

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia del 17 de diciembre de 2015 de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, que hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Guillermo Antonio Álvarez, anuló la resolución del juez de ejecución y ordenó la confección de un nuevo cómputo, el representante de este ministerio fiscal dedujo recurso extraordinario federal y, ante a su rechazo, la queja que ha dado formación a este legajo.

Álvarez, apodado "niño bien", por provenir de una familia de buen pasar de Acassuso, fue condenado fundamentalmente por haber matado a cuatro personas entre 1996 y 1998. Entre la noche del 27 de julio y la madrugada del 28 de julio de 1996, durante un raid delictivo que duró seis horas, asesinó al empresario Bernardo Loitegui para robarle el auto delante de su hija y, luego, al subinspector de la Policía Federal Fernando Aguirre y a la estudiante de veinticuatro años, María Andrea Carballido, durante el robo al pub "Company", en el barrio de Belgrano. Dos años después, mientras estaba detenido en la antigua cárcel de Caseros, mató a un compañero de pabellón, el joven de diecisiete años, Elvio Aranda.

En concreto, de los antecedentes del legajo y de las resoluciones que en copia se acompañan, se desprende que Álvarez fue condenado por sentencia firme en las siguientes oportunidades:

a) a la pena de seis meses de prisión, impuesta por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 de Morón, provincia de Buenos Aires, el 7 de octubre de 1996, por el delito de evasión en grado de tentativa reiterado, en dos oportunidades, en concurso ideal con lesiones leves.

b) a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas, impuesta por la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, el 4 de septiembre

de 1998, por los delitos de robo simple, robo en poblado y en banda, homicidio en ocasión de robo en grado de tentativa, todos en concurso real.

c) a la pena de reclusión perpetua más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, accesorias legales y costas, dictada por el Tribunal Oral de Menores n° 1 de esta ciudad, en la causa n° 1048, el 28 de octubre de 1999, por el delito de robo agravado por el uso de armas reiterado en cuatro oportunidades, una de ellas en grado de tentativa, homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y lograr la impunidad y lesiones graves, todos en concurso real.

d) a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 12 de esta ciudad, el 9 de mayo de 2000, en la causa n° 841, por el delito de homicidio simple en concurso ideal con coacción agravada por el uso de armas.

El proceso de unificación de estas sentencias transitó distintas etapas. Primero fueron unificadas las condenas mencionadas en a) y c) por el Tribunal Oral de Menores n° 1, que en la misma sentencia del 28 de octubre de 1999 condenó entonces a Álvarez a la pena única de reclusión perpetua, más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. Contra esta sentencia de unificación la defensa interpuso recurso de casación y, luego de su concesión sólo parcial, también una queja por los agravios por los que fue rechazado. Tomó intervención entonces la Sala II de la cámara de casación que, por sentencias del 14 de marzo y el 23 de junio de 2000, respectivamente, denegó la queja y rechazó el recurso de casación. La desestimación de la queja por casación denegada motivó la presentación de un recurso extraordinario por la defensa y luego, ante su rechazo, de una queja que fue desestimada por la Corte (causa A 702; XXXVI). La sentencia del 23 de junio de 2000 que rechazó el recurso de casación concedido, en cambio, no fue objeto de impugnación ante V.E.

Ahora bien, firme la pena única anterior, el Tribunal Oral de Menores n° 1, a pedido de la defensa, debió practicar una nueva unificación de modo de incluir ahora

C.C.C. 70150/2006/TO1/1/2/RH1.-

también la condena mencionada en el punto d) precedente, comunicada entretanto por el tribunal de juicio que la dictó. En esta ocasión, sin embargo, una vez sustanciado el trámite, condenó a Álvarez a la pena única de prisión perpetua. Esta nueva sentencia de unificación fue impugnada por el ministerio fiscal y dio lugar a una nueva intervención de la Sala II del *a quo*, que anuló la sentencia y ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento por otro tribunal. Designado a tal fin, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 dictó entonces una nueva sentencia de unificación, el 27 de febrero de 2008, y condenó a Álvarez a la pena única de reclusión perpetua, más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. Esta sentencia fue recurrida ahora por la defensa y volvió a conocer en el caso la Sala II del *a quo* que, por sentencia del 22 de marzo de 2011, rechazó la impugnación, confirmó la sentencia y declaró que en la pena única de reclusión perpetua, más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, debía considerarse también comprendida la pena de veinticinco años mencionada *supra* en el punto b).

