

G. 560. XL.
RECURSO DE HECHO
Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de
tentativa (causa N° 1573).

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

El Tribunal Oral en lo Criminal N°9 de esta ciudad, declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal, con el argumento de que la reclusión accesoria por tiempo indeterminado constituye una pena y no una medida de seguridad, y que desconoce el principio constitucional "nulla poena sine culpa" consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, al sustentarse en los antecedentes personales del autor y no en el hecho cometido (fojas 1/22 vuelta).

Contra esa decisión, el fiscal general formuló recurso de inconstitucionalidad ante la Cámara Nacional de Casación Penal, señalando que la interpretación efectuada por el tribunal oral resultaba errónea, pues la reclusión accesoria de ningún modo ofende la letra de la Ley Fundamental.

Sobre tal base, postuló que nada impide que el Poder Legislativo, además de establecer las escalas penales correspondientes, adicione a ellas una amenaza secundaria, que se reservará para aquellos individuos que por las condenas anteriores y por la reincidencia en que hubieran incurrido representen un peligro concreto para la sociedad.

Interpretar lo contrario restringiría atribuciones propias de ese poder (fojas 23/28).

Con adecuación a la doctrina sentada por la Corte en los autos "Sosa, Marcelo Claudio s/recurso extraordinario" (Fallos: 324:2153), la Sala III de la Cámara de Casación, resolvió declarar la constitucionalidad del artículo 52 del Código Penal e imponer a Marcelo Eduardo Gramajo la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, dejando sin efecto lo dispuesto por el tribunal oral en este aspecto (fojas 37/43).

Tal solución motivó que la defensa oficial del nombrado interpusiera recurso extraordinario, arguyendo que la sentencia recurrida viola el principio de culpabilidad, al justificar la imposición de una sanción en la peligrosidad del delincuente, sin tener en cuenta que la Constitución Nacional consagra un derecho penal de acto; y la garantía del non bis in idem, pues, al sustentar la aplicación del artículo 52 en la peligrosidad del autor, derivada de la comisión anterior de otros delitos, desconoce que éstos ya fueron oportunamente juzgados (46/62 vuelta).

La alzada denegó esta apelación por falta de autosuficiencia, al considerar que la resolución impugnada había sido dictada según lo decidido por el Tribunal en Fallos: 324:2153 (fojas

64/vuelta). Ante ello, la parte articuló la presente queja, alegando que la decisión de la cámara es dogmática y sus términos insuficientes para negar, en el caso, la existencia de cuestión federal (fojas 66/69 vuelta).

-II-

En mi opinión, el remedio federal ha sido bien rechazado por el a quo pues, tal como resulta de lo reseñado en el apartado anterior, la cuestión que se intenta someter a examen en esta instancia extraordinaria guarda sustancial analogía con la resuelta en el citado precedente "Sosa", donde el Tribunal, al compartir y hacer suyos los argumentos dados por el señor Procurador General, se pronunció por la validez constitucional de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado.

Viene al caso recordar que al estudiarse la cuestión, se llegó a la conclusión de que el precepto contenido en el artículo 52 del Código Penal constituye, en esencia, el establecimiento de una medida de seguridad postdelictual y no de una pena propiamente dicha.

Así, se señaló, al caracterizarse ambas consecuencias jurídicas, que el sustento de la pena está dado por la culpabilidad -entendida ésta como atribución subjetiva de responsabilidad por el injusto realizado- y orientada por una necesidad preventivo-general y preventivo-especial de sanción. En tanto que la medida de seguridad tiene como presupuesto la peligrosidad, puesta de manifiesto a través de la comisión de la conducta típica y antijurídica por un sujeto inculpable, semi-imputable e incluso culpable, y guiada sólo por una necesidad de resguardo social.

En este sentido, se indicó que para ser merecedor de esa medida, el sujeto debe haber cometido un delito que haya puesto de relieve una vez más su peligrosidad criminal, como también que esa peligrosidad demuestre la probabilidad concreta de comisión de otros delitos en el futuro.

Es en el marco de este criterio diferenciador donde pudo afirmarse que la reclusión accesoria por tiempo indeterminado no conculca las garantías consagradas en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En efecto, no se desconocen los postulados que regulan el principio *nulla poena sine culpa*, ni, tampoco, se pasa de un derecho penal de culpabilidad por el hecho a un derecho penal que juzga la conducta de la persona en su vida, ya que el legislador ha previsto causas y presupuestos distintos para la pena y la medida de seguridad, por lo que no resultan plenamente trasladables a ésta las pautas que regulan la aplicación de aquélla.

De esta forma, se concluyó que el pronóstico de reiteración, basado en la peligrosidad del autor, y no la culpabilidad por el hecho en ocasión del cual se impone como accesoria de la condena, conformó el fundamento tenido en cuenta por el legislador para establecer la reclusión accesoria por tiempo indeterminado en el artículo 52 del Código Penal.

Finalmente, esta Procuración General precisó que en la especie no concurre un ulterior efecto punitivo de las anteriores condenas de manera tal que la exceda o renueve, por lo que se descarta que la imposición de esta medida transgreda la garantía constitucional de la prohibición del doble juzgamiento.

Ello así, por cuanto tal como tiene decidido la Corte, el principio del *non bis in idem* prohíbe reeditar la pena por un mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurra en una nueva infracción penal (Fallos: 315:552).

-III-

Sentado lo que antecede, y puesto que el punto traído a discusión por la defensa ya está resuelto por V.E., considero que puede desestimar la queja interpuesta.

Buenos Aires, 15 de julio de 2004.

ES COPIA

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 5 de septiembre de 2006.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Marcelo Eduardo Gramajo en la causa Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa causa N° 1573 para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de esta ciudad condenó a Marcelo Eduardo Gramajo a la pena de dos años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, declarándolo reincidente (arts. 42, 45, 164 y 50 del Código Penal de la Nación).

Asimismo, declaró la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal, sobre cuya base el fiscal de juicio había solicitado que se aplicara al penado la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

2º) Que el representante del Ministerio Público interpuso, contra esta decisión, recurso de inconstitucionalidad ante la Cámara Nacional de Casación Penal, en el que sostuvo que la interpretación del art. 52 efectuada por los integrantes del

tribunal oral resultaba errónea, pues dicha norma no es contraria a la Constitución Nacional, razón por la cual su aplicación al caso era válida y correspondía.

Por su parte, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, hizo lugar al recurso fiscal, casó la sentencia en cuestión, resolvió declarar la constitucionalidad del art. 52 del Código Penal, y le impuso a Gramajo la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, dejando en consecuencia sin efecto el pronunciamiento apelado en lo que respecta a este punto.

Finalmente, contra este pronunciamiento la defensa oficial de Gramajo dedujo recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa que nos ocupa.

3º) Que en lo que aquí interesa, a fs. 173/179, de los autos principales, el tribunal *a quo*, sostuvo que la previsión establecida en el art. 52 no resultaba violatoria ni contraria al art. 18 de la Constitución Nacional, remitiéndose a los fundamentos que esta Corte hiciera propios en el precedente "Sosa" (Fallos: 324:2153).

De esta manera, sostuvo que la medida de seguridad debe diferenciarse de la pena, puesto que la primera significa conceptualmente un castigo por el delito cometido, mientras que la segunda es "una consecuencia jurídica preventivo-especial frente a la peligrosidad manifestada por el sujeto en la comisión de aquél, aún cuando para quien la sufre pueda tener un componente aflictivo".

Por estos motivos, consideró que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado contenida en el art. 52 del Código Penal es una medida de seguridad y no una pena.

Agregó que "la reclusión es una medida de seguridad que se impone en defensa de la sociedad a los delincuentes considerados incorregibles y el Código adopta como índice de esa incorregibilidad el número y gravedad de las anteriores". En función de ello, concluyó que "En el marco de estos criterios no parece admisible afirmar que la reclusión por tiempo indeterminado desconozca los postulados del principio de culpabilidad, al pasa de un derecho penal de culpabilidad por el hecho a un derecho penal que juzga la conducta de la persona en su vida"; para descartar finalmente su inconstitucionalidad, al afirmar que "de ello debe seguirse que no resultan plenamente trasladables a las medidas de seguridad los principios y criterios que rigen la aplicación de las penas, afirmación que permite salvaguardar la validez constitucional de la norma cuestionada...".

4º) Que en el recurso extraordinario de fs. 184/200 vta. de los autos principales, la defensa sostuvo que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado que prescribe el art. 52 del Código Penal contradice los principios de legalidad, culpabilidad y prohibición de la persecución penal múltiple, consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, toda vez que conceptualmente su naturaleza jurídica es la de una pena accesoria, y no la de una medida de seguridad.

En este sentido expresó que "la reclusión por tiempo indeterminado no puede sino encuadrarse en la categoría que abarca a las penas de encierro.

Y ello no sólo porque comparten la común naturaleza sino también porque el instituto cuya inconstitucionalidad fue censurada importa una privación de libertad más severa y gravosa que cualquier otra sanción restrictiva de la libertad.

Afirmar que la reclusión por tiempo indeterminado carece de naturaleza penal importa un apartamiento palmario de la garantía constitucional a ser juzgado y recibir castigo por un hecho previamente declarado ilegítimo por la norma que habilita la sanción que se imponga".

Por otra parte sostuvo que la interpretación efectuada por la Cámara Nacional de Casación Penal vulnera los principios de culpabilidad por el hecho, y legitima la introducción del derecho penal de autor por peligrosidad.

Ello, en tanto sostiene que "carece de toda legitimidad la sanción que surja como una derivación, siquiera parcial, de algo distinto de un acto humano deliberado y eficaz. Ejemplo de ello será la imposición de un castigo que pretenda justificar su índole en datos de la realidad tales como la personalidad del individuo, su carácter o la peligrosidad supuesta o comprobada". Expresó además, que la sentencia justifica "la imposición de una sanción de tan extrema gravedad como es la reclusión por tiempo indeterminado ponderando la peligrosidad del delincuente supuestamente derivada de la ocurrencia de otros delitos cometidos con anterioridad que ya fueron oportunamente juzgados, es decir, tomando en cuenta "nuevamente" delitos ya penados. De ese modo, la sentencia del a quo consiente la agudización del reproche generando un castigo que vulnera las garantías constitucionales consagradas en los arts. 18 y 19 ya citados".

Por último, la defensa se agravió por cuanto la interpretación de la norma en crisis efectuada en el fallo recurrido resultaría violatoria del principio de prohibición de persecución penal múltiple.

Así afirmó que Atan inconstitucional es consagrar este criterio hermenéutico que la peligrosidad que se predica como justificativo de la reclusión indeterminada sólo hallaría sustento en la comisión de los delitos ya cometidos que ya fueron objeto de reproche por parte de la actuación de la ley mediante el cumplimiento de la condena, violándose el principio, también de raigambre constitucional, del '*non bis in idem*'.

5º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente, toda vez que la sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva, ya que pone fin al pleito; proviene del tribunal superior de la causa, puesto que se impugna el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y; suscita cuestión federal suficiente en tanto el debate tiene por objeto el conflicto entre una norma de derecho común

"art. 52 del Código Penal de la Nación" y normas de la Constitución Nacional -arts. 18 y 19-.

A su vez, existe relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y el objeto del pronunciamiento; y finalmente la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6º) Que el art. 52 del Código Penal de la Nación establece: "Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1º Cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2º Cinco penas privativas de la libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26", por lo que resulta menester analizar en primer lugar, si conceptualmente la reclusión por tiempo indeterminado que consagra se trata de una pena o de una medida de seguridad.

7º) Que en este sentido, no cabe otra solución que la de considerar que se trata de una pena de reclusión y no de una medida de seguridad. Ello así, ya que no existe base legal alguna para sostener que se trata de una medida de seguridad.

8º) Que como se dirá más adelante, el art. 52 del Código Penal se originó en la ley de deportación francesa de 1885, que remozó la ley de deportación del segundo imperio de 1854, y nada tiene que ver con el sistema de medidas de seguridad, que recién aparece en el proyecto suizo de Stooss de 1893. La discutida categoría de las medidas de seguridad, de naturaleza administrativa en su concepción originaria, entró en nuestra ley con las medidas posdelictuales para inimputables y alcohólicos, o sea que las medidas de seguridad previstas en nuestra legislación (inc. 1º del art. 4 y arts. 16 a 20 de la ley 23.737) tienen por objeto el sometimiento del agente a un tratamiento para su salud.

Queda claro, pues, que las únicas medidas de seguridad en la ley argentina son las curativas. No existen en nuestra ley medidas de seguridad que se limiten a meras privaciones de la libertad y que se ejecuten igual que la pena de prisión, lo cual es perfectamente razonable y constitucionalmente viable, pues ninguna pena, por el hecho de imponerse con relativa indeterminación temporal y privársela de algunos beneficios ordinarios deja de ser pena: dicho en otras palabras, una pena que adopta condiciones más gravosas no es menos pena que sin esas condiciones; en última instancia sería una pena más grave, pero nunca perdería su naturaleza de pena.

9º) Que por otra parte, carece de trascendencia el *nomen juris* con que el legislador pudiera nominar una pena, puesto que aun cuando existiese una pena encubierta legislativamente bajo la denominación "medida de seguridad", no por ello perdería su naturaleza de "pena" y cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional.

Ni el legislador ordinario -y menos aún la doctrina o la jurisprudencia- pueden, por una mera decisión arbitraria, cambiar la denominación "pena" inventando una pretendida categoría penal contraria a la Constitución y, menos aún, cuando la propia ley precisa que se trata de una pena, de manera clara y expresa.

