forma más rigurosa posible, desde el momento en que en su opinión era indiferente si la reincidencia había sido o no declarada judicialmente, negándose el beneficio al condenado que en alguna oportunidad adquirió la calidad de reincidente, aun cuando no lo fuese en virtud de la condena que cumple, en razón de que esta calidad no se perdía o prescribía, con lo cual legitimaba el estado jurídico de reincidencia del condenado. Sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad de esta exigencia legal, no toda la doctrina jurídico-penal interpretó con el mismo alcance este impedimento para obtener la libertad condicional, considerando que la reincidencia

<sup>63</sup> Julio Herrera opinaba que la restricción importaba desconocer la utilidad del instituto, *Óp. Cit.*, p. 211 y sgtes., y José Peco se debía otorgar la libertad condicional al reincidente cuando se lo presume corregido, *La Reforma Penal Argentina*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1921, p. 232 y sgtes.

<sup>64</sup> El proyecto de 1941 admitía la libertad condicional para los reincidentes con exigencias más rigurosas.

<sup>65</sup> *Óp. Cit.*, p. 406 y sgte. También Chiara Díaz, considera improcedente la libertad condicional respecto de quien sea reincidente de acuerdo con las previsiones del art. 50 del CP, *Óp. Cit.*, p. 180.

obsta la concesión, si la sentencia que el condenado está cumpliendo lo ha declarado reincidente,<sup>66</sup> y la declaración proyecta sus efectos durante los plazos que fija el art. 50 del Código Penal,<sup>67</sup> con lo cual, por una parte, se trata a la reincidencia como un hecho que también debe ser declarado por el tribunal en la sentencia y, por otra, no se admite el inconstitucional estado jurídico permanente de reincidencia, especialmente a partir de la reforma introducida por la Ley 23057 al art. 50, que dispone los términos de duración de la pena sufrida a los efectos de la declaración de reincidencia. Pero la validez de esta exigencia ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional, al observarse la constitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50 CP). En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, aun cuando no haya sido en forma unánime,<sup>68</sup> se pronunciaron sobre la incompatibilidad de la reincidencia con la garantía constitucional del *ne bis in idem*. Esta cuestión ya había sido planteada por Luis Jiménez de Asúa, quien decía,

*“Un nutrido grupo de escritores, oriundo de varias nacionalidades, mantuvieron la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia por no encontrar en el concurso de esta circunstancia aumento de daño material, moral o político. Estimase por quienes así razonan que castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituiría una grave injusticia, un quebrantamiento de la máxima non bis in idem... Así lo creyeron Carmignani, Carnot, Alauzet, Köstlin, Merkel, Gesterling, Mittermaier, Pagano, Guiliani.”*<sup>69</sup>

<sup>66</sup> D' Alessio, Andrés José (director), Divito, Mauro A. (coordinador), *Óp. Cit.*, p. 164; De La Rúa, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 228.

<sup>67</sup> D' Alessio, Andrés José (Director), Divito, Mauro A. (Coordinador), *Óp. Cit.*, p. 163; Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 180.

<sup>68</sup> En la doctrina opinan que la reincidencia no lesiona la garantía constitucional: Creus, Carlos, *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 420 y sgtes.; De La Rúa, Jorge, *Óp. Cit.*, p. 229, sin perjuicio de advertir que su severidad pueda resultar inadecuada desde el punto de vista político criminal; Bidart Campos, Germán, “Libertad condicional y reincidencia”, en *El Derecho*, t. 118, 1986, p. 146 y sgtes.; Buteler (h), Jorge A., “La reincidencia como condición negativa para la procedencia de la libertad condicional. Inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal”, en *Seminario Jurídico de Córdoba*, N.º 584. La CSJN admitió la constitucionalidad de la reincidencia en las causas “Valdez, Enrique C. y otra”, 21/4/1988 y “Leveque, Ramón, R.”, 16/8/1988.