En las presentaciones e impugnaciones que formuló a lo largo de este proceso, además de otros argumentos, Álvarez cuestionó en particular que se tomara la pena mayor como pena mínima para la unificación, así como la constitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado que se le impuso a tenor de lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal. Ambas pretensiones fueron rechazadas expresamente por la Sala II de la cámara de casación, la última de ellas, esto es, la tacha de inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado, en la sentencia firme del 23 de junio de 2000 que dictó en su primera intervención. Por esta razón, en el pronunciamiento del 22 de marzo de 2011, resultante de su última intervención, el *a quo*, con base en la cosa juzgada que existía respecto de esa cuestión, específicamente aclaró que "no puede intentar replantearse la cuestión con el pretexto de que procede la unificación de esa sentencia —única que había impuesto la reclusión por tiempo indeterminado— con otras penas de prisión temporales impuestas al mismo condenado en otras sentencias" y, en la parte dispositiva de su decisión, resolvió "declarar mal concedido el recurso de casa-

ción [...] en cuanto por esa vía se pretendió nuevamente impugnar la inconstitucionalidad de los arts. 80 y 52 del Código Penal, cuestión que ya había sido decidida y rechazada en esta misma causa, por sentencia de 23 de junio de 2000 (Reg. n° 3330), con motivo de la impugnación de la sentencia de condena".

–II–

Ahora bien, firme también la sentencia del *a quo* del 22 de marzo de 2011, la ejecución de la condena quedó a cargo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 4 de esta ciudad, y ese tribunal dictó el 25 de marzo de 2014 la resolución que dio inicio a esta vía recursiva.

Concretamente, de la decisión que en copia se acompaña surge que las partes solicitaron la fijación de un límite temporal a la pena impuesta y la realización de un cómputo de la condena ejecutada, y que el juez de ejecución sobre la base de las siguientes razones accedió a esa petición.

El magistrado consideró que "la situación del interno Álvarez es la de quien por hallarse condenado a la pena única de reclusión perpetua y reclusión por tiempo indeterminado, ve obstaculizada la posibilidad de obtener un egreso anticipado en los términos del artículo 13 del C.P.N. y 54 de la Ley 24.660, ante la dificultad de fijar fecha de vencimiento de dicha sanción". Pero expresó que "la circunstancia que la norma aplicada en la condena [...] no regule en forma expresa un supuesto de vencimiento de pena, no puede ser obstáculo para fijarlo", sino que por el contrario "obliga a deducirlo por imperio constitucional", pues "caso contrario, se vulneraría el principio de legalidad ejecutivo" y el mandato constitucional de reinserción social. En este sentido, si bien reconoció que V.E. no se pronunció nunca sobre el tema, adujo que "un breve pero significativo agregado efectuado en el voto mayoritario del fallo "Giménez Ibañez" (Fallos: 329:2440), pareciera dar la pauta de que, al menos en su composición actual, el Supremo Tribunal se inclina por la inconstitucionalidad de las penas que resulten efectivamente perpetuas". Concluyó por ello que coincidía con "el planteo de la defensa en

C.C.C. 70150/2006/TO1/1/2/RH1.-

el sentido de que debe fijarse un límite temporal a este tipo de penas" y, por las consideraciones que efectuó, resolvió que por aplicación de los lineamientos expuestos por V.E. *in re* "Estévez" (Fallos: 333:866) el límite temporal de la pena impuesta a Álvarez debía fijarse, de conformidad con el artículo 55 del Código Penal, en treinta y siete años y seis meses de prisión, cumplidos los cuales el condenado podría solicitar la libertad condicional y, en caso de concedérsele, requerir la libertad definitiva luego de transcurridos otros cinco años más. Sobre esa base ordenó practicar el cómputo respectivo.

