

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 6 de mayo de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, de Lázzari, Kogan, Hitters, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 114.503, "Basualto, Omar Alcides. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 39.062, Tribunal de Casación Penal, Sala II".

A N T E C E D E N T E S

La Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el día 23 de diciembre de 2010, rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por la defensa de Omar Alcides Basualto contra la sentencia del Tribunal Criminal n° 2 del Departamento Judicial Mercedes que lo había condenado a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor responsable del delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda, con más la declaración de reincidencia y la reclusión por tiempo indeterminado contemplada en el art. 52 del Código Penal (fs. 48/53).

El señor Defensor Oficial ante esa instancia, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

(fs. 68/77), el que fue concedido por esta Suprema Corte (fs. 83/84).

Oído el señor Subprocurador General (fs. 86/91 vta.), dictada la providencia de autos (fs. 92) y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

1. La Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal se pronunció por la validez constitucional de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, razón por la cual ratificó la aplicación del art. 52 del Código Penal al imputado Omar Alcides Basualto por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de Mercedes que lo había condenado en calidad de autor responsable del delito de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, con la imposición de la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, la declaración de reincidencia y la mentada accesoria (fs. 48/53).

Contra esta decisión el señor Defensor Oficial dedujo el recurso de inaplicabilidad de ley que fue

concedido por esta Corte en virtud de la materia federal que se denuncia involucrada, a tenor de lo resuelto a fs. 83/84 de la presente.

Sostuvo que frente al cuestionamiento de esa parte a la constitucionalidad del art. 52 del Código Penal, la respuesta del órgano revisor importó dejar de lado la doctrina legal de la Corte Suprema **in re** "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa (causa 1573) "G.560.XL-", sin que se hubiese justificado de modo alguno ese apartamiento, incurriendo por tanto en la causal de arbitrariedad de sentencias, con afectación de los derechos de defensa en juicio y debido proceso contenidos en el art. 18 de la Constitución nacional (fs. 73 vta.).

Indicó en tal sentido que los argumentos de los que se valió el **a quo** para concluir que la mentada accesoria no ofende la letra de la Ley Fundamental, tales, que es una medida de seguridad y como tal se funda en la peligrosidad del sujeto, fueron expresamente desechados en el referido fallo del máximo Tribunal de la Nación que estimó inobservado por la agencia casatoria.

Recordó así que el considerando 12° del voto de la mayoría precisó que "[n]o 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 ... pues ninguna pena, por el hecho de imponerse con relativa

indeterminación temporal y privársela de algunos beneficios ordinarios deja de ser pena..." (fs. 74). Y que la reclusión por tiempo indeterminado es una pena conjunta que se impone con la correspondiente al delito, pues "[c]ualquiera 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..." (fs. cit.).

Con alusiones también al razonamiento allí seguido para sostenerse la colisión de la norma del art. 52 del Código Penal con el derecho penal de acto y la imposibilidad de fundarla en la peligrosidad del agente concluyó afirmando que, con adecuación a la referida doctrina, "la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado es una pena de reclusión que, en lugar de ser por tiempo determinado, lo es por tiempo indeterminado" (fs. 75 vta.).

Consecuentemente, apuntó el recurrente, si la mentada accesoria es una pena de reclusión, "va de suyo que es de aplicación al caso la doctrina legal de la C.S.J.N. ... que ha establecido la derogación de dicho modelo de prisionización del sistema legal argentino", lo que así dejó solicitado (fs. 76); en subsidio, pidió se declare la

inconstitucionalidad de la referida accesoria por conculcar el principio de culpabilidad, la regla de proporcionalidad de la pena, el principio de irracionalidad mínima entre la infracción y la sanción impuesta- y de legalidad de las penas (v. fs. 77 en rel. con fs. 71).

2. En igual dirección que la propiciada por el señor Subprocurador General, considero que la queja debe ser acogida en los términos y con el alcance que será expuesto.

a. Al recurrir en casación la defensa señaló que no obstante la invocación de esa parte del