En efecto, el art. 52 dice: *Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado*; y el art. 5 del mismo cuerpo dice: *Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.*

No es sostenible el argumento de que no se trata de la misma reclusión del art. 5 basado en que la del art. 52 no es *reclusión a secas*, sino *reclusión por tiempo indeterminado*, que sería otra cosa y que convertiría a la reclusión en una medida de seguridad, excluida de las garantías de la pena.

10) Que menos aún puede esgrimirse el argumento de que no es una pena porque es *accesoria* a una pena y, por ende, debe considerarse una *medida de seguridad*. Ante todo, es claro que en el código existen otras penas accesorias, de cuya naturaleza nadie ha dudado.

Por otra parte, la accesoriedad en el art. 52 no es de la pena de reclusión por tiempo indeterminado, sino de la condena a esa pena, o sea, que se condena accesoriamente a esa pena.

Ello así resulta porque la pena se impone *conjuntamente* y no accesoriamente.

En consecuencia, la reclusión por tiempo indeterminado es una pena conjunta con la que se impone por el delito.

11) Que por otra parte, la pena de reclusión del art. 52 no se cumple de modo diferente a la pena única privativa de la libertad regulada legislativamente.

No existe un régimen de cumplimiento diferenciado.

Más aún, las únicas disposiciones de la ley de ejecución penal que se refieren a la reclusión por tiempo indeterminado tienen por objeto excluirla de beneficios o hacerlos más arduos, o sea, que no sólo se ejecuta en el mismo régimen de la pena de prisión, sino que se le conceden menos beneficios en el derecho de ejecución penal, vale decir que desde esta perspectiva el condenado a esa pena tiene más restricciones que el condenado a la pena de prisión.

La única particularidad diferencial es que se cumple -o debiera cumplirse- en establecimientos federales (art. 53), pero no especiales o diferentes de los destinados a los demás presos que cumplen pena en esos establecimientos y siempre en *régimen carcelario*, sin perjuicio de lo cual, en la práctica muchas veces se la ha ejecutado en los propios Establecimientos provinciales y la jurisprudencia admite este cumplimiento como válido, porque la omisión de transferencia a establecimiento federal es imputable al estado y no al condenado. Una pena que se ejecuta en un establecimiento penal y en régimen carcelario, pocas dudas puede generar acerca de que es una pena, especialmente cuando a los

condenados a ella se le conceden menos beneficios que a los simplemente penados con prisión.

12) Que en síntesis, la pena de reclusión por tiempo indeterminado es una pena de reclusión que, en lugar de ser por tiempo determinado, lo es por tiempo indeterminado, se ejecuta con régimen carcelario, no tiene un régimen de ejecución diferente al de la pena privativa de libertad ordinaria, el condenado goza de menos beneficios que el condenado a la pena ordinaria y se cumple fuera de la provincia del tribunal de condena.

Cualquiera sea el nombre que le asigne la doctrina, la jurisprudencia o incluso el propio legislador, es obvio que algo que tiene todas las características de una pena, es una pena, conforme a la sana aplicación del principio de identidad, y no deja de serlo por estar específicamente prevista en forma más grave (indeterminada, cumplida fuera de la provincia respectiva y con menos beneficios ejecutivos).

13) Que la reclusión accesoria es una pena no sólo porque lo dice la ley, sino también porque tiene todas las características de una pena, porque así se cumple en la realidad, y por incuestionables razones históricas que muestran que no es otra cosa que la pena de deportación o relegación, adecuada hoy a la realidad, debido a la desaparición del tristemente célebre penal de Ushuaia.

Su proyección como pena de deportación es anterior a la invención de *las medidas de seguridad* y su fuente de inspiración se pierde en el siglo XIX.

La historia del art. 52 comienza con los arts. 25 a 29 del proyecto de 1891. El art. 25 disponía: *La pena de deportación consistirá en la relegación por tiempo indeterminado en la Isla de los Estados, u otra que se destine al efecto (Proyecto de Código Penal para la República Argentina Redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891, p. 256).*

El art. 86 del mismo proyecto disponía: *La pena de deportación será impuesta como accesoria de la última condena, cuando concurren las condenaciones siguientes* (Idem, pág. 284) y enunciaba en seis incisos las hipótesis que se han mantenido vigentes hasta que la ley 23.057 simplificó los presupuestos y precisó que se trata de multireincidencia.

Como fuente, el proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo citaba expresamente la ley francesa del 27 de mayo de 1885 que, por otra parte, prácticamente copiaba.

Esta ley completó y en parte reemplazó a la ley de relegación francesa de Napoleón III del 30 de mayo de 1854, que a su vez, sustituía al viejo sistema de presidios de trabajos forzados y galeras. Las hipótesis de condenas múltiples estaban también previstas en la ley francesa en forma que siguieron casi textualmente -con la diferencia de las denominaciones de las penas- los proyectistas de 1891 (El texto comentado y la evolución legislativa con información

comparada de la época en: Edouard Teisseire, *La transportation pénale et la rélegation d'après les Lois des 30 mai 1854 et 27 mai 1885. Étude historique, juridique et critique accompagnée d'un long aperçu sur le régime des forcats et des relégués dans nos possessions d'outre-mer*, París, 1893, páginas 204 y siguientes).

Queda claro, pues, que la pena de reclusión por tiempo indeterminado llegó a nuestro país como pena de deportación copiada de la ley de deportación francesa por los proyectistas de 1891, que regulaba -como su precedente de 1854- la deportación a la Guayana Francesa y luego a Nueva Caledonia. Nadie sostuvo en Francia que los presos de la Guayana estuviesen sometidos a *medidas de seguridad*.

Ni el capitán Dreyfus en la realidad histórica ni Papillon en la creación literaria fueron considerados sujetos sometidos a *medidas de seguridad*. No existe autor alguno que pretenda que las galeras se reemplazaron por una *medida de seguridad*.

Tampoco lo sostuvieron los proyectistas de la disposición que trajo esta pena a la Argentina, pues directamente se referían a la *pena de deportación*.

Del mismo modo procedieron los legisladores que en 1903 copiaron casi textualmente en la ley de reformas 4189 los artículos del proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo, reproduciendo las hipótesis de la ley francesa de deportación a la Guayana de 1885 y lo introdujeron entre los arts. 70 y 71 del código de 1886, sin dudar en adoptar el nombre de *pena de deportación* (*Código Penal de la República Argentina y Ley de Reformas del 22 de Agosto de 1903. Edición Oficial*. Buenos Aires. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional. 1903, pág.22), con el que se introdujo por vez primera en nuestro derecho positivo.

14) Que la palabra *pena* no desapareció de la ley porque algún proyectista haya dudado de que se trataba de una pena, sino, por el contrario, porque la consideraron innecesaria por obvia.

Desde el proyecto de 1906, el curso de la reforma que culminó en la sanción del código vigente orientó el estilo del texto hacia la sobriedad, claridad y brevedad. Tanto los autores del proyecto de 1906 como los del proyecto de 1917 siguieron la tendencia a elaborar normas breves y claras, simplificaron -a veces demasiado- pero es innegable que el código de 1921 se caracteriza en su versión originaria por ese estilo, lamentablemente poco usual en la legislación complementaria y reformadora posterior. En el afán de síntesis se eliminó la palabra *pena* en el art. 57 del proyecto de 1906, porque nadie había dudado de que fuese una pena (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906, p. 15), y ese modelo siguieron los autores del proyecto de 1917, que la preveían como *relegación* (*Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, Orden del Día N° 63 (9 de 1917)*, Talleres

Gráficos de L. J. Rosso y Cia., Belgrano 475, 1917, pág. 141) palabra que incluso se filtró como errata en la media sanción de la Cámara de Diputados del código vigente, corregida por el Senado como *reclusión* -como se ha dicho- porque la *relegación* no figuraba en el art. 5º, y así finalmente sancionada en 1921.

Aunque alguna vez se haya observado que no se trataba propiamente de una pena por el delito cometido, justamente para criticarla porque no reemplazaba a la pena del delito (Así, Julio Herrera, *La reforma penal*, cit., pág. 563), nunca quienes participaron en el proceso de elaboración legislativa han hablado de *medida de seguridad*.

Por si alguna duda quedase al respecto, basta remitirse a la opinión del propio Rodolfo Moreno (h), quien, teniendo primariamente en cuenta la prevista en el art. 80, defendía la tesis de que en la versión originaria fuese una pena irrevocable, o sea, eliminatoria, afirmando que se trataba de la agravación de la pena de reclusión que reemplazaba a la pena de muerte (Rodolfo Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tomás, Editor, Buenos Aires, 1923, Vol. III, pág. 112).

Las posteriores reformas hasta llegar a la formulación actual tendieron a humanizar y flexibilizar esta pena, pero no alteraron su carácter originario de pena de relegación.

Se previó su limitación y la indeterminación devino relativa mediante la libertad condicional especial del art. 53 (decreto-ley 20.942/44), se suprimió la referencia al "paraje del sud" como resultado de la desaparición de la prisión de relegación de Ushuaia, se simplificaron las hipótesis y se precisó que se trataba de un supuesto de multirreincidencia (ley 23.057), pero nada de esto modificó la esencia originaria de esta pena y menos aún su naturaleza de pena, sólo puesta en duda por opiniones doctrinarias sin apoyo legal ni histórico y basadas en un empleo del concepto de *medidas de seguridad* divulgado en la legislación comparada con posterioridad a nuestro código y en textos que respondían a ideologías poco compatibles con nuestra Constitución.

Su carácter relegatorio lo conserva hasta hoy en razón de que sustrae al condenado de la provincia correspondiente, o sea, lo *federaliza*.

15) Que la genealogía de esta pena no es compatible con la Constitución Nacional y menos aún con el texto vigente desde 1994. La historia de la pena de relegación -que es su verdadera naturaleza- o de reclusión por tiempo indeterminado forma parte de toda la historia mundial de esta pena, o sea, de la deportación como reemplazo de las galeras y como recurso para descargar las prisiones abarrotadas y eliminar de los grandes centros urbanos a quienes cometían delitos de menor gravedad pero eran molestos a la autoridad, cuando ya no había colonias a los que enviarlos o éstas estaban suficientemente pobladas y los colonos no los aceptaban.

Los autores de delitos graves eran penados con largas prisiones o con la muerte; pero los condenados por delitos

leves reiterados molestaban y no podían ser eliminados con las penas ordinarias. Por ello se apeló a la relegación.

Gran Bretaña lo hizo en Australia (Robert Hugues, *La costa fatídica*, Barcelona, 1989), Francia en la Guayana y Nueva Caledonia (Edouard Teisseire, op. cit.; también C. O. Barbaroux, *De la transportation. Aperçus législatifs, philosophiques et politiques sur la colonization pénitentiaire*, París, 1857; sobre la primera deportación a Cayena, donde murieron todos los deportados y también gran parte del personal, Paul Mury, *Les jésuites a Cayenne*, Estrasburgo-París, 1895); Salillas la postulaba en España (Rafael Salillas, *La vida penal en España*, Madrid, 1888).

En nuestro país la idea venía de lejos, pero la deportación se concretó con la construcción del penal de Ushuaia, concebido como establecimiento de eliminación (su primer director fue un arquitecto napolitano que construyó los edificios, C. Muratgia, *Director, Presidio y cárcel de reincidentes. Tierra del Fuego. Antecedentes*, Bs. As., s.d., 1910 circa), lo que formaba parte de un programa de disciplinamiento mucho más amplio de fines del siglo XIX y comienzos del siglo pasado.

16) Que la ley 3335 de diciembre de 1895, llamada *ley Bermejo*, fue la primera en establecer que los reincidentes por segunda vez debían cumplir su pena en el sur, pero no comprendía a los condenados provinciales y, además, como las penas eran cortas, no permanecían mucho tiempo allí, no siendo eficaz para librar a las grandes ciudades de tan molesta y perniciosa plaga, al decir de González Roura *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1925, T. II, p. 130; en igual sentido crítico, Rodolfo Rivarola, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Madrid, 1910, pág. 511).

La expresión de González Roura es clara y precisa acerca del objetivo del art. 52. Para mejor lograrlo fue que en 1903 se copió el artículo del proyecto de 1891 que reproducía la ley de deportación francesa de 1885, garantizando su relegación en Ushuaia en forma permanente.

La idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad.

17) Que la pena de reclusión indeterminada del art. 52 del Código Penal es una clara manifestación de derecho penal de autor, sea que se la llame *medida de seguridad* o que se respete el digno nombre de pena, sea que se la quiera fundar en la culpabilidad o en la peligrosidad.

En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena

establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa.

En efecto, suponiendo que se mida la culpabilidad o la peligrosidad, no se está midiendo la lesión a un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente.

18) Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo.

En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad.

19) Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito -impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela-, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho.

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.

Que la vida humana resulta más valiosa que la propiedad es un dato que parte de la propia Constitución Nacional, pero la expresión penal de ello debe concretarse estableciendo una pena más elevada respecto del delito de homicidio que aquella fijada con relación al hurto o al robo.

En el caso, Gramajo ha sido imputado por la comisión de un delito contra la propiedad y atendiendo al hecho cometido y a las demás pautas mensurativas establecidas en el Código Penal, se ha fijado a su respecto una pena de dos-años de prisión. Sin embargo, con la aplicación de la medida contenida en el art. 52 del Código Penal, la pena que en definitiva habrá de cumplir en prisión virtualmente se acerca a la fijada como mínimo para el delito de homicidio simple, con más otros cinco años de libertad condicional.

Como puede verse, más allá del *nomen juris* que pretenda adjudicarse a la medida en análisis, o del argumento justificativo al que quiera acudir, en cualquier caso se traducirá en una pena cruel, entendida como aquella que importa una evidente violación al principio de

proporcionalidad de la reacción punitiva con el contenido injusto del hecho.