<sup>69</sup> *La Ley y el Delito*, 4.ª edición, corregida y actualizada, México-Buenos Aires, Hermes, 1963, p. 536 y sgte. También planteaba la cuestión Zaffaroni: “Sin embargo, hay una objeción



Este criterio<sup>70</sup> también había sido seguido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, en la causa: “Varela, Luis Rodolfo s/ libertad condicional”, del 27 de diciembre de 1985, que declaró la inconstitucionalidad del art. 14, al limitar la libertad condicional al reincidente, por traducirse este obstáculo en una pena de mayor entidad, al agravar las condiciones de ejecución, al exigir el cumplimiento de la totalidad de la pena en situación de encierro, y también dio sustento a la decisión del 8 de mayo de 2012 de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, en la causa “Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación”, la que por mayoría de votos consideró que

*“cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el artículo 14 del mismo cuerpo legal, deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (artículos 5º; 6º y 29º de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 10º del Pacto Internacio-*

*de tipo constitucional que esta tesis, como las anteriores —a excepción de la de Armin Kaufmann, de la doble violación normativa— no pueden obviar, y que fuera formulada en el siglo pasado por penalistas de gran talla: toda pretensión de agravar la pena en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio de que no se puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho (non bis in diem)”. Manual, Óp. Cit., p. 717 y sgte. En Derecho Penal PG, sostiene que este requerimiento negativo debe considerarse cancelado, dada la inconstitucionalidad de la reincidencia que privaría de un derecho al condenado en razón de un hecho por el que ya ha sido juzgado, p. 918. Participan de esta posición Artola, Luis Juan – Carribero, Hugo López, La Reincidencia, Buenos Aires, DIN editora, 2000, p. 37 y sgtes.*

<sup>70</sup> En igual sentido: CSJ de Tucumán, 20/11/2011; ST de la Provincia de Entre Ríos, Sala Penal, 24 /11/2011; TO Federal N.º 1 de la Provincia de Córdoba, 3/9/2010. El STJ de la Provincia de Corrientes, en la causa “Incidente de libertad condicional de Pérez, Vicente Omar”, 7/10/2008, admite que si el reincidente no puede recuperar la libertad, se estaría impidiendo que se cumpla el fin constitucional de la Ley 24660, pero no declara la inconstitucionalidad del art. 14, interpretando que “... para que aquellos condenados reincidentes se incorporen a la modalidad de ejecución Libertad Condicional se les exige, a diferencia de quienes no los son, el previo tránsito por los tres periodos del régimen progresivo que lo preceden (Observación, Tratamiento, Prueba). De esta manera la promoción de los internos reincidentes al cuarto y último estadio del régimen progresivo operaría cuando, además de ello, reúnen los requisitos objetivos del artículo 13 del Código Penal”.

*nal de Derechos Civiles y Políticos*". (Voto del juez Alejandro M. Slokar, al que adhirió la jueza Ángela Ester Ledesma).<sup>71</sup>

Pero en esta cuestión media una progresividad en el desarrollo de los argumentos que explican la inconstitucionalidad del art. 14, a partir de que su incompatibilidad con las normas constitucionales se encuentra incluso con independencia de la inconstitucionalidad de la reincidencia (art. 50) y del efecto agravante que tiene en la pena o en su ejecución. En este sentido, el voto en disidencia del juez Zaffaroni en la causa "Recurso de hecho, deducido por la Defensora Oficial, de Rafael Luis Álvarez Ordóñez, en la causa Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10154"<sup>72</sup> afirma también la inconstitucionalidad del art. 14 al ser una disposición que, al vedar la libertad condicional a cualquier reincidente, por cualquier delito y en cualquier circunstancia, es también aplicable a la prisión perpetua a reincidentes, convirtiendo la pena perpetua en una pena inexorablemente perpetua, en el sentido de que solo se extingue con la muerte del condenado, además de la arbitrariedad que implica la contradicción de autorizar la libertad condicional para los casos de multirreincidencia (arts. 52 y 53 CP), y no para los de simple reincidencia (art. 14 CP), y de presumir sin admitir prueba en contrario que en el caso se hallan presentes las condiciones con que se ha intentado legitimar la agravación por reincidencia, sin permitir al magistrado la evaluación de ellas en el caso concreto. La progresividad de los argumentos que explican la inconstitucionalidad de la disposición que limita la libertad condicional a los reincidentes determina, a su vez, que la posibilidad del reincidente de acceder al régimen de libertad asistida previsto en el art. 54 de la Ley 24660 no deba ser tomada como un argumento para legitimar constitucionalmente esta restricción, en razón de que las razones que explican la inconstitucionalidad del art. 14 no excluyen la inconstitucionalidad que importa la agravación de la ejecución de la pena en violación al principio *ne bis in idem*.