–III–

Esta resolución fue recurrida por la defensa de Álvarez, que cuestionó la utilización de la regla del artículo 55 del Código Penal y el límite temporal de treinta y siete años y seis meses que, en función de ella, fijó el juez de ejecución. La defensa argumentó que la pena perpetua impuesta no debía sobrepasar los veinticinco años de prisión, sin perjuicio de su distinto régimen legal en orden a los diversos beneficios liberatorios.

Con motivo de esta nueva impugnación, volvió a tomar intervención la Sala II de la cámara de casación, ahora con una nueva composición, que luego de conocer en el caso, por sentencia del 17 de diciembre de 2015, resolvió hacer lugar al recurso y anular la resolución de primera instancia. Para así decidir, la vocal que lideró el acuerdo –a cuyo voto adhirió luego el juez que intervino a continuación– expresó que la propuesta interpretativa del juez de ejecución no resultaba "adecuada a las particulares constancias del caso ni a las reglas que regulan la materia" y, luego de una serie de consideraciones sobre su concepción de la hermenéutica en materia penal, afirmó que "una interpretación armónica y constitucional de la pena de prisión perpetua, por lo menos respecto a la ley aplicable a este caso, no puede exceder de los 25 años de prisión (art. 13 y 16 del CP)". Esta propuesta, dijo, "soluciona los problemas constitucionales que trae aparejados este tipo de sanción (*pena inhumana* art. 5.2 CADH) y el vacío legal que presenta el Código Penal, cuando al mismo tiempo, posibilita que aquellos declarados

reincidentes puedan acceder a la libertad asistida, instituto que fue pensado a los efectos de evitar que los condenados cumplan la totalidad de la pena sin egresar en libertad definitiva por un tiempo determinado".

Pero, a más de lo anterior, también reprochó al juez de ejecución que, "al analizar las reglas aplicables al caso, omitió realizar el correspondiente examen de constitucionalidad de los artículos 17 inciso c y 52 del CP en lo que se refiere a la entidad de la reclusión accesoria y su proyección a lo largo del régimen progresivo de la pena". Y, a este respecto, le indicó que la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal era inconstitucional, y le señaló que ése era también el criterio de V.E. en el precedente "Gramajo" (Fallos: 329:3680).

En virtud de ello, por mayoría, el *a quo* anuló la resolución impugnada y ordenó la confección de un nuevo cómputo de acuerdo con aquellos parámetros, esto es, que la pena de reclusión perpetua no podía pasar de veinticinco años y que la medida accesoria de reclusión por tiempo indeterminado no debía ser aplicada por inconstitucional.

Como fue ya señalado al inicio de este dictamen, contra este pronunciamiento interpuso entonces recurso extraordinario federal el fiscal ante la Cámara Federal de Casación Penal y, frente a su rechazo, la queja que motivó la formación de este legajo.

-IV-

En el escrito que contiene su impugnación, el fiscal defendió la constitucionalidad de las penas perpetuas en los términos del dictamen de esta Procuración en la causa C. 2641, XXXIX, "Chueke, Daniel y otros s/homicidio agravado por el vínculo, etc. -causa N°1029-", del 27 de marzo de 2007), y recordó que el Código Penal, en la versión que estimó aplicable al caso en función de la fecha de comisión de los hechos (anterior a la ley 25.892), admitía la libertad anticipada del condenado a una pena perpetua como la impuesta a Álvarez, a condición de que se vieran satisfechos dos requisi-

C.C.C. 70150/2006/TO1/1/2/RH1.-

tos, uno temporal, el cumplimiento de veinte años de condena, y otro subjetivo, consistente en que el penado hubiese observado con regularidad los reglamentos carcelarios y obtenido informe favorable de reinserción social. También recordó que de acuerdo con esa misma normativa, transcurridos cinco años desde el otorgamiento de la libertad condicional, sin que ésta fuera revocada, la pena se extinguía.

Expresó por ello que era ése el régimen al que debió ser sometida la petición del condenado y cuestionó, por carecer de base legal, la conversión de la pena perpetua en otra temporal que se llevó a cabo en autos. Insistió a ese respecto que la materia de decisión no debió ser la individualización de la pena, porque ésa era una cuestión ya legalmente prevista: era perpetua, sino la fijación del término en que podría otorgársele a Álvarez la libertad condicional siempre que reuniera los demás requisitos subjetivos exigidos por la ley.