Frente a los valores protegidos por nuestra Constitución, no es posible alterar la jerarquía de los bienes jurídicos de la ley penal imponiendo privaciones de derecho punitivas -no importa bajo qué título o *nomen juris*- que coloquen una lesión a la propiedad en un plano igual o superior a la lesión a la vida.

20) Que ante la afirmación de que la pena es cruel porque viola groseramente el principio de proporcionalidad, porque en la práctica, al autor de un delito que merece una pena de dos años de prisión, se le impone una pena mínima de doce años de reclusión, no vale el argumento de que no se impone en razón del hecho que el tribunal pena con dos años de prisión, sino en razón de los anteriores hechos por los que fuera condenado. Si esto fuese así resulta claro que al procesado se lo está penando dos veces por los mismos hechos. Si Gramajo no hubiese cometido los anteriores hechos, tendría una pena de dos años de prisión.

Como los cometió, se le impondría una pena mínima de doce años de reclusión, siempre que cumpla con los requisitos del art. 53. Según las matemáticas, habría como mínimo cinco años de reclusión efectiva y cinco años de libertad condicional que se le imponen por los hechos anteriores, para lo cual se pasa por alto que por éstos ya ha sido juzgado, condenado y ha cumplido las penas impuestas que se hallan agotadas.

Por ende, los diez años que como mínimo se le incrementa su pena son una nueva pena por los hechos por los que ya fuera juzgado, condenado y con pena extinguida por agotamiento.

21) Que la doctrina argentina legitimante de la pena del art. 52 del Código Penal se ve ante una disyuntiva de hierro: o bien admite que la pena de doce años como mínimo que en definitiva se impone a Gramajo se aplica por el último hecho cometido, en cuyo caso se viola el principio de proporcionalidad, o en cambio sostiene que el plus de diez años de reclusión se impone atendiendo a los hechos cometidos y juzgados con anterioridad, en cuyo caso resultaría irrefutable que se lo penaría dos veces por los mismos hechos.

22) Que la pretensión de que la pena del art. 52 no es tal, sino una medida de seguridad fundada en la peligrosidad del agente, no es admisible constitucionalmente: (a) en principio, no lo es porque la peligrosidad, considerada seriamente y con base científica, nunca puede ser base racional para la privación de la libertad por tiempo indeterminado; (b) tampoco lo es, porque la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el derecho penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario; (c) por último, no lo es, porque la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes.

23) Que la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Dicho cálculo, para considerarse correctamente elaborado, debería basarse en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números.

En dicho caso, la previsión, llevada a cabo con método científico, y con ligeros errores, resultaría verdadera: de un total de mil personas, por ejemplo, se observaría que, dadas ciertas circunstancias, un porcentaje -que designaremos arbitrariamente como la mitad para el ejemplo-, se comportaría de determinada manera, extremo que se habría verificado empíricamente. Pero este cálculo, que como se dijera sería válido desde el punto de vista científico, no permitiría establecer de manera específica cuáles, del grupo total, serían las quinientas personas que se comportarían de tal forma y cuáles las restantes quinientas que lo harían de otra.

Las medidas penales, se las llame penas o como quiera denominarlas el legislador, la doctrina o la jurisprudencia, siempre se imponen a una persona y, por ende, frente a un caso individual.

Nunca podría saberse por anticipado si con la reclusión habrá de evitarse o no un futuro delito, que a ese momento no sólo todavía no se habría ni siquiera tentado, sino que, tal vez nunca se llegaría a cometer.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un fallo reciente afirmó que "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán.

Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.

El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado" (CIDH, Serie C N° 126 caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005). En consecuencia, no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona -con independencia del *nomen juris* que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello-, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual.

24) Que no obstante, debe advertirse que lo anterior está dicho en el supuesto de que la valoración de la probabilidad se asentase en investigaciones de campo serias y científicas que, como es sabido, no existen. Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el derecho penal, se lo hace sin esa base,

o sea, como juicio subjetivo de valor del juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica.

De este modo, resulta directamente un criterio arbitrario inverificable.

En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal.

25) Que la prudencia constitucional argentina es altamente significativa, pues de abrirse el camino a la peligrosidad como juicio subjetivo de valor, sería válida la advertencia de Binding, en el sentido de que, de aceptarse la peligrosidad como fundamento de la pena impuesta con el nombre que sea, sería necesaria otra Revolución Francesa: *Puesto que se trata de una teoría con semejante desprecio de la personalidad humana, con semejante inclinación a victimar en el altar del miedo a miles de humanos de carne y hueso, sin miramientos y sobre las pruebas más defectuosas, una teoría de tamaña injusticia y tan ilimitada arbitrariedad policial, prescindiendo del presente, no ha encontrado secuaces, salvo en los tiempos de dominio del terror.*

De tener éxito esta teoría, desencadenaría un tempestuoso movimiento con el fin de lograr un nuevo reconocimiento de los derechos fundamentales de la personalidad (Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Tomo II, 1, Leipzig, 1914, pág. 464).

26) Que para obviar la falta de fundamento científico verificable para justificar la medida, se acudió al argumento de una supuesta peligrosidad presunta.

Se dice entonces que el legislador presume la peligrosidad de determinado individuo.

Dicha afirmación carece de cualquier base científica por cuanto la *peligrosidad* es un concepto que reconoce una base incuestionablemente empírica.

De prescindirse de ella, para reemplazarse por presunciones establecidas en la ley, podría decirse entonces que se invocaría la peligrosidad con prescindencia de si efectivamente existe o no en el caso concreto, en virtud de que una presunción en realidad significa tener por cierto aquello que en definitiva podría resultar falso.

En suma, bajo tal premisa se impondría una privación de libertad prolongada a título penal, bajo la denominación de pena o cualquier otra que fuere, sobre la base de una presumida peligrosidad que en definitiva no podrá comprobarse si efectivamente existe.

Del análisis precedente se desprende que no se trata de un verdadero juicio de peligrosidad respecto del agente, sino de una declaración acerca de que determinada persona es indeseable o directamente declarada fuera del derecho y, por tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos

los derechos que le asisten a los habitantes de la Nación y son garantizados por la Constitución Nacional, entre los que, por supuesto, cuentan el de legalidad de la pena, el de no ser sometida a penas crueles, el de no ser penado dos veces por el mismo hecho y, básicamente, el de ser considerada persona.

En consecuencia, mediante la previsión contenida en el art. 52 del Código Penal se declarararía un individuo, en razón de sus múltiples reincidencias, como un *ser humano peligroso*, pero no porque se hubiera verificado previamente su peligrosidad, sino simplemente porque se lo considera fuera del derecho, como un enemigo al que resulta conveniente contener encerrándolo por tiempo indeterminado.

27) Que con el nombre de peligrosidad y con el recurso a su pretendida presunción, la doctrina legitimante del art. 52 en realidad ha venido encubriendo una pena que no es admisible en nuestro orden jurídico, por tener como base la declaración de que un ser humano no merece ser tratado como persona y, por ende, resulta excluido de las garantías que le corresponden a la pena.

Recientemente se ha sincerado esta tesis, se la ha llamado por su nombre y se la teorizó en la doctrina extranjera, con referencia al terrorismo, dando lugar a múltiples críticas y amplia polémica (Günther Jakobs, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, trad. de Teresa Manso Porto, en "Revista Peruana de Ciencias Penales", año VII-VIII edición especial n° 12, y especialmente en *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en HRRS, marzo de 2004, trad. castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003. Entre las críticas: Albin Eser, en Eser/Hassemer/ Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (Francisco Muñoz Conde, coordinador), Valencia, 2004, p. 472).

Ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución, que sólo en su art. 23 tolera en circunstancia excepcional y con las debidas garantías que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad, admiten que en nuestro derecho penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de persona y del consiguiente merecimiento de la pareja dignidad de la pena a quien comete un delito, cualquiera sea el nombre con el que se pretenda ocultar la respetable denominación de pena y cualquiera sea el pretexto -peligrosidad no existente o presunta u otro- con el que se quiera ocultar una declaración de *enemistad* jurídica con exclusión de las garantías y derechos que corresponden a todos los habitantes de la Nación.

28) Que en el caso que ocupa decidir, resulta injusto pretender que Gramajo, que merece por el delito cometido una pena de dos años, resulte en definitiva condenado a una pena de doce años de prisión, como mínimo, con único fundamento en su historial de reincidencias, que resulta consecuencia de una cadena ininterrumpida de hechos delictivos, ninguno de

los cuales reviste mayor gravedad a juzgar por las penas que se impusieron oportunamente.

29) Que en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados. En efecto, la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de multireincidencia, donde la exigencia de cuatro o cinco condenas a penas privativas de libertad sin que hubiera transcurrido entre ellas el plazo que hace caer la reincidencia, en principio parece excluir -como consecuencia necesaria- aquellos supuestos de delitos por demás graves ya que, en su caso, la condena hubiera implicado una pena de larga duración.

Por ende, podría afirmarse que, como regla, las hipótesis del art. 52 involucran delitos de menor gravedad o mediana gravedad y, por lo tanto, habida cuenta del considerable incremento de la pena privativa de libertad derivado de la aplicación de dicha norma, se impone determinar en cada caso si la suma resultante de ambas penas viola el principio de proporcionalidad respecto del delito por el que se impone la última condena.

Tal es el supuesto que se verifica en el presente caso, donde cabe concluir que la violación es palmaria.

30) Que contra lo que esta Corte resolvió en el precedente "Sosa" (Fallos: 324:2153), de lo expuesto en los considerandos anteriores, se concluye que dicha doctrina debe ser abandonada, en tanto se ha establecido que: a) La reclusión accesoria para multireincidentes del art. 52 del Código Penal es una pena; b) Las llamadas medidas de seguridad, pre o postdelictuales, que no tengan carácter curativo y que importen privación de libertad con sistema carcelario, son penas; c) Una privación de libertad que tiene todas las características de una pena, es una pena; d) La reclusión -como cualquiera de las otras penas del art. 5º del Código Penal- no cambia su naturaleza de pena por ser impuesta por tiempo indeterminado; e) Tampoco la cambia por el hecho de que se la prevea como pena accesoria o como pena conjunta; f) La palabra *penado* del art. 18 constitucional, abarca a todos los que sufren una pena como a los que sufren los mismos efectos con cualquier otro nombre; g) Históricamente, la pena del art. 52 es la de relegación proveniente de la ley de deportación francesa de 1885 en la Guayana, que reemplazó a la ley de 1854 y ésta a la pena de galeras; h) Llegó a nuestra legislación en 1903 como complemento de la deportación a Ushuaia y de la llamada ley de residencia; i) Conserva carácter relegatorio porque federaliza a los condenados sustrayéndolos a la ejecución en la provincia respectiva; j) Es una clara manifestación de derecho penal de autor, pues pretende penar por lo que la persona es y no por lo que ha hecho; k) Si se la considera pena por el último hecho es desproporcionada y, por ende, cruel; l) Si se considera que se la impone por los hechos anteriores, está penando dos veces delitos que han sido

juzgados y por los que la pena está agotada; m) Tampoco es posible fundarla en la peligrosidad, porque ésta responde a una probabilidad en grandes números, que en el caso concreto es siempre incierta; n) Como no existen investigaciones al respecto, la peligrosidad no responde en la práctica penal a criterios de grandes números, sino a juicios subjetivos arbitrarios; o) Se afirma que el legislador la presume, con lo cual se quiere decir que el legislador se vale de una peligrosidad inexistente o meramente inventada por él, para declarar una enemistad que priva a la persona de todos los derechos constitucionales; p) La pena prevista en el art. 80 del Código Penal no está en cuestión en esta causa; lo que se cuestiona es la pena para multireincidencia por delitos menores del artículo 52; q) En el caso concreto se pretende penar un robo que merece la pena de dos años de prisión con una pena mínima de doce años; r) En estas condiciones la pena, en el caso concreto, viola el principio de proporcionalidad, constituye una clara muestra de derecho penal de autor, infringe el principio de humanidad y declara a Gramajo extraño al derecho.

31) Que cabe destacar finalmente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo una línea argumental similar a la aquí expuesta, consideró que la invocación a la peligrosidad "constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía...

En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención" (CIDH, Serie C. N° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sent. del 20 de junio de 2005).

32) Que de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, habrá de declararse que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra ley fundamental, entre los que

cabe mencionar la convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.

Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO
PETRACCHI

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 condenó a Marcelo Eduardo Gramajo a la pena de dos años de prisión como autor del delito de robo en grado de tentativa, declarándolo reincidente (arts. 42, 45, 164 y 50, Código Penal), y rechazó la aplicación de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado solicitada por el fiscal de juicio, sobre la base de la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal. Dicha decisión fue apelada por el fiscal, por medio del recurso de inconstitucionalidad, ante la Cámara Nacional de Casación Penal, por considerar que la interpretación del art. 52, Código Penal, efectuada en la sentencia era equivocada, y que la propia Corte, en el caso "Sosa" (Fallos: 324:2153), ya había establecido que la reclusión por tiempo indeterminado no violenta principio alguno de la Constitución Nacional.

2º) Que la Sala III de la cámara citada casó el fallo apelado, declaró la constitucionalidad del art. 52, Código Penal, e impuso a Marcelo Gramajo la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

Ello motivó el recurso extraordinario de la defensa oficial, cuyo rechazo dio origen a la presente queja.

3º) Que el a quo sostuvo que la decisión del tribunal oral no se había ajustado al criterio fijado por esta Corte en Fallos: 324:2153. En dicho precedente, el Tribunal -con remisión al dictamen del señor Procurador General- consideró que la reclusión accesoria por "multirreincidencia" no tiene carácter de pena, sino que se trata de una medida de seguridad, que, como tal, se sustenta en la peligrosidad "puesta de manifiesto a través de la comisión de la conducta típica y antijurídica por un sujeto inculpable, semiimputable e incluso culpable, guiada por una necesidad preventivo especial y no preventivo general de respuesta".