La última parte del art. 14 limita además la libertad condicional a los condenados por los siguientes delitos: homicidio *criminis causa* (art. 80 inc.7 CP),

<sup>71</sup> El mismo criterio siguió la Sala II en la causa "Rearte, Mauro Germán, s/ recurso de casación", 21/12/2011.

<sup>72</sup> CSJN, 5/2/2013. El recurso de queja fue desestimado por mayoría de votos por falta de fundamentación autónoma.

abuso sexual y abuso sexual por seducción seguido de muerte (art. 124 CP), privación ilegal de la libertad, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida (art. 142 bis, anteúltimo párrafo), homicidio en ocasión de robo (art. 165 C.P.) y secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida (art. 170 anteúltimo párrafo CP) Estos delitos, a excepción del homicidio en ocasión de robo, que se encuentra conminado con pena de reclusión o prisión de diez a veinticinco años, tienen pena de reclusión o prisión perpetua. Por su parte, el art. 56 bis de la Ley 24660,<sup>73</sup> excluye a los condenados por estos delitos de los beneficios comprendidos en el período de prueba y de los beneficios de la prisión discontinua o semidetención y libertad asistida, agravando aun más las condiciones de ejecución de la pena. Es evidente que la finalidad perseguida a través de la reforma legislativa no es otra que evitar el egreso del condenado de la institución penitenciaria, agotando la finalidad de la pena en el encierro, excluyendo a los condenados por estos delitos del régimen de progresividad (art. 12, Ley 24660) que caracteriza a la ejecución de la pena privativa de libertad, que se enmarca en la finalidad de procurar la adecuada reinserción social (art. 1, Ley 24660), dándoles el trato de sujetos peligrosos respecto de los cuales se presume la incapacidad de reinserción social. Esta condición que dispone el art. 14 no es compatible con la finalidad de prevención especial que debe caracterizar a la ejecución de la pena privativa de libertad, a partir del mandato que deriva del art. 5, inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>74</sup> Esta forma de regular las condiciones de procedencia de la libertad condicional, y las restricciones que su vez agrega el art. 56 bis de la Ley 24660, lesionan la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 CN)<sup>75</sup>, al discriminar a los condenados por los delitos seleccionados en el art. 14 de la finalidad esencial que la pena privativa de libertad debe seguir, con independencia de la gravedad del delito que motivó la condena, y contradicen el art. 8 de la Ley 24660, que garantiza la aplicación de las normas de ejecución penal a los condenados sin establecer distinciones en razón

<sup>73</sup> Incorporado por Ley 25948 (BO 12/11/2004).

<sup>74</sup> Cf. Curotto, Pedro P., <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/05/doctrina04.pdf>. El art. 10.3 del PIDCP, también, dispone: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados".