Empero, no obstante lo anterior, por considerar que esa transformación de la pena perpetua en temporal había quedado firme, abordó la discusión sobre el límite temporal y, por los argumentos que expresó, tachó de arbitrario el monto de veinticinco años establecido por el *a quo* y reclamó que fuese fijado en treinta años de prisión.

-V-

A mi modo de ver, cabe atribuir carácter definitivo a la sentencia apelada, pues al haber resuelto con pretensión de cosa juzgada formal el punto en cuestión y establecido incluso el modo preciso en que el nuevo cómputo debía ser confeccionado, ha sido el *a quo* quien con su decisión ha puesto fin a la discusión dejando en manos del juez tan sólo su instrumentación.

Además, por la índole de las cuestiones involucradas y las consideraciones que efectuaré en el apartado siguiente, pienso que concurren también en el caso razones que justifican que V.E. prescinda de óbices formales y tome intervención en el caso a fin de asegurar una correcta administración de justicia, de conformidad con la doctrina de Fallos: 156:283; 317:462; 335:2379, reiterada recientemente *in re* D. 749; XLVIII,

"Demaría, Jorge Luis y otros c/s/causa n° 14358", sentencia del 8 de abril de 2014 (considerandos 7° y 8°).

–VI–

Según lo aprecio, la sentencia impugnada no informa con claridad las razones por las que un sector de la judicatura, que evidentemente integra el *a quo*, considera que es lícito convertir una pena perpetua en otra temporal, como ha sucedido en autos. Sin embargo, la reconstrucción que permite realizar su lectura en conjunción con la sentencia de grado y las citas de doctrina y jurisprudencia de la propia sala que los jueces realizan, indican que son dos los argumentos con los que se pretende justificar este procedimiento.

En primer lugar, a partir de una particular interpretación del contenido del fin preventivo especial que el orden jurídico asigna también a la pena estatal, se afirma que una pena realmente perpetua, es decir, sin posibilidad de libertad condicional, sería inconstitucional pues desatendería el mandato de reinserción social.

Sin abrir juicio aún acerca del hecho de que se trataba de una condena pasada en autoridad de cosa juzgada, cuestión a la que me referiré más adelante, advierto, sin embargo, que el argumento recién reseñado no podía servir de base para la conversión operada y convalidada por los magistrados que tomaron intervención en las distintas instancias de este proceso. Es que si consideraban –como parece surgir en especial del voto de la juez que lideró el acuerdo– que regía el caso el Código Penal en su formulación anterior a la ley 25.982, entonces debieron aplicar las reglas de los artículos 13, 15, 16, 17 y 53, que establecían las condiciones bajo las cuales el condenado a una pena perpetua, como la que se le impuso a Álvarez, podía obtener primero la libertad condicional y luego incluso extinguir la pena. Recuérdese que, a tenor de esas disposiciones, el condenado a una pena de reclusión perpetua que hubiera cumplido veinte años de encierro podía obtener la libertad condicional, siempre que hubiese observado con regularidad los reglamentos carcelarios, previo informe de la dirección del estable-

C.C.C. 70150/2006/TO1/1/2/RH1.-

cimiento (artículo 13); que la pena se extinguía si transcurrían cinco años desde la concesión sin que la libertad condicional fuera revocada (artículo 16); que, en cambio, la libertad condicional debía ser revocada si durante ese lapso cometía un nuevo delito (artículo 15); y que, en tal caso, el condenado cuya libertad condicional hubiese sido revocada no podría obtenerla nuevamente (artículo 17). A su vez, cuando al condenado le hubiera sido impuesta también la accesoria de la reclusión por tiempo indeterminado, exigía su cumplimiento por el término de cinco años que, de acuerdo con la interpretación más generalizada, debían adicionarse a los veinte años mencionados precedentemente, de modo que sólo una vez cumplidos veinticinco años de condena podía obtenerse la libertad condicional en los términos indicados anteriormente (artículo 53).