En consecuencia, no cabría -según este criterio- ver en el art. 52 del Código Penal, violación alguna al principio de

culpabilidad por el hecho, pues dicho principio resulta ajeno al ámbito de las medidas asegurativas.

4º) Que los jueces del tribunal oral se apartaron del referido precedente "Sosa" invocando un argumento que dicho fallo no examinaba.

Así, sostuvieron que aun cuando se pretendiera calificar al instituto de la reclusión por tiempo indeterminado como "medida de seguridad", ella continuaría siendo inconstitucional, pues, de todos modos, no estaría respetando los principios de proporcionalidad y racionalidad que limitan su imposición.

Según los sentenciantes, la posibilidad de "encierro perpetuo", las restringidas posibilidades de morigerar la "medida" (en contra de lo afirmado en "Sosa") y la irrelevancia de la gravedad de los delitos que se puede esperar que cometa el agente convierten a la norma en inconstitucional, sea cual sea la categoría en que se la incluya.

Tales razones, a pesar de que claramente desplazaban la discusión a otro ámbito argumental, fueron descartadas por el a quo en unas pocas líneas, en las que persiste en sostener que el art. 52, Código Penal, carece de toda vinculación al hecho del autor, y en que se relaciona exclusivamente con su "peligrosidad".

La cuestión central, esto es, si una medida de seguridad con semejante contenido resulta constitucionalmente tolerable quedó, de hecho, sin analizar.

5º) Que, por su parte, la defensa oficial, en el recurso extraordinario de fs. 184/200 vta. de los autos principales, tampoco planteó el asunto desde ese punto de vista, e insistió en refutar los argumentos del caso "Sosa", una vez más, sobre la base de que la reclusión por tiempo indeterminado es inconstitucional por violentar los principios de reserva, legalidad y culpabilidad por el hecho, y por lesionar la prohibición de persecución penal múltiple (*non bis in idem*).

En su presentación, la recurrente concentró sus agravios en objetar la interpretación del art. 52, Código Penal, según la cual se trata meramente de una medida de seguridad, desvinculada del hecho del autor.

En contra de tal inteligencia, afirmó que tanto su contenido como su forma de ejecución revelan sin lugar a dudas que es una verdadera "pena", que como tal debería quedar sujeta al principio de culpabilidad, y que su imposición con base en una supuesta "peligrosidad" lesiona la regla con arreglo a la cual sólo pueden ser castigados "hechos", y no un cierto "carácter", ni una determinada "personalidad" o la errónea "conducción de la vida". Ello por cuanto la aplicación de una pena sólo puede ser legítima si es la respuesta a la realización de un acto legalmente previsto.

Desde este punto de vista, concluyó que no sería constitucionalmente admisible un castigo fundado sólo en la peligrosidad del autor, sobre la base de una norma que no

permite analizar ni la proporcionalidad ni la adecuación de la medida para la concreta situación que atraviesa el condenado.

Desde otro punto de vista, la defensa también sostuvo que en la medida en que la peligrosidad en la que se funda la accesoria se apoya en la preexistencia de delitos por los que el autor ya ha agotado su condena, se produce una lesión del principio *non bis in idem*, que prohíbe que se vuelvan a tomar como punto de conexión para una nueva sanción penal, hechos que ya fueron castigados antes.

6º) Que en la medida en que se ha puesto en cuestión la constitucionalidad de una norma de derecho común (art. 52, Código Penal) y la decisión definitiva del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho federal invocado por el apelante, el recurso extraordinario resulta formalmente procedente (art. 14, inc. 1º, ley 48).

7º) Que la llamada "accesoria de reclusión por tiempo indeterminado" es impuesta, frente a una nueva condena, respecto de quienes ya hubieran sido previamente penados en condiciones tales que corresponda a su respecto la declaración de "multirreincidentes" (incs. 1º y 2º del art. 52, Código Penal).

La consecuencia de esta declaración es que, una vez que el condenado en esta situación ya ha cumplido la pena que le ha sido impuesta en la última sentencia, deberá permanecer privado de su libertad por un lapso que no puede ser conocido de antemano, pero que en ningún caso podrá ser inferior a cinco años de encierro efectivo y otros cinco en libertad, sujeta al régimen de control estatal de los arts. 53 y 13, Código Penal. Por su parte, tanto la violación de dicho régimen por la comisión de un nuevo delito (arg. inc. 4º del art. 13, Código Penal, a contrario) como la subsistencia de la calificación del recluso como "un peligro para la sociedad" se traducen, en definitiva, en su encarcelamiento perpetuo.

8º) Que las razones que pueden invocarse en un estado de derecho para privar legítimamente a un ciudadano de su libertad son pocas y han de estar sujetas al cumplimiento de estrictos requisitos.

Dejando a un lado las detenciones excepcionales dirigidas a asegurar fines procesales, sólo la culpabilidad declarada judicialmente o el peligro de que un sujeto se dañe a sí mismo o a los demás (arg. arts. 34 inc. 1º, Código Penal, y 482, Código Civil) pueden constituir fundamento suficiente para que un individuo deba tolerar el cercenamiento de su libertad ambulatoria por parte del Estado.

9º) Que, en este sentido, de la mera lectura del texto legal cuestionado surge sin ningún esfuerzo interpretativo que la reclusión del art. 52, Código Penal, se impone con independencia de la culpabilidad del infractor, ya que ella no comienza a operar sino *con posterioridad* a que el

condenado ya ha cumplido su condena fundada en la culpabilidad por el delito cometido.

Desde este punto de vista, es evidente que la accesoria no puede ser una pena, porque "no hay pena sin culpa" ("*nulla poena sine culpa*").

10) Que, en efecto, dentro de nuestro régimen constitucional sólo es posible que el Estado restrinja a título de "pena" los derechos de un ciudadano (y en particular su libertad), cuando esa injerencia se produce como reacción a un hecho cometido con culpabilidad.

En otras palabras, con los límites del principio de culpabilidad.

Dicho principio, que esta Corte ha derivado del art. 18 de la Constitución Nacional, supone como requisito ineludible para la aplicación de una sanción la preexistencia de una acción ilícita que pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente (Fallos: 315:632; 321:2558; 324:3940), y ello supone la posibilidad real y efectiva de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas (disidencia parcial del juez Petracchi en Fallos: 316:1190 y 1239 y sus citas).

11) Que, asimismo, y como correlato del principio de reserva, "no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén fundados en la descripción de conductas punibles, sino en características personales...Un derecho penal centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas" (Fallos: 313:1333, considerando 8º del voto del juez Petracchi).

Como consecuencia, toda responsabilidad penal sólo puede ser por "actos" y no por un "estado", de tal modo que la imposición de consecuencias penales a partir de la calidad de "multirreincidente", o bien, de la peligrosidad revelada en los hechos anteriores, no podría estar comprendida en el principio de culpabilidad por el hecho de que nadie puede ser "responsabilizado" por acciones futuras.

12) Que con relación a la reincidencia (simple, art. 50, Código Penal) el Tribunal, en su momento, entendió que dicho instituto se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (caso "Gómez Dávalos", en Fallos: 308: 1938).

Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque", Fallos: 311:1451).

13) Que esa mayor culpabilidad, sin embargo, no es, ni podría ser, la que da fundamento a la reclusión que se aplica a los multirreincidentes.

En efecto, y como ya se dijo, la accesoria se comienza a cumplir una vez que la condena por el hecho anterior ya fue cumplida.

En consecuencia, la mayor culpabilidad derivada del desprecio por la anterior condena *ya fue valorada al fijar la pena correspondiente al hecho concreto, cometido a pesar de la advertencia previa.*

Por lo tanto, esa culpabilidad anterior ya fue suficientemente retribuida y no podría ser nuevamente utilizada como argumento para fundar la reclusión accesoria, pues ello significaría violar la prohibición de doble valoración contenida en el principio *non bis in idem*.

14) Que si bien es cierto que esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, Código Penal) sin ver en ello una violación al *non bis in idem*, no se debe perder de vista que el "ajuste" del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos: 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella.

15) Que aun cuando se rechace la aplicación de la prohibición de múltiple persecución penal en supuestos como el presente, sobre la base de que en un caso la valoración fue para determinar la pena y en el otro, para "ajustar el tratamiento", esos "ajustes", en el *sub lite*, representan injerencias extremas sobre los derechos individuales, que no podrían ser sustentadas, una y otra vez, en el mismo argumento, pues ello no sería más que un fundamento aparente que pondría seriamente en cuestión la coherencia interna de la decisión que los autorizara.

16) Que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del art. 50, respecto del art. 52 ambos del Código Penal, no podría afirmarse que lo que se está haciendo es responder, frente al dato objetivo de las múltiples condenas anteriores, a una suerte de "culpabilidad excedente" derivada del desprecio habitual del condenado por las penas que se le imponen. Pues, en todo caso, semejante respuesta -posibilidad de encierro perpetuo-, además de carecer de todo sustento normativo, habría sido ordenada con total prescindencia de la gravedad de los hechos cometidos y carecería de toda proporcionalidad (sobre este principio, cf. caso "Martínez", Fallos: 312:826).

17) Que, en este mismo sentido, si se considerara legítimo reprocharle al multirreincidente su errónea "conducción de la vida", a pesar los límites impuestos por un derecho penal de culpabilidad, de todos modos, ello por sí solo tampoco alcanzaría para justificar una restricción de derechos como la prevista por el art. 52, Código Penal.

Pues, en todo caso, no cualquier hábito delincucional podría tener como consecuencia una privación de libertad temporalmente ilimitada.

18) Que, por lo tanto, la situación de los multirreincidentes no es equiparable a la del "reincidente simple".

Las consecuencias jurídicas que aquel debe soportar no se apoyan en una mayor culpabilidad sino únicamente en la presunción legal de que quienes entren en dicha categoría constituyen un "peligro para la sociedad" (arg. art. 53, Código Penal).

19) Que, si bien es cierto que no es posible negar a la sociedad el derecho a defenderse de quienes la amenazan, toda injerencia estatal destinada a anular la libre actuación del individuo en sociedad presupone la existencia de un argumento de peso que la autorice.

En este sentido, la circunstancia de que un sujeto pueda válidamente ser calificado como "peligroso" para sí mismo o para la sociedad no podría ser descartada de antemano como un fundamento legítimo que autorice al Estado a adoptar las medidas necesarias para hacer cesar ese peligro, y eventualmente, para proceder al encierro efectivo del sujeto de quien proviene la amenaza.

Sin embargo, es de toda evidencia que en un Estado de Derecho ello no puede suceder de cualquier modo, a riesgo de que la libertad del hombre pierda toda protección; es decir que, en todo caso, la cuestión decisiva será cómo ha de acreditarse ese peligro y la entidad de la amenaza.

20) Que, en consecuencia, teniendo en cuenta que el art. 52 se apoya en el peligro que representa para la sociedad el multirreincidente, corresponde examinar la posible legitimidad de la reclusión prevista en dicha norma a la luz de los límites que circunscriben el ámbito de legitimidad de las medidas de seguridad tendientes a neutralizar peligros de esta naturaleza.

21) Que, no obstante lo expuesto, en dicho examen no se debe perder de vista que el recluso es un sujeto *capaz de culpabilidad*, es decir, alguien a quien sus hechos pueden serle reprochados jurídicamente, tal como efectivamente ya ha sucedido en las condenas anteriores. Su emplazamiento frente al derecho, por lo tanto, no puede ser equiparado sin más al de un inimputable (art. 34, inc. 1º, Código Penal) ni al de un demente (art. 482, Código Civil), respecto de quienes es la finalidad tuitiva la que justifica, en principio, su internación en "custodia".

22) Que en el contexto de un derecho penal fuertemente atado por la Constitución Nacional al principio de culpabilidad por el hecho, ya la sola posibilidad de imponer sanciones desvinculadas de la responsabilidad por el propio hecho plantea serias dudas en cuanto a sus posibilidades de legitimación.

Se ha dicho, con relación a esto, que es completamente contradictorio calificar primero al autor como capaz de culpabilidad, y sobre esa base imponerle una pena, y tratarlo, acto seguido, como si fuera "jurídicamente irracional", al colocarlo en custodia por tiempo indeterminado por aplicación de una medida de seguridad.

23) Que, desde esta perspectiva, toda injerencia estatal que se autorice a pesar de que el afectado es un sujeto responsable supondrá, necesariamente, afirmar que a su respecto ha desaparecido la protección constitucional del principio de culpabilidad, que es, en definitiva, el derivado de reconocerle al "delincuente" su plena calidad de "persona" dentro de la sociedad: aquel que delinque pero se conduce como "persona" merece una pena.

Para decirlo con las conocidas palabras de Hegel: "Como ser racional el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular.

Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección"³.

24) Que a diferencia de la pena, las medidas de seguridad se aplican respecto de quienes no están en condiciones de conducirse "responsablemente", lo cual significa, en el caso, una vida sin delitos futuros.

En este contexto, una medida de seguridad aparece como la vía adecuada para compensar una carencia en la persona del autor, su incapacidad para comportarse conforme a la norma, y en este sentido, quien la sufre es tratado, en definitiva, como un inimputable⁴.

25) Que aun cuando se admitiera precariamente la legitimidad de negar al multirreincidente su plena calidad de miembro de la sociedad, y se autorizara a su respecto la aplicación de una "medida de seguridad", tal aplicación no podría realizarse de cualquier modo ni con cualquier alcance, sino con estricta sujeción al principio de proporcionalidad.