<sup>75</sup> Cf. D Alessio, Andrés José (director), Divito, Mauro A. (coordinador), Óp. Cit., p. 164; Cantisani, Inés, en *Reformas Penales Actualizadas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 516 y sgte.

de ninguna circunstancia. El sustantivismo al que recurre el legislador para limitar la libertad condicional encubre tras la apariencia de la gravead del delito criterios de peligrosidad criminal vinculados con el autor y no con el hecho. Prueba de lo expuesto es que la limitación no se refiere a todo delito conminado con pena de reclusión o prisión perpetua<sup>76</sup>, o en su caso reclusión o prisión de diez a veinticinco años<sup>77</sup>, lo que demuestra que no se toma en consideración la gravedad del hecho, sino al autor de los delitos mencionados en el art. 14. Nuevamente el legislador recurre a criterios de derecho penal de autor, incompatibles con el derecho penal de acto (art. 18 CN) constitucionalmente vigente y que deslegitima la agravación de la pena o de su ejecución a partir de criterios peligrosistas. La inconstitucionalidad de esta condición se encuentra a su vez en el hecho de hacer de la pena perpetua para los delitos mencionados en esta disposición una pena realmente perpetua al excluir toda posibilidad de egreso del condenado, quien inexorablemente deberá concluir la vida en situación de encierro. Son aplicables en este caso los argumentos expuestos<sup>78</sup> para explicar la inconstitucionalidad de las penas perpetuas en el derecho argentino.

e) Que la libertad condicional no hay sido revocada. Por el art. 17 del Código Penal, ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada podrá obtenerla nuevamente, situación que, por el contrario, se contempla para los casos de multirreincidencia (art. 53 CP). En general,<sup>79</sup> se interpreta que la restricción del art. 17 alcanza solo para la pena que se está ejecutando, no para otra posterior. Debe diferenciarse la revocación de los casos en los que corresponde proceder solo a la unificación de las condenas, supuestos en los cuales no se tratará de un

<sup>76</sup> También se encuentran conminados con reclusión o prisión perpetua los delitos previstos en los arts: 80 incs. 1; 2; 3; 4; 5; 6; 8; 9; 10; 11; 12; 142 ter segundo párrafo (solo prevé prisión perpetua), 214 (conmina en forma alternativa con pena de reclusión o prisión de diez a veinticinco años), 215; 218; 227.

<sup>77</sup> También se encuentran conminados con reclusión o prisión de diez a veinticinco años los delitos previstos en los siguientes arts: 82; 142 bis segundo párrafo incs. 1; 2; 3; 4; 5; 6; 142 ter primer párrafo, 170 segundo párrafo incs. 1; 2; 3; 4; 5; 6, 199; 201 bis (si resultare la muerte de la persona ofendida), art. 214 (conmina en forma alternativa con reclusión o prisión perpetua), 218.

<sup>78</sup> *Supra* IV a.

<sup>79</sup> Núñez, Ricardo C., *Óp. Cit.*, p. 407; Zaffaroni, Eugenio Raúl /Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 918; Creus, Carlos, *Óp. Cit.*, p. 423; Chiara Díaz, Carlos A., *Óp. Cit.*, p. 186. Plantea la duda interpretativa, Soler, Sebastián, *Óp. Cit.*, p. 436. Consideró que el impedimento se refiere también para las penas que se impongan en el futuro la CNCP, Sala III, en la causa "Ochoa, Miguel Ángel", 29/4/2002.

nuevo delito cometido con posterioridad a la condena que se ejecuta, y donde no corresponde revocar la libertad condicional, sino revisar si se cumplió con el término de la pena en encierro de acuerdo con el nuevo cómputo de la pena correspondiente a la condena unificada. Si se trata de un nuevo delito cometido con posterioridad a la condena que se ejecuta, deberán unificarse solo las penas, y en este caso el condenado deberá cumplir en encierro la parte de la nueva pena que se ejecuta para solicitar la libertad condicional.<sup>80</sup>

## Conclusiones

La libertad condicional no escapó a lo que constituye la característica común de las reformas penales de los últimos tiempos en la Argentina, y desde este punto de vista, la Ley 25892 es la manifestación de una modificación que no consideró la coherencia sistemática del Código Penal, que incrementa la rigurosidad del poder punitivo del Estado y que no toma en cuenta los principios y garantías constitucionales vigentes y que han sido ampliados a partir de la jerarquización constitucional de los tratados internacionales con la reforma constitucional del año 1994.