A su vez, si entendían que debía aplicarse el Código Penal con la reforma de la ley 25.892, regía entonces la regla del artículo 14, que prohíbe la libertad condicional al condenado por el artículo 80 inciso 7. Pero incluso si se aceptara la tesis esbozada por el *a quo* acerca de que en la etapa de ejecución es posible volver a someter a revisión la constitucionalidad de las normas que rigen la pena pese a la existencia de cosa juzgada material, y que una pena realmente perpetua era inconstitucional, deberían haber declarado la invalidez de la regla del artículo 14 para, una vez liberados de ese obstáculo, haber aplicado las disposiciones de los artículos 13, 15, 16, 17 y 53, similares en lo esencial a las ya transcriptas, con la salvedad del plazo del artículo 13, que pasó de veinte a treintaicinco años. Obsérvese que, en esta alternativa, incluso aceptando la posibilidad de considerar inconstitucional e inaplicable la medida accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, tal como hizo el *a quo*, la conclusión debería haber sido que Álvarez habría podido obtener la libertad condicional una vez cumplidos treintaicinco años de condena, siempre que hubiese observado con regularidad los reglamentos carcelarios y obtenido informe favorable de reinserción social (artículo 13).

Es decir que, ni siquiera partiendo de las propias premisas del fallo era posible arribar a la solución adoptada: la sustitución de una pena de reclusión perpetua, por otra temporal de veinticinco años.

Repárese, en particular, que si bien el monto de veinticinco años coincide con el que resultaría de aplicar las disposiciones de los artículos 13 y 53 (en la versión anterior a la ley 25.892), los regímenes resultantes en ambos casos son bien distintos. De haber sometido el caso a lo establecido en esas disposiciones, Álvarez habría tenido derecho a que, cumplidos los veinticinco años de condena, se contemplara si reunía los requisitos de conducta y pronóstico de reinserción social para que le fuera otorgada la libertad condicional. Además, en caso de que la libertad condicional le hubiera sido concedida, habría estado sujeto a un período de prueba de cinco años durante el cual la comisión de cualquier nuevo delito habría determinado su regreso a prisión. En cambio, con arreglo a la solución adoptada en el caso, al haber transformado una reclusión perpetua en una pena temporal, con fecha de vencimiento, los jueces concedieron a Álvarez *contra legem* el derecho a que cumplidos veinticinco años de condena se le dé por extinguida la pena, cualquiera fuera su comportamiento intramuros o su pronóstico de reinserción social.

Lo más grave, según mi parecer, es que como resultado de todo ello una persona que fue condenada no por uno, sino por cuatro homicidios, a cumplir una pena de dieciocho años de prisión, otra de veinticinco y una tercera de reclusión perpetua, terminó obteniendo tal reducción, máxime si se tiene en cuenta que cada una de esas condenas, al igual que la unificadora, habían pasado ya hace tiempo en autoridad de cosa juzgada.

Ahora bien, este apartamiento de las soluciones legalmente previstas, que afecta tanto al fallo del juez como a la sentencia convalidante del *a quo*, tampoco puede sostenerse en el segundo de los argumentos que, como mencioné, subyacen como justificativo de la conversión operada en autos. Según este nuevo argumento toda pena

C.C.C. 70150/2006/TO1/1/2/RH1.-

privativa de libertad debe tener un límite temporal y, por ello, la falta de una fecha concreta de vencimiento o agotamiento de las penas perpetuas debe ser remediada mediante la fijación de una por parte del juez, pues de lo contrario se afectaría el principio de legalidad ejecutivo.

Este punto de vista, más que complementario, es autónomo y, en definitiva, es el decisivo, pues reprueba la constitucionalidad de las penas perpetuas aun cuando el condenado cuente con la posibilidad de acceder a la libertad condicional. Concretamente, con relación a este punto, puede leerse en el voto propio en una causa anterior al que remite la vocal preopinante que: "no se puede sostener que el vencimiento de una pena quede supeditado a que se conceda un instituto del sistema progresivo, pues de lo contrario deberíamos preguntarnos qué sucedería si el condenado no reúne algunos de los requisitos previstos en el art. 13 del Código Penal. Este tipo de interpretación, resultaría violatoria, insisto, del principio de legalidad ejecutivo". La conclusión que extrae de estas consideraciones es la misma que repite en la sentencia de autos: "una interpretación armónica y constitucional de la pena de prisión perpetua, por lo menos respecto a la ley aplicable a este caso, no puede exceder de los 25 años de prisión (art. 13 y 16 del CP)".