En este sentido, es errada la afirmación del *a quo* con relación a que "la proporcionalidad es fundamental en tanto vincula al delito cometido con la pena" mientras que "la medida de seguridad por su naturaleza es ajena al hecho por el que se condenó y depende de otros factores, como el de la peligrosidad". Si bien es verdad que una medida de seguridad, al no estar atada al principio de culpabilidad, no resulta indicativa de la gravedad del reproche personal por el hecho cometido (la llamada "proporcionalidad cardinal"⁵), ello no significa que, en tanto la injerencia estatal sobre un individuo, no esté sujeta al principio de proporcionalidad en el sentido de "prohibición de exceso" del actuar estatal.

Ciertamente, el principio de proporcionalidad aplicable a las medidas de seguridad en sentido estricto (esto es, las que se imponen a inimputables) aún no basta para justificar por qué un sujeto plenamente responsable podría ser afectado penalmente más allá del principio de culpabilidad⁶.

Pero, en todo caso, si la injerencia ni siquiera se ajusta a los límites de las medidas de seguridad, la ilegitimidad de la injerencia habrá quedado fuera de toda duda.

Desde este punto de vista, es equivocado afirmar que una medida de seguridad carece de toda relación con el hecho cometido.

En primer lugar, es la preexistencia de dicho hecho lo que autoriza la pregunta acerca de la supuesta peligrosidad del autor: toda intervención del derecho penal exige, como mínimo, la comprobación de un injusto previo⁷.

Pero, además, la intervención debe estar en relación con los delitos que concretamente se esperan en el futuro, a fin de graduar la intensidad de la medida: una medida no puede ser ordenada, a pesar de la peligrosidad, si no guarda proporción con la importancia del hecho cometido por el autor y de los hechos que se esperan, esto es, con el grado de peligro que emana de él.

Por lo tanto, y como consecuencia de la prohibición de exceso, los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado⁸. De allí que, incluso quienes en doctrina admiten la legitimidad de medidas análogas a la del art. 52, Código Penal rechazan su aplicación frente a delitos de escasa gravedad⁹, con base en que no cualquier posible infracción a las normas de la comunidad es suficiente como para separar a alguien de la vida social, sino que se exige una cuidadosa ponderación entre el peligro y la afectación de los derechos del afectado: los peligros de poca gravedad deben ser asumidos por la comunidad¹⁰.

26) Que, en consecuencia, aun cuando la multirreincidencia fuera considerada un síntoma suficiente de una personalidad deficitaria, que autorizara a equiparar su tratamiento al de los casos de inimputabilidad, una medida de seguridad estructurada como la reclusión del art. 52 del Código Penal sería constitucionalmente intolerable por la ausencia de toda posibilidad de producir ajustes acordes con la personalidad del sujeto concreto.

La rigidez de la regla, que veda al juez la posibilidad de contemplar la posible suficiencia de alternativas menos drásticas va en contra del principio de proporcionalidad que limita no sólo la aplicación de las "verdaderas" medidas de seguridad, sino toda injerencia estatal sobre un individuo.

27) Que a partir de lo expuesto se advierte que mediante la regla del art. 52, Código Penal, se ha pretendido producir una superposición de las características de una pena y las de una medida de seguridad, con la finalidad de eludir los principios que limitan la aplicación de una y otra respectivamente: cuando el multirreincidente invoca la protección del principio de culpabilidad, se trata de una medida no amparada por esa garantía, y cuando reclama, entonces, proporcionalidad de la medida, se le responde que está mejor asegurado si los jueces no pueden valorar la peligrosidad de los hechos que se espera que cometa (conf. argumento del a quo, fs. 42, considerando 4^o). En definitiva, no sólo se pretende un "fraude de etiquetas", sino que, además, la etiqueta es modificada una y otra vez según cuál sea la garantía constitucional que aparezca como una valla al encierro perpetuo.

28) Que el fin de las medidas es preponderantemente de prevención especial negativa: evitar que en el futuro el sujeto siga cometiendo delitos.

Pero no es posible justificar en la "prevención especial" una restricción genérica, tabulada, en la que la ley *juris et de jure* presume una peligrosidad cuya neutralización requiere, por lo menos, cinco años de reclusión efectiva y cinco años más de sometimiento al control estatal de la conducta en libertad.

29) Que en este punto no es posible soslayar que los antecedentes históricos del instituto, detallados en los considerandos 13 a 16 del voto de la mayoría se han dirigido, tradicionalmente, a lograr lo que von Liszt denominaba la "inocuidación" de los incorregibles.

La regulación actual del instituto no parece haberse apartado demasiado de sus antecedentes, y subsiste como el instrumento normativo destinado a asegurar, bajo ciertas circunstancias, que ciertos sujetos sean definitivamente eliminados de la sociedad. Para el logro de este objetivo, indudablemente, el principio de culpabilidad aparece como un obstáculo que puede ser sorteado por la vía de ulteriores necesidades de prevención, y con total prescindencia del mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reclama a los estados miembros que la pena de privación de libertad se oriente hacia la *reinserción social* del condenado (art. 5, inc. 6, CADH) y no al puro aseguramiento.

Dicha regla, así como el mandato de que toda privación de libertad -se trate de una pena o no- se ejecute con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano (art. 5, inc. 2º, *in fine*, CADH), no resulta compatible con una autorización general a tratar a quienes han sido previamente penados en las condiciones del art. 52, Código Penal, como sujetos que pueden ser mantenidos fuera de la sociedad a perpetuidad, sobre la base de la incierta presunción de que nunca habrán de corregirse y que a su respecto no cabe ya ninguna esperanza de mejoramiento.

30) Que, por lo demás, el nuestro es un modelo constitucional en el que subyace la concepción de que la prisión sólo se justifica si se la ejecuta de tal modo que se asegure que el individuo, en algún momento, habrá de poder convivir en sociedad pacíficamente impone al legislador y a los jueces el deber de asumir los posibles riesgos de la libertad del condenado¹¹, pues no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad.

31) Que, sobre este punto, el Tribunal Constitucional alemán sostuvo que una custodia de seguridad de larga duración, en casos de peligrosidad permanente, es compatible con la dignidad del hombre en la medida en que se respete la autonomía del individuo, y se oriente la ejecución penitenciaria hacia la creación de los presupuestos para una vida responsable en libertad.

Dicho tribunal legitimó la "indeterminación" del plazo máximo de duración de la custodia, pero bajo la exigencia expresa de

que el juicio acerca de la necesidad de subsistencia de la privación de libertad sea fundado cada vez con mayor cuidado a medida que la detención se extiende en el tiempo¹².

32) Que el objetivo de "aseguramiento" que persigue la reclusión accesoria se dirige a impedir coactivamente que el condenado vuelva a delinquir, por medio de un encierro que asegure, al menos, cinco años sin delitos extramuros.

Semejante finalidad de "custodia", de hecho, es efectivamente cumplida por toda pena de prisión, pero dentro de nuestro ordenamiento constitucional le está prohibido al legislador intentar lograrla por más tiempo que el que autoriza una pena adecuada a la culpabilidad por el ilícito concretamente cometido.

33) Que el intento del legislador de lograr esa finalidad de mera custodia no es ajeno al derecho comparado, en especial, en los últimos tiempos.

Así, dicho objetivo ha proliferado en varias leyes recientes de los Estados Unidos, con el *California Penal Code*¹³ a la vanguardia, en que abiertamente se persigue el "aseguramiento" de los reincidentes, quienes, frente a la tercera condena, en función de la gravedad de ese hecho y de los anteriores, pueden ser privados de su libertad hasta 25 años, o en ciertos casos, de por vida, y excluyendo toda posibilidad de libertad anticipada.

Se trata de una regla draconiana que se conoce en el lenguaje vulgar con la expresión utilizada en el beisbol: *three strikes and you are out* y que ha sido fuertemente criticada en la doctrina como un ejemplo de "punitivismo popular" irrestricto¹⁴.

34) Que un concepto de pena o de las "medidas" "lo cual resulta idéntico en este contexto" dirigido exclusivamente a lograr la prevención especial positiva necesariamente ha de plantearse qué sucederá en aquellos casos en los que la resocialización no sea posible.

Ya lo planteaba Franz von Liszt en el Programa de Marburgo: "Frente a los irrecuperables, la sociedad ha de protegerse; y puesto que no queremos decapitar y ahorcar, y deportar no podemos, sólo queda el encierro de por vida"¹⁵.

En nuestro medio, Jiménez de Asúa lo expresaba en drásticos términos: "A todas las inteligencias resulta claro el absurdo de poner en libertad a quien ha cumplido la corta condena proporcional a su pequeño delito, y que ha de continuar en las mismas puertas de la prisión la historia criminal a que le impulsan sus hábitos y tendencias"¹⁶.

35) Que, a pesar de lo que puedan considerar evidente "todas las inteligencias", lo cierto es que en nuestra Constitución, los fines, por más altos que sean, no pueden ser alcanzados de cualquier modo: no hay pena más allá del principio de culpabilidad ni, "medidas" más allá de lo proporcionalmente admisible.

36) Que, por lo demás, el objetivo de reinserción social de la pena privativa de libertad que indica la Convención Americana sobre Derechos Humanos es predicado, justamente, respecto de una "pena", que para ser tal habrá de estar

necesariamente limitada por el principio de culpabilidad. Dicha finalidad, por otra parte, se limita a imponer al Estado el deber de estructurar la ejecución penitenciaria de dicha sanción de tal modo que, dentro de lo posible, colabore activamente a superar los posibles déficits de socialización del condenado y que, cuando menos, no provoque un efecto contrario al deseado.

Realizar un esfuerzo serio en este sentido constituye, por lo demás, un imperativo tanto de la razón práctica como de la solidaridad humana con el autor del delito¹⁷.

Pero desde ningún punto de vista puede entenderse que tales fines pueden lograrse con prescindencia del principio de culpabilidad y de la prohibición de exceso.

37) Que la fundamentación de la reclusión por tiempo indeterminado en la peligrosidad del multirreincidente presumida por la ley a partir de las condenas precedentes sólo puede constituir una justificación fraudulenta para un encierro en prisión que puede transformarse en definitivo.

El concepto mismo de "peligrosidad", aplicado, como aquí, en el sentido de "posibilidad de reincidencia en el delito" sólo podría ser predicado racionalmente, en el mejor de los casos, respecto de un individuo en particular y atendiendo a su situación en concreto, pues ello constituye el presupuesto básico de una medida de seguridad eficiente¹⁸.

En este sentido, y en contra de lo afirmado por el *a quo*, en nada colabora a la "seguridad jurídica" una presunción legal de recaída en el delito. Todo lo contrario. Por cierto, nada obstaría a que el legislador ordenara imperativamente ciertas formas atenuadas de ejecución de la pena privativa de libertad, por presumir, *juris et de jure*, posibles efectos desocializantes de las penas privativas de libertad de corta duración, o bien, la necesidad ineludible de que antes de la libertad definitiva exista un período de libertad vigilada. Pero mientras que no existe obstáculo alguno en presumir "peligros de desocialización", ello no es posible a la inversa, pues en un estado de derecho no es legítimo presumir sin admitir prueba en contrario que un sujeto imputable habrá de continuar haciendo un uso indebido de su libertad en el futuro: quien es imputable tiene derecho a que no se pronostique nada, y quien es inimputable, a que no se lo trate peor que a quienes deben "responder" por sus actos ante la sociedad.

38) Que, por otra parte, la imposibilidad de pronosticar conductas delictivas respecto de quienes aún merecen ser considerados "ciudadanos" no sólo va en contra de *principios* fundamentales de un estado liberal de derecho.

Tales pronósticos resultan, además, casi imposibles de sostener racionalmente en la *práctica*.

En efecto, medidas de prevención especial como la que aquí se examina, para estar bien dirigidas, presuponen conocimientos exactos acerca de si existe el peligro de reincidencia en el autor individual y cuál es su magnitud.

Desde este punto de vista, la criminología se ha ocupado de señalar, una y otra vez, la imposibilidad de pronosticar la reincidencia.

Tal como lo dice Stratenwerth, al señalar las falencias de la teoría de la prevención especial, la existencia del peligro de reincidencia "en la gran mayoría de los casos no es posible de averiguar, al menos no en el momento actual, ni con la seguridad suficiente"¹⁹. Y aun cuando se admita una alta probabilidad de que quien ya ha sido condenado en cinco o más ocasiones recaiga en el delito, de todas maneras, las estadísticas continúan siendo incapaces de señalar qué clase de delito será²⁰.

Todo pronóstico en este sentido de por sí está plagado de generalizaciones e inseguridades²¹, y la mayoría de los métodos de predicción ostentan un índice de éxito de apenas un tercio, sin que sea de esperar que esta situación mejore sustancialmente en el futuro próximo²².

De modo que, aun cuando se haga a un lado el principio de culpabilidad por el hecho y se tolere la imposición de una "medida de seguridad" a un sujeto imputable, sobre la base de una suerte de "legítima defensa" de la comunidad y su interés en la "preservación de intereses preponderantes"²³, el problema práctico de determinar fehacientemente a quiénes les corresponderá entrar en la categoría de "peligrosos" continuará subsistiendo. Una incertidumbre que basta por sí para cuestionar reglas de estas características²⁴.

39) Que, desde otro punto de vista, la realidad es que, a pesar de estas dificultades prácticas, al menos en el ámbito de las medidas legítimamente impuestas a inimputables, el derecho difícilmente pueda prescindir de los pronósticos de "peligrosidad".

Pero, en todo caso, no se debe perder de vista que se trata de juicios precarios, que pueden ser erróneos y que, además, deben ser comprobados en forma constante, pues rápidamente pueden haberse tornado obsoletos²⁵.

40) Que en tales condiciones, una presunción legal basada sólo en la preexistencia de las condenas anteriores carece de entidad suficiente como para legitimar un encierro efectivo de al menos cinco años una vez agotada la condena que motiva la accesoria. De acuerdo con el texto legal, durante ese primer período no existe ni siquiera la posibilidad de que el condenado intente demostrar que "verosímilmente no constituirá un peligro para la sociedad".