En el afán de satisfacer el reclamo de la ciudadanía y resolver el denominado problema de inseguridad derivado de la comisión de delitos, tampoco se tuvo en consideración el sentido que animó la sanción de la Ley 24660, que enmarcó la ejecución de la pena privativa de libertad en la finalidad de reinserción social del condenado, de acuerdo con lo establecido por la Convención Internacional sobre Derechos Humanos (art. 5 inc. 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10 inc. 3).

La carencia de un adecuado estudio y diagnóstico por parte de los órganos ejecutivo y legislativo del Estado, que explique las razones de la violencia en la sociedad de nuestros días y de la responsabilidad que importa, por parte de los funcionarios estatales, asumir y sostener que los problemas derivados de la criminalidad no cuentan con simples soluciones inmediatas guiadas por la idea común del agravamiento de la pena o de su ejecución lleva a implantar políticas guiadas por la finalidad de lograr a través del encarcelamiento medidas de aseguramiento físico que impidan la comisión o reiteración de delitos.

<sup>80</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Óp. Cit.*, p. 918.

Se deja de lado la idea de prevención especial positiva y se legisla con criterios peligrosistas, propios del derecho penal de autor, que incluso no reparan en sancionar normas que garanticen que la pena perpetua sea de cumplimiento efectivo, como medida destinada a lograr que los sujetos a quienes se considera peligrosos no tengan la posibilidad de reingresar en la sociedad.

La reforma al régimen de libertad condicional a través de la Ley 25892 resulta incompatible con un instituto que tiene objetivos de prevención especial y que trata de paliar en la medida de lo posible el efecto desocializante de la pena privativa de libertad.<sup>81</sup> En este contexto resulta especialmente destacable el esfuerzo de los tribunales de justicia por generar una jurisprudencia adecuada a los objetivos de la libertad condicional y compatible con los principios y garantías constitucionales que constituyen el fundamento del orden jurídico argentino.

La jerarquización constitucional de los tratados internacionales genera el deber del Estado de garantizar el cumplimiento de sus normas mediante la sanción de leyes infraconstitucionales compatibles con los valores y principios que los fundamentan. Las leyes penales y las reformas legislativas que se sancionan deben por lo tanto aspirar a concretar el fin resocializador de la pena privativa de libertad, lo que está muy lejos de lograrse con el agravamiento que se persigue en la ejecución de la pena mediante las modificaciones introducidas al régimen de libertad condicional, que no tienen, finalmente, otro fundamento que saciar el reclamo social de mayor seguridad. Reformas de este tipo terminan haciendo de la ejecución de la pena privativa de libertad una medida de seguridad física, incompatible con la progresividad del régimen penitenciario, que se integra con el período de libertad condicional y la finalidad de lograr la adecuada reinserción social del condenado.

Lamentablemente, la historia política de nuestro país se caracteriza por las sucesivas interrupciones del orden institucional. Frente a este marco histórico, que podamos conmemorar treinta años ininterrumpidos de vida democrática debe ser motivo de orgullo, en tanto es la expresión de una sociedad que decidió vivir en democracia, pero, también, debe ser objeto de reflexión, no solo para no incurrir en los errores del pasado, sino, también, para adquirir consciencia de que la pluralidad de ideas y la tolerancia a la diversidad de opiniones hacen a la

<sup>81</sup> Cf. Ziffer, Patricia S., "Aspectos centrales de la discusión en materia de libertad condicional", *Disertaciones y Ponencias en el IX Encuentro de Profesores de Derecho Penal*, Santa Fe, 2011, p. 115 y sgtes.

vida democrática de un país. En este contexto, naturalmente vamos a vivir en una sociedad con nuevos reclamos y disidencias, que van a poner al descubierto problemas que el silencio propio de los estados autoritarios se encarga de ocultar. La cuestión criminal forma parte de los problemas que deben ser tratados y resueltos, pero en el marco de un Estado de Derecho que encuentra en las garantías individuales su dato diferenciador.