Sin embargo, como he ya expresado, tampoco considero que este argumento, que en modo alguno constituye la *communis opinio* vigente en la materia, pueda dar fundamento válido a la solución que adoptó en definitiva el *a quo* en la sentencia impugnada.

Como lo ha sostenido esta Procuración General, al dictaminar con fecha 27 de marzo de 2007 *in re* C. 2641, XXXIX, "Chueke, Daniel Isaac y otros si homicidio agravado por el vínculo etc.", y 21 de marzo de 2016 *in re* CSJ 1768/2014/RH1, "Gigena, José Elías" –con argumentos que comparto y doy aquí por reproducidos por razones de brevedad (en especial, apartados IX a XVI del primero)– la adopción de la pena de prisión perpetua, tal como se encuentra regulada en el derecho nacional, está

dentro de las atribuciones de política criminal que la Constitución Nacional reserva al Congreso, y no hay nada en el derecho internacional de los derechos humanos que conduzca a negar de plano esa facultad.

En esa oportunidad además también se recordó que al resolver en el precedente de Fallos: 328:4343 ("Maldonado"), donde la defensa había planteado la inconstitucionalidad de la prisión perpetua impuesta a un menor, V.E. revocó lo resuelto sólo por considerar que carecía de suficiente fundamentación la necesidad de aplicación de la pena (conf. considerandos n° 21 a 23 del voto conjunto) y, en cambio, respecto de la pena perpetua prevista para los homicidios agravados cometidos por mayores, expresó que "la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua", para luego agregar que "las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, *de iure*, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible" (considerandos n° 13 y 14 del voto conjunto).

En cualquier caso, lo que termina por descalificar la tesis del *a quo* es que la inconstitucionalidad que predica descansa tácitamente en una interpretación del principio de legalidad material que, según lo aprecio, no se ajusta con el modo en que ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia de V.E., y que no consiste en otra cosa que afirmar dogmáticamente que el mandato de certeza impondría también la determinación de una fecha concreta de vencimiento de pena, que no satisfaría la prevista por el código en el artículo 16, a los cinco años de concedida la libertad condicional no revocada, por su carácter eventual. Por otra parte, tal criterio contrasta con la aceptación generalizada de que es objeto esta especie de pena en el derecho

C.C.C. 70150/2006/TO1/1/2/RH1.-

comparado y en el derecho nacional, donde ha regido y ha sido aplicada ininterrumpidamente a lo largo de los últimos cien años como la pena más grave de nuestra legislación penal sin cuestionamiento alguno como el aquí reseñado; y va todavía más allá de la doctrina que invoca en su apoyo (Zaffaroni *et al.*, Derecho Penal, Parte General, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2003), la cual admite la constitucionalidad de las penas perpetuas con tal que el condenado disponga de la posibilidad de salir en libertad condicional anticipadamente (*ibidem*, pp. 945 y s.). En definitiva, más allá de la discusión de fondo aludida en los párrafos anteriores a éste, ello afecta también la fundamentación de este segundo argumento y, por ende, a la decisión impugnada, que se presenta en este punto como un acto de voluntad de los jueces (doctrina de Fallos: 315:503, 322:2880, 326:3734 y 330:4983) que se aparta de la solución normativa prevista para el caso (Fallos: 328:3928, 330:4103, entre muchos otros).

Pero incluso respecto de aquel primer argumento que condiciona las penas perpetuas a que contemplen la posibilidad de libertad condicional, salvo mejor interpretación que haga V.E. de sus propios fallos, es preciso señalar que no es correcto el alcance en ese sentido que se pretende dar a lo resuelto en el precedente de Fallos: 329:2440 ("Giménez Ibáñez"). Cabe recordar que en esa ocasión V.E., por mayoría, consideró que el recurrente había planteado acertadamente un agravio federal de imposible reparación ulterior (inconstitucionalidad de la prisión que no admitía en el caso la posibilidad de libertad condicional) y concluyó entonces que la sentencia de la corte bonaerense, que rechazó el recurso de inaplicabilidad de ley por falta de sentencia definitiva, no se ajustaba a la jurisprudencia del Tribunal en la materia ni a la doctrina de Fallos: 308:490 ("Strada") y 311:2478 ("Di Mascio").

En cualquier caso, esta discusión deviene inoficiosa si se repara en la posibilidad que tenía el condenado en autos (en cualquiera de las alternativas *supra* señaladas al tratar aquel primer argumento) de obtener la libertad condicional, en especial, si el *a*

quo, como se dijo, entendía aplicable la legislación anterior a la ley 25.892, dato éste que torna aun más injustificada la transformación de la especie de pena que convalidó.

En cuanto al resto de las razones expuestas en la sentencia en sustento de lo resuelto, pienso que también merece censura el *a quo* cuando afirma que el hecho de que se trate de condenas pasadas en autoridad de cosa juzgada no sería óbice para que los jueces de ejecución pudieran volver a examinar la constitucionalidad de las normas en virtud de las que fueron dictadas. Esa afirmación soslaya que aquello que caracteriza a la cosa juzgada es precisamente la inmutabilidad de las decisiones firmes aunque se las considere jurídicamente incorrectas o, incluso, inconstitucionales. La inconstitucionalidad que se predica no puede ser por ello a su vez la excusa para afectar, mediante la creación de vías distintas a las específicas que el orden jurídico a modo de excepción tiene taxativamente previstas (como el recurso de revisión), la estabilidad de las sentencias firmes que procura garantía. Obsérvese, en particular, que la constitucionalidad de la imposición de la medida accesoria de reclusión por tiempo indeterminado había sido ya tratada y resuelta en la sentencia del *a quo* del 23 de junio de 2000, que quedó firme al ser consentida por la parte que no la impugnó ante V.E., tal como lo señaló el propio *a quo* en su sentencia posterior del 22 de marzo de 2011 y ha sido destacado en la reseña efectuada en el apartado I del presente. A todo ello cabe agregar que, una vez más salvo mejor interpretación de V.E. de sus sentencias, en el precedente "Gramajo" (Fallos: 329:3680) sólo se declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 sólo cuando su aplicación se fundamenta en la multirreincidencia, pero no cuando tiene origen en la previsión del artículo 80 del Código Penal.

Por último, tampoco considero que pueda ofrecer sustento válido a la decisión impugnada los límites a su jurisdicción que el *a quo* alegó en razón del contenido de los agravios de la defensa, único recurrente, pues ello no justificaba la postura que asumió frente a una cuestión ya firme como la aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado, ni lo obligaba tampoco a consentir la conversión de la especie de pena

C.C.C. 70150/2006/TO1/1/2/RH1.-

operada. Antes bien, en razón de la ilegalidad de la argumentación que le daba sustento podría haber rechazado cualquier nueva pretensión de modificación del *statu quo* logrado en la instancia anterior por la defensa o, incluso, haber reconducido la cuestión y satisfecho parcialmente el reclamo declarando que, cumplidos los veinticinco años de condena, Álvarez tendría derecho a petitionar su libertad condicional de conformidad con las reglas del código anteriores a la reforma, cuya aplicación, como se dijo, parece afirmar la vocal que votó en primer término.

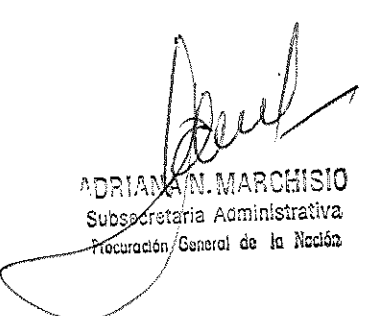
-VII-

Por todo lo expuesto, mantengo la presente queja y opino que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto la resolución apelada para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 20 de ABRIL de 2017.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIAN N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