Por lo tanto, la formulación de la regla, en la medida en que impide toda consideración individual relativa al peligro efectivo que emanaría del afectado, y no permite la aplicación de un medio menos lesivo, no satisface requisitos mínimos que aseguren la adecuación de la injerencia al principio de proporcionalidad.

41) Que las posibilidades casi nulas previstas por el art. 52, Código Penal para que los jueces controlen periódicamente y en forma efectiva la subsistencia de la supuesta "peligrosidad" resultan contradictorias con la finalidad con la que el legislador intentó legitimar la existencia del

precepto. En este sentido, el sistema de libertad condicional previsto por el art. 53, Código Penal, tal como está concebido en su texto, en modo alguno basta ni para garantizar la posibilidad del recurso a un medio menos lesivo ni para evitar que queden sujetos a encierro efectivo aquellos condenados respecto de los cuales semejante injerencia resulta de dudosa proporcionalidad.

En el caso, un robo que, aun teniendo en cuenta las reincidencias anteriores, sólo ha "merecido" una pena de dos años de prisión (cf. cons. IV de la sentencia del tribunal oral) se convierte en el síntoma de una peligrosidad que autoriza un mínimo de siete años de prisión efectiva, cinco años más de libertad restringida, y la amenaza de que, cualquier otro delito, por leve que sea, condene al autor a la exclusión definitiva de la sociedad libre.

Un precio demasiado alto, que ni siquiera deben pagar quienes han cometido los delitos más graves de nuestro ordenamiento penal.

42) Que no obsta a lo expuesto la circunstancia de que la reclusión por tiempo indeterminado pueda ser dejada en suspenso en los términos del último párrafo del art. 52, Código Penal, tal como ocurrió respecto del recurrente en su momento (cf. fs. 11 vta.). Pues si la imposición efectiva de la injerencia es ilegítima, también es ilegítima ya como mera amenaza de imponerla "en suspenso".

Por otro lado, las condiciones que la ley establece para que la medida sea dejada en suspenso, consideradas estrictamente, carecen de un mínimo de racionalidad que asegure su aplicación no arbitraria por parte de los jueces.

En efecto, según la disposición en cuestión "los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, *fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26*". Un mandato, por cierto, de cumplimiento imposible, pues el fundamento del art. 26, Código Penal es evitar, frente a hechos leves, los efectos nocivos del encarcelamiento en las penas privativas de libertad de corta duración²⁶, cuando existan "circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad". Pretender atender a los efectos nocivos de la prisionización en un caso como el del art. 52, Código Penal en el que ya existen varias condenas previas efectivamente cumplidas al menos parcialmente y en el que se está amenazando, finalmente, con un encierro perpetuo, carece de toda lógica y pone severamente en tela de juicio la posibilidad de lograr la objetividad en la aplicación de las normas que el principio de sujeción a la ley tiende a garantizar.

43) Que la finalidad de readaptación social de la pena de prisión (art. 5, inc. 6, CADH) no puede ser desvinculada de la prohibición de la pena de muerte (art. 4, CADH).

A partir de la correlación de ambas reglas del Pacto de San José se desprende el principio general de que el Estado no puede "eliminar" a ninguna persona en forma definitiva de la sociedad, sea que lo haga a título de pena o de "medida".

En este sentido, cabe recordar que el "encierro perpetuo" aparece como un sucedáneo de la pena de muerte, y que los argumentos que se esgrimen en su favor son prácticamente idénticos a los que se invocan, aún hoy, en favor de la pena de muerte²⁷: ambos buscan una "solución final", por medio de la exclusión absoluta del delincuente²⁸.

44) Que, con respecto a este tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos "si bien frente a casos en los que los hechos que entraban en consideración eran, por cierto, mucho más graves que los atribuidos a Gramajo" ha admitido la compatibilidad de sentencias de condena a encierro por tiempo indeterminado con la respectiva Convención Europea sólo bajo la premisa de que se asegure debidamente el control judicial de las condiciones para la liberación y de que haya existido un examen concreto de la situación del afectado.

Así, en el caso "Van Droogenbroek"²⁹, al analizar una norma belga cuyo objetivo declarado era "proteger a la sociedad en contra del peligro que representan los reincidentes y delincuentes habituales", el TEDH admitió que se realizaran pronósticos de peligrosidad, pero destacó que, en todo caso, el logro de los objetivos pretendidos por la norma exigía que se tomaran en consideración circunstancias que, por su naturaleza, difieren de un caso a otro y son susceptibles de modificarse ('40). Se dijo allí: "Tendencia persistente al crimen" y "peligro para la sociedad" son conceptos esencialmente relativos y presuponen monitorear la evolución de la personalidad y el comportamiento del delincuente a fin de adecuar su situación a cambios favorables o desfavorables en su situación" ('47).

En una dirección similar, en el caso "Thynne, Wilson y Gunnell"³⁰ la imposibilidad de ejercer un control suficiente fue el principal argumento por el que el TEDH rechazó la legitimidad de una "sentencia perpetua discrecional", un instituto que el derecho inglés desarrolló como instrumento para enfrentar el problema de los delincuentes peligrosos y mentalmente inestables ('73).

El concepto de "inestabilidad mental" -en el que los jueces ingleses se fundan para imponer una sentencia de por vida- es, por su naturaleza, modificable con el paso del tiempo ('70), y por ello, la legitimidad de la custodia depende de un control judicial efectivo de la subsistencia de dicho fundamento.

Dicho control debe ser lo suficientemente amplio como para asegurar la presencia de las condiciones bajo las cuales la Convención Europea de Derechos Humanos autoriza la detención de una persona (caso "Weeks"³¹, '59).

Idénticas exigencias fueron establecidas, en general, respecto de todas las internaciones psiquiátricas (casos "Winterwerp"³² y "X v. United Kingdom"³³).

En una línea similar, también el Tribunal Constitucional alemán, al fallar en favor de la constitucionalidad de la "custodia de seguridad" prevista por el '66, StGB, le asignó

importancia decisiva a la existencia de controles periódicos³⁴.

45) Que, como se ve, la regla del art. 52, Código Penal, en cuanto se apoya en un concepto genérico de "peligrosidad", que impide toda consideración individualizada de la existencia real del supuesto peligro así como un control judicial suficientemente amplio de la adecuación de la medida a las condiciones específicas del condenado, no satisface el estándar internacional mínimo bajo el cual se han tolerado, como *ultima ratio*, medidas extremas como la aquí examinada.

46) Que, por las razones expuestas precedentemente, el sistema de reclusión por tiempo indeterminado previsto por el art. 52 del Código Penal lesiona la dignidad del hombre y resulta violatorio del principio de culpabilidad y de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (arts. 18 y 19, Constitución Nacional, y art. 5, inc. 2, CADH), por lo que se declara su inconstitucionalidad.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.

Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda, se dicte nueva sentencia con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 condenó a Marcelo Eduardo Gramajo a la pena de dos años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, declarándolo reincidente (arts. 42, 45, 164 y 50 del Código Penal), y rechazó la aplicación de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado solicitada por el fiscal de juicio, sobre la base de establecer la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal.

2º) Que contra esa decisión el representante del Ministerio Público interpuso recurso de inconstitucionalidad ante la Cámara Nacional de Casación Penal, en el que sostuvo que la interpretación del art. 52 efectuada por los integrantes del tribunal de mérito resultaba errónea, pues dicha norma no contrariaba cláusula alguna de la Constitución Nacional.

La Sala III de la Cámara de Casación hizo lugar al recurso fiscal, de modo tal que casó la sentencia en cuestión, declaró que el art. 52 del Código Penal era válido constitucionalmente e impuso a Gramajo la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, dejando en consecuencia sin efecto el pronunciamiento apelado en lo que respecta a este punto.

Finalmente, contra este pronunciamiento la defensa oficial de Gramajo dedujo recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que, como quedó expresado, a fs. 173/179 de los autos principales el tribunal a quo sostuvo que la previsión establecida en el art. 52 no resultaba violatoria ni contraria al art. 18 de la Constitución Nacional.

Para ello, se remitió a los fundamentos de esta Corte, *in re* "Sosa" (Fallos: 324:2153).

De esta manera, esgrimió que la pena debe diferenciarse de la medida de seguridad, puesto que la primera significa conceptualmente un castigo por el delito cometido, mientras que la segunda es "una consecuencia jurídica preventivo-especial frente a la peligrosidad manifestada por el sujeto en la comisión de aquél, aun cuando para quien la sufre pueda tener un componente aflictivo".

Por estos motivos, consideró que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado contenida en el art. 52 del Código Penal es una medida de seguridad y no una pena.

Agregó que "la reclusión es una medida de seguridad que se impone en defensa de la sociedad a los delincuentes considerados incorregibles y el Código adopta como índice de esa incorregibilidad el número y gravedad de las anteriores". En función de ello, concluyó que "(e)n el marco de estos criterios no parece admisible afirmar que la reclusión por tiempo indeterminado desconozca los postulados del principio de culpabilidad, al pasar de un derecho penal de culpabilidad por el hecho a un derecho penal que juzga la conducta de la persona en su vida".

Para descartar finalmente la inconstitucionalidad de la norma, afirmó que "de ello debe seguirse que no resultan plenamente trasladables a las medidas de seguridad los principios y criterios que rigen la aplicación de las penas, afirmación que permite salvaguardar la validez constitucional de la norma cuestionada...".

4º) Que en el recurso extraordinario de fs. 184/200 vta. de los autos principales, la defensa sostuvo que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado establecida en el art. 52 del Código Penal contradice los principios de legalidad, culpabilidad y prohibición de la persecución penal múltiple, consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, toda vez que conceptualmente su naturaleza jurídica es la de una pena accesoria y no la de una medida de seguridad.

En este sentido expresó que "la reclusión por tiempo indeterminado no puede sino encuadrarse en la categoría que abarca a las penas de encierro.

Y ello no sólo porque comparten la común naturaleza sino también porque el instituto cuya inconstitucionalidad fue censurada importa una privación de libertad más severa y gravosa que cualquier otra sanción restrictiva de la libertad. Afirmar que la reclusión por tiempo indeterminado carece de naturaleza penal importa un apartamiento palmario de la garantía constitucional a ser juzgado y recibir castigo por un hecho previamente declarado ilegítimo por la norma que habilita la sanción que se imponga".

Por otra parte, sostuvo que la interpretación efectuada por la Cámara Nacional de Casación Penal vulnera el principio de culpabilidad por el hecho y legitima la introducción del derecho penal de autor por peligrosidad.

Ello, en tanto sostiene que "carece de toda legitimidad la sanción que surja como una derivación, siquiera parcial, de algo distinto de un acto humano deliberado y eficaz. Ejemplo de ello será la imposición de un castigo que pretenda justificar su índole en datos de la realidad tales como la personalidad del individuo, su carácter o la peligrosidad supuesta o comprobada".

Expresó además, que la sentencia justifica "la imposición de una sanción de tan extrema gravedad como es la reclusión por tiempo indeterminado ponderando la peligrosidad del delincuente supuestamente derivada de la ocurrencia de otros delitos cometidos con anterioridad que ya fueron oportunamente juzgados, es decir, tomando en cuenta -nuevamente- delitos ya penados.

De ese modo, la sentencia del *a quo* consiente la agudización del reproche generando un castigo que vulnera las garantías constitucionales consagradas en los arts. 18 y 19 ya citados".

Por último, la defensa se agravió por cuanto la interpretación de la norma en crisis efectuada en el fallo recurrido resultaría violatoria del principio de prohibición de persecución penal múltiple.

5º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente, toda vez que la sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva, ya que pone fin al pleito.

Asimismo, proviene del tribunal superior de la causa, puesto que se impugna el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y suscita cuestión federal suficiente en tanto el debate tiene por objeto el conflicto entre una norma de derecho común "art. 52 del Código Penal" y normas de la Constitución Nacional (arts. 18 y 19).

A su vez, existe relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y el objeto de pronunciamiento.

Finalmente, la decisión es contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

6º) Que el art. 52 del Código Penal de la Nación establece que "(s)e impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1º Cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2º Cinco penas privativas de la libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el art. 26". Se trata, pues, de la reclusión (por reincidencia múltiple) accesoria de la última condena, que se impone automáticamente y que puede tener como consecuencia

(si se viola el régimen de libertad vigilada o se comete un nuevo delito de la gravedad que fuere) la irreversible y perpetua privación de la libertad (arts. 53 y 13 del Código Penal).

7º) Que, materialmente y como se desarrollará *ut infra*, este encierro con posibilidad de perpetuidad que en modo alguno responde al estricto límite de la culpabilidad -que en el ámbito de la habilitación de la pena se exige en un Estado de Derecho- no puede ser diferenciado de la condena de prisión por el último hecho.

Tampoco puede ser diferenciado de una "pena" si se tratase como una medida de seguridad, pues desde este punto de vista material, guarda equivalencia con la naturaleza de aquélla, pero claramente desproporcionada y sin adecuarse al "juicio de necesidad" que en ese marco se invoca para imponer una medida.

8º) Que toda injerencia estatal sobre los derechos de un individuo debe respetar los límites que rigen en un Estado de Derecho a efectos de su justificación y que con mayor razón aún deben ser interpretados restrictivamente si lo que se encuentra en juego es la privación de la libertad de una persona.

De manera tal que la cuestión a resolver reside en determinar si la "reclusión por tiempo indeterminado" prevista en el art. 52 resiste, independientemente del nombre con el que se la denomine, la tacha de inconstitucionalidad que -con sustento en la prohibición de persecución penal múltiple y en los principios de culpabilidad, legalidad y reserva- ha formulado la defensa.

9º) Que al margen de la solución que habrá de adoptarse, en contra de lo sostenido por esta Corte en el referido fallo "Sosa", no escapa a la consideración de que se trate de una pena, que este Tribunal haya admitido -si bien cuando el tema sometido a su estudio no era la constitucionalidad del art. 52- que pudiera tratarse de "otra medida de naturaleza penal" (Fallos: 314:1909).

10) Que conforme se desprende de la propia letra de la Constitución, la reacción estatal en clave punitiva debe siempre vincularse a un hecho previo (art. 18 de la Constitución Nacional) como al respeto del principio de culpabilidad que rige la materia en cuestión.

Así las cosas, mal puede por una parte afirmarse la capacidad de culpabilidad de una persona y al propio tiempo pretenderse la aplicación de un instituto como el examinado que prescinde de aquélla.

En el mismo sentido, cabe hacer mención al plus de habilitación del poder punitivo que en modo alguno reconoce una causa que lo justifique.

Concretamente y desde un postulado lógico muy elemental, no puede existir un consecuente que no reconozca razón en un antecedente previo.

En el particular, la accesoria que acompaña a la pena, termina apareciendo sin causa lógica previa alguna, toda vez que el oportuno juicio de reproche y el de mensura de la pena han sido cerrados de conformidad a un injusto penal determinado.

En línea con lo anterior, poco importa ya -desde un otero meramente discursivo- la denominación que se le asigne a ese plus en la medida que se adviertan en concreto las violaciones a los principios constitucionales mencionados.

11) Que, sin perjuicio de ello y como se dirá más adelante, el art. 52 del Código Penal se originó en la ley de deportación francesa de 1885, que remozó la ley de deportación del segundo imperio de 1854, y nada tiene que ver con el sistema de medidas de seguridad que recién aparece en el proyecto suizo de Stooss de 1893.

La discutida categoría de las medidas de seguridad, de naturaleza administrativa en su concepción originaria, entró en nuestra ley con las medidas posdelictuales para inimputables y alcohólicos, o sea que las medidas de seguridad previstas en nuestra legislación (inc. 1º del art. 34 del Código Penal y arts. 16 a 20 de la ley 23.737) tienen por objeto el sometimiento del agente a un tratamiento para su salud.

12) Que siendo ello así, carece de trascendencia el *nomen juris* con que el legislador pudiera nominarla, puesto que aun cuando existiese una pena encubierta legislativamente bajo la denominación "medida de seguridad", no por ello perdería su naturaleza de "pena" y cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional.

Ni el legislador ordinario -y menos aún la doctrina o la jurisprudencia- pueden, por una mera decisión arbitraria, cambiar la denominación "pena" inventando una pretendida categoría penal contraria a la Constitución.

13) Que por otra parte, opera en la práctica como una pena pues no se cumple de modo diferente a la pena única privativa de la libertad regulada legislativamente.

No existe un régimen de cumplimiento diferenciado. Más aún, las únicas disposiciones de la ley de ejecución penal que se refieren a la reclusión por tiempo indeterminado tienen por objeto excluirla de beneficios o hacerlos más arduos, o sea, que no sólo se ejecuta en el mismo régimen de la pena de prisión, sino que se le conceden menos beneficios en el derecho de ejecución penal, vale decir que desde esta perspectiva la reclusión por tiempo indeterminado tiene más restricciones que la pena de prisión. La única particularidad diferencial es que se cumple -o debiera cumplirse- en establecimientos federales (art. 53), pero no especiales o diferentes de los destinados a los demás presos que cumplen pena en esos establecimientos y siempre en *régimen carcelario*, sin perjuicio de lo cual, en la práctica muchas veces se la ha ejecutado en los propios establecimientos provinciales y la jurisprudencia admite este cumplimiento

como válido, porque la omisión de transferencia a establecimiento federal es imputable al Estado y no al condenado.

14) Que, en síntesis, la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del cuerpo sustantivo, adopta la modalidad de una pena de reclusión que, en lugar de ser por tiempo determinado, lo es por tiempo indeterminado, se ejecuta con régimen carcelario, no tiene un régimen de ejecución diferente al de la pena privativa de libertad ordinaria, goza de menos beneficios que en la pena ordinaria y se cumple fuera de la provincia del tribunal de condena. Cualquiera sea el nombre que se le asigne, es obvio que algo que en la realidad se cumple con todas las características de una pena, es una pena, conforme a la sana aplicación del principio de identidad, y no deja de serlo por calificarse de "medida accesoria", estar específicamente prevista en forma indeterminada, cumplirse fuera de la provincia respectiva y con menos beneficios ejecutivos.

15) Que ello también se colige, como se adelantó precedentemente, de incuestionables razones históricas que muestran que la "reclusión por tiempo indeterminado" no es otra cosa que la pena de deportación o relegación, adecuada hoy a la realidad, debido a la desaparición del tristemente célebre penal de Ushuaia.

Su proyección como pena de deportación es anterior a la invención de las *medidas de seguridad* y su fuente de inspiración se pierde en el siglo XIX.

La historia del art. 52 comienza con los arts. 25 a 29 del proyecto de 1891. El art. 25 disponía: *La pena de deportación consistirá en la relegación por tiempo indeterminado en la Isla de los Estados, ú otra que se destine al efecto (Proyecto de Código Penal para la República Argentina.*

Redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891, pág. 256).

El art. 86 del mismo proyecto disponía: *La pena de deportación será impuesta como accesoria de la última condena, cuando concurran las condenaciones siguientes (Idem, pág. 284) y enunciaba en seis incisos las hipótesis que se han mantenido vigentes hasta que la ley 23.057 simplificó los presupuestos y precisó que se trata de multirreincidencia. Como fuente, el proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo citaba expresamente la ley francesa del 27 de mayo de 1885 que, por otra parte, prácticamente copiaba.*

Esta ley completó y en parte reemplazó a la ley de relegación francesa de Napoleón III del 30 de mayo de 1854, que a su vez, sustituía al viejo sistema de presidios de trabajos forzados y galeras.

Las hipótesis de condenas múltiples estaban también previstas en la ley francesa en forma que siguieron casi textualmente - con la diferencia de las denominaciones de las penas- los proyectistas de 1891 (El texto comentado y la evolución

legislativa con información comparada de la época en: Edouard Teisseire, *La transportation pénale et la rélegation d'après les Lois des 30 mai 1854 et 27 mai 1885. Étude historique, juridique et critique accompagnée d'un long aperçu sur le régime des forcats et des relégués dans nos possessions d'outre-mer*, París, 1893, páginas 204 y siguientes).

Queda claro, pues, que la reclusión por tiempo indeterminado llegó a nuestro país como pena de deportación copiada de la ley de deportación francesa por los proyectistas de 1891, que regulaba -como su precedente de 1854- la deportación a la Guayana Francesa y luego a Nueva Caledonia.

Nadie sostuvo en Francia que los presos de la Guayana estuviesen sometidos a *medidas de seguridad*. Ni el capitán Dreyfus en la realidad histórica ni Papillon en la creación literaria fueron considerados sujetos sometidos a *medidas de seguridad*. No existe autor alguno que pretenda que las galeras se reemplazaron por una *medida de seguridad*.

Tampoco lo sostuvieron los proyectistas de la disposición que trajo esta pena a la Argentina, pues fueron hombres de clara inteligencia y directamente se referían a la *pena de deportación*.

Del mismo modo procedieron los legisladores que en 1903 copiaron casi textualmente en la ley de reformas 4189 los artículos del proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo, reproduciendo las hipótesis de la ley francesa de deportación a la Guayana de 1885 y lo introdujeron entre los arts. 70 y 71 del código de 1886, sin dudar en adoptar el nombre de *pena de deportación* (*Código Penal de la República Argentina y Ley de Reformas del 22 de Agosto de 1903. Edición Oficial*. Buenos Aires. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional. 1903, página 22), con el que se introdujo por vez primera en nuestro derecho positivo.

16) Que la palabra *pena* no desapareció de la ley porque algún proyectista haya dudado de que se trataba de una pena, sino, por el contrario, porque la consideraron innecesaria por obvia. Desde el proyecto de 1906, el curso de la reforma que culminó en la sanción del código vigente orientó el estilo del texto hacia la sobriedad, claridad y brevedad.

Tanto los autores del proyecto de 1906 como los del proyecto de 1917 siguieron la tendencia a elaborar normas breves y claras, simplificaron -a veces demasiado- pero es innegable que el código de 1921 se caracteriza en su versión originaria por ese estilo, lamentablemente poco usual en la legislación complementaria y reformadora posterior.

En el afán de síntesis se eliminó la palabra *pena* en el art. 57 del proyecto de 1906, porque nadie había dudado de que fuese una pena (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906, pág. 15), y ese modelo siguieron los autores del proyecto de 1917, que la preveían como *relegación* (*Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, Orden del Día n° 63 (9 de 1917)*, Talleres Gráficos de L. J. Rosso y

Cia., Belgrano 475, 1917, página 141) palabra que incluso se filtró como errata en la media sanción de la Cámara de Diputados del código vigente, corregida por el Senado como *reclusión* -como se ha dicho- porque la *relegación* no figuraba en el art. 5º, y así finalmente sancionada en 1921.

Aunque alguna vez se haya observado que no se trataba propiamente de una pena por el delito cometido, justamente para criticarla porque no reemplazaba a la pena del delito (Así, Julio Herrera, *La reforma penal*, cit., pág. 563), nunca quienes participaron en el proceso de elaboración legislativa han hablado de *medida de seguridad*.

Por si alguna duda quedase al respecto, basta remitirse a la opinión del propio Rodolfo Moreno (h), quien, teniendo primariamente en cuenta la prevista en el art. 80, defendía la tesis de que en la versión originaria fuese una pena irrevocable, o sea, eliminatoria, afirmando que se trataba de la agravación de la pena de reclusión que reemplazaba a la pena de muerte (Rodolfo Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tomás, Editor, Buenos Aires, 1923, Vol. III, pág. 112).

Las posteriores reformas hasta llegar a la formulación actual tendieron a humanizar y flexibilizar esta pena, pero no alteraron su carácter originario de pena de relegación.

Se previó su limitación y la indeterminación devino relativa mediante la libertad condicional especial del art. 53 (decreto-ley 20.942/44), se suprimió la referencia al "paraje del sud" como resultado de la desaparición de la prisión de relegación de Ushuaia, se simplificaron las hipótesis y se precisó que se trataba de un supuesto de multirreincidencia (ley 23.057), pero nada de esto modificó su naturaleza originaria de pena. Su carácter relegatorio lo conserva hasta hoy en razón de que sustrae al condenado de la provincia correspondiente, o sea, lo *federaliza*, bajo una pretendida idea de "eliminación" que respondía a ideologías claramente contrarias a la dignidad humana.

17) Que la genealogía de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado no es compatible con la Constitución Nacional y menos aún con el texto vigente desde 1994.

La historia de la pena de relegación -que es su verdadera naturaleza- o de reclusión por tiempo indeterminado forma parte de toda la historia mundial de esta pena, o sea, de la deportación como reemplazo de las galeras y como recurso para descargar las prisiones abarrotadas y eliminar de los grandes centros urbanos a quienes cometían delitos de menor gravedad pero eran molestos a la autoridad, cuando ya no había colonias a los que enviarlos o éstas estaban suficientemente pobladas y los colonos no los aceptaban.

Los autores de delitos graves eran penados con largas prisiones o con la muerte; pero los condenados por delitos leves reiterados molestaban y no podían ser eliminados con las penas ordinarias.

Por ello se apeló a la relegación. Gran Bretaña lo hizo en Australia (Robert Hugues, *La costa fatídica*, Barcelona, 1989), Francia en la Guayana y Nueva Caledonia (Edouard

Teisseire, op. cit.; también C. O. Barbaroux, *De la transportation. Aperçus législatifs, philosophiques et politiques sur la colonization pénitentiaire*, París, 1857; sobre la primera deportación a Cayena, donde murieron todos los deportados y también gran parte del personal, Paul Mury, *Les jésuites a Cayenne*, Estrasburgo-París, 1895); Salillas la postulaba en España (Rafael Salillas, *La vida penal en España*, Madrid, 1888).

En nuestro país la idea venía de lejos, pero la deportación se concretó con la construcción del penal de Ushuaia, concebido como establecimiento de eliminación (su primer director fue un arquitecto napolitano que construyó los edificios, C. Muratgia, *Director, Presidio y cárcel de reincidentes. Tierra del Fuego. Antecedentes*, Bs. As., s.d., 1910 circa), lo que formaba parte de un programa de disciplinamiento mucho más amplio de fines del siglo XIX y comienzos del siglo pasado.

18) Que la ley 3335 de diciembre de 1895, llamada *ley Bermejo*, fue la primera en establecer que los reincidentes por segunda vez debían cumplir su pena en el sur, pero no comprendía a los condenados provinciales y, además, como las penas eran cortas, no permanecían mucho tiempo allí, no siendo eficaz para librar a las grandes ciudades de tan molesta y perniciosa plaga, al decir de González Roura (*Derecho Penal*, Buenos Aires, 1925, T. II, p. 130; en igual sentido crítico, Rodolfo Rivarola, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Madrid, 1910, pág. 511).

La expresión de González Roura es clara y precisa acerca del objetivo del art. 52. Para mejor lograrlo fue que en 1903 se copió el artículo del proyecto de 1891 que reproducía la ley de deportación francesa de 1885, garantizando su relegación en Ushuaia en forma permanente.

19) Que la idea de un Estado de Derecho que imponga penas por hechos delictivos es clara, pero la de un Estado que "elimine" a las personas "molestas" o "peligrosas" no es compatible con nuestra Constitución Nacional.

Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra Ley Fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, por cuanto contradeciría la naturaleza del Estado de Derecho; como tampoco el objetivo denominado de "aseguramiento" frente a la presunta "peligrosidad", puede ser la razón que habilite la imposición de una medida de estas características.

20) Que éste, quizá, es el núcleo de mayor cuestionamiento, pues al margen de las objeciones de índole metodológico que podrían formularse respecto de todo pronóstico, la previsión contenida en el art. 52 abre juicio sobre la personalidad del autor en clara contradicción con el derecho penal de acto y no permite juicio de proporcionalidad alguno en punto a la "necesidad" de la reacción que automáticamente establece.

De ahí que el andamiaje en el que pretende apoyarse esta norma, esto es, la presunción legal de "peligrosidad" que no admite prueba en contrario, carezca de validez para fundar la imposición de la consecuencia jurídica que prevé: por lo

menos cinco años más de encierro efectivo y el riesgo de su perpetuidad; pues como requisito de legitimidad para toda pena o medida se exige -mínimamente- que el juez pueda graduar mediante un juicio concreto la intensidad de la reacción.

21) Que, fuera de la irracionalidad que supone sustentar el principio de culpabilidad al tiempo de violentarlo sin una razón lógica, las consecuencias jurídico-penales, además de imponerse frente a un caso individual y nunca en base a generalizaciones, no pueden tener por único fundamento la supuesta peligrosidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual, pues incluso aun desde el plano discursivo, en el ámbito de las así llamadas medidas de seguridad, debe existir alguna relación con la gravedad del ilícito concreto.

Las razones que invalidan la norma en estudio se advierten, por tanto y sin esfuerzo alguno, de su clara contradicción con los principios constitucionales mencionados, asumiendo que la consideración nominativa que se haga de la norma en estudio no puede constituir el exclusivo prisma para concebirla, pues en ningún caso puede afirmarse que conceptualmente responda a los caracteres de ninguna categorización constitucional.

22) Que bajo la denominación de "peligrosidad" y sobre la base de su pretendida presunción, la doctrina legitimante del art. 52, en realidad, ha venido encubriendo una pena que no es admisible en nuestro orden jurídico, por tener como base la declaración de que un ser humano no debe ser tratado como persona, y por ende, resulta excluido de las garantías que le corresponden como tal.

Nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, no tolera que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad.

23) Que como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad.

Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas, posición que esta Corte no consiente, toda vez que lo único sancionable penalmente son las conductas de los individuos (conf. doctrina de Fallos: 308:2236, citado en Fallos: 324:4433, voto del juez Fayt).

Asumir aquella posibilidad implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en Fallos: 318:1874 y disidencia del juez Fayt en Fallos: 313:1262, citados en Fallos: 324:4433).

La Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización.

Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno.

24) Que en el supuesto de la norma aquí cuestionada, resulta claro que se estaría encerrando a una persona en una prisión, bajo un fundamento que nada tiene que ver con el reproche por hechos previos y con la gravosa variante de su indeterminación temporal.

Ello así, toda vez que como el propio texto legal lo indica, la "reclusión por tiempo indeterminado" comenzaría a operar una vez que el condenado ya ha cumplido con la pena impuesta por el último hecho.

De tal modo, la norma impugnada viola también el principio de legalidad, en tanto no puede conocerse de antemano el momento en que habrá de cesar el encarcelamiento.

Desde este punto de vista, entonces, la accesoria prevista en el art. 52 constituye una trasgresión flagrante del sistema que nuestra Constitución consagra en sus arts. 18 y 19, pues en modo alguno puede considerarse legítimo imponer una consecuencia jurídico-penal -que opera además en la práctica, y como el devenir histórico lo indica, como una pena- en base a un pronóstico *iuris et de iure* de reiteración y sin punto de anclaje alguno en el hecho delictivo concreto.

25) Que, por lo demás, a diferencia de lo que ocurre con otros institutos, la norma aquí cuestionada prevé una consecuencia punitiva indeterminada y funciona -obvio es decirlo- por fuera de toda escala.

No se vincula con el injusto cometido ni con la culpabilidad en éste de su autor; comienza a computarse desde el agotamiento de la pena por el último hecho; se impone respecto de hechos que no se han cometido aún y que no se sabe si se cometerán; y en ningún caso su duración resulta menor a los cinco años de reclusión que establece el art. 53 del Código Penal.

Finalmente, la norma contiene la doble valoración prohibida comprendida en el *ne bis in idem* en la medida que la pena impuesta en la última condena -y en cada una de las condenas anteriores- ya habría cuantificado la culpabilidad del autor por el hecho cometido y todo posible incremento -sin perjuicio de lo que quepa decirse respecto del carácter obligatorio de esta agravación, pero que opera en el ámbito de la escala legal respectiva- por "las reincidencias en que hubiera incurrido" (art. 41 del Código Penal).

26) Que en tales condiciones y de acuerdo con lo hasta aquí expresado, la "reclusión por tiempo indeterminado" prevista en el art. 52 del Código Penal es inconstitucional, en tanto viola los principios de culpabilidad, proporcionalidad, reserva, legalidad, derecho penal de acto y prohibición de persecución penal múltiple -*ne bis in idem*-, todos ellos consagrados de manera expresa o por derivación, en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los distintos

instrumentos internacionales de derechos humanos, que desde el año 1994 pasaron a configurar un imperativo constitucional, siempre que -precisamente- su contenido no resulte violatorio de los principios de derecho público local, tal como lo exige el art. 27 de la Constitución Nacional, manifestación inequívoca de la soberanía estatal (conf. disidencia del juez Fayt en "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312), y en S.1767.XXXVIII *in re* "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-", del 14 de junio de 2005 y voto del juez Fayt en C.1757.XL "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-", del 20 de septiembre de 2005).

27) Que por último -y a mayor abundamiento- cabe señalar otro argumento invalidante desde el punto de vista constitucional y que resulta de verificar, en la especie, la regla que en principio podría formularse respecto de la incoherencia que supone que las hipótesis del art. 52 terminen involucrando, en definitiva y como sucede, delitos de menor o mediana gravedad.

En el caso concreto, la norma cuestionada ha tenido como resultado que al imputado se le imponga un lapso de encierro que no sólo excede notoriamente el previsto para el delito perpetrado contra la propiedad, sino que llega a ser más prolongado que la pena mínima establecida para el homicidio simple.

Ello, sumado al riesgo de perpetuidad y ante el único fundamento de una cadena ininterrumpida de hechos delictivos, ninguno de los cuales reviste mayor gravedad a juzgar por las penas que se impusieron oportunamente, pone de relieve un ostensible desapego al derecho constitucional fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental (cfr. Fallos: 312:826, voto del juez Fayt), pues la irrazonabilidad se advierte al alterar la jerarquía de los bienes jurídicos de la ley penal imponiendo privaciones de derecho punitivas que colocan una lesión a la propiedad en un plano igual o superior a la lesión a la vida.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.

Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.

CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Tal como se ha puesto de manifiesto en los considerandos 1º a 5º del voto que suscribiera la mayoría, corresponde a esta Corte la decisión acerca de la tacha de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 52 del Código Penal.

2º) Cabe consignar en forma liminar que han sido variadas las manifestaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se expidieron en torno al tema bajo examen, tanto antes como con posterioridad al fallo de esta Corte in re "Sosa" (Fallos: 324:2153).

Aquellos debates han subrayado como eje medular la distinta naturaleza jurídica y consecuencias que se derivan de las penas y de las medidas de seguridad.

Un nuevo análisis del tema amerita apartarse del precedente antes citado, pues coincido plenamente con el voto aquí mayoritario en cuanto considera a la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista por el artículo 52 del Código Penal como una pena, cualquiera sea el *nomen juris* que se le quiera asignar. Al respecto, me remito a los considerandos 11 a 15 de la mayoría que doy por reproducidos en homenaje a la brevedad.

3º) La distinción que el mismo Código Penal establece entre una medida de seguridad curativa como la del artículo 34 inciso 1º y la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 resulta evidente al cotejar el régimen implementado para una y otra.

En el primer caso, se impone que ante un supuesto de enajenación se podrá ordenar la "reclusión del agente en un manicomio" y que para resultar viable su salida será necesario un previo dictamen de peritos declarando desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los otros supuestos del mismo inciso -aun cuando no hubiere enajenación- también se ordena la reclusión del agente en "un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso".

Distinta es la situación referida a la reclusión del artículo 52.

En efecto, tal como lo prescribe el art. 53, su cumplimiento debe ser llevado a cabo en un **establecimiento con régimen carcelario** (federal) y aquí la forma de recuperar la libertad es mediante la libertad condicional del artículo 13, el cual **sólo opera en casos de condenas a penas de reclusión o prisión.**

4º) Resulta evidente del propio artículo 52 que la razón de ser de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado estriba en la multirreincidencia registrada y no en el hecho puntual por el cual se condena al enjuiciado al momento de su aplicación.

5º) En el caso, el tribunal sentenciante ha condenado a Marcelo Gramajo a la pena de dos años de prisión como reproche por el injusto cometido, y pretender privarlo de su libertad, como mínimo, por otros cinco años, sumado al mismo lapso si bien extramuros pero controlado bajo las previsiones de la libertad condicional, significaría claramente exceder el marco de culpabilidad por el hecho estatuido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional (Fallos: 315:632; 321:2558; 324:3940).

En efecto, éste establece que "...Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al **hecho** del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del **hecho** de la causa...".

Conclusión cabal de los términos aquí remarcados y del espíritu que anida en dicha norma, es que nuestro sistema penal sólo habilita el *ius puniendi* respecto de conductas humanas.

En tal sentido, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 9 y 15 respectivamente, también hacen alusión a que nadie puede ser condenado si no es por una acción u omisión considerada delictiva.

6º) Que de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, habrá de declararse que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad (artículo 18 de la Constitución Nacional, art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.

Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

¹Acerca de este argumento, cf. Michael Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997, pág. 635.

²Michael Köhler, *op. cit.* págs. 56 y sgtes.

³Willhelm Friedrich Hegel, *Filosofía del derecho*, Juan Pablo Editores, México D.F., 1986, agr. al ' 100.

⁴Acerca de esto, cf. Köhler, *op. cit.*, págs. 56 y sgtes.

⁵Cf. Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, 2a. ed., Butterworths, Londres, 1995, pág. 70.

⁶Así, Franz Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, Kohlhammer, Stuttgart, 1991, pág. 120.

⁷Cf. Günter Stratenwerth, *Derecho Penal*, 2a. ed., Edersa, Madrid, 1982, n.m. 54.

⁸Cf. Claus Roxin, *Derecho Penal*, Parte General, 2a. ed., Civitas, Madrid, 1997, págs. 105 y sgtes

⁹Así, p.e., Jakobs, en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 14, específicamente con respecto a la "custodia de seguridad" del '66, StGB; en una posición más crítica, Günter Stratenwerth/Lotear Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5a. ed., Carl Heymanns, Köln, 2004, n.m. 40.

¹⁰Cf. Walter Stree, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, JCB Mohr, Tübingen, 1960, pág. 223.

¹¹Heike Jung, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Haupt, Bern, 1992, pág. 85.

¹²Sentencia del 5/2/2004, reg. 2BvR 2029/01, esp. cons. 106.

¹³Cf. esp. secc. 667, esp. 667 (e) (2), 667.7 (a) (1) y (2).

¹⁴Cf. Ashworth, p. 168. Al respecto, también, Günther Jakobs, *Staatliche Strafe; Bedeutung und Zweck*, Opladen, 2004, párr. V.

¹⁵Der *Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 3, 1883, pp. 1 y ss., esp. p. 36.

¹⁶En *La ley y el delito*, 4a. ed., ed. Hermes, México-Buenos Aires, 1963, pp. 541

¹⁷Stratenwerth/Kuhlen, *op. cit.*, n.m. 21.

¹⁸Günther Kaiser, *Kriminologie*, 7a. ed., CF Müller, Heidelberg, 1985, pág. 184 y sgtes.

- 19 Stratenwerth/Kuhlen, op. cit., n.m. 20.
- 20 Ashworth, op. cit., p. 167.
- 21 Kaiser, op. cit., pp. 137 y ss.
- 22 Ashworth, op. cit., p. 169.
- 23 Acerca de estos conceptos, cf. referencias en Streng, op. cit., p. 119.
- 24 Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, Springer, Berlín, 2001, p. 278.
- 25 Winfried Hassemer, Fundamentos del derecho Penal, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 321.
- 26 Cf. antecedentes parlamentarios de la ley 23.057, esp. Mensaje del P.E., Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 16/12/83, p. 125, y exposición del miembro informante (idem, 12/1/84), pp. 627 y ss.
- 27 Heike Jung, Zur Problematik der Legitimation längerer Freiheitsentzuges, en Heike Jung/Heinz Müller-Dietz (comp.), Langer Freiheitsentzug - wie lange noch?, Forum Verlag Godesberg, 1994, pp. 31 y ss., IV, n° 3.
- 28 Acerca de la equiparabilidad de los arg. cf. Köhler, op. cit., p. 586 y 634, y Jung, Zur Problematik, supra cit., V.4.
- 29 Caso 7906/77, Serie A 50, del 24/6/82.
- 30 Caso n° 23/1989/183/241-243, Serie A 190-A, del 25/10/90.
- 31 Caso 9787/82, Serie A, n° 114, del 2/3/87.
- 32 Caso 6301/73, Serie A 33, del 24/10/79.
- 33 Caso 7215/75, Serie A 46, del 5/11/81.
- 34 Supra cit., cons. 82.

Recurso de hecho interpuesto por **Marcelo Eduardo Gramajo**, representado por **el Dr. Juan Carlos Sambuceti (h), defensor oficial**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal N° 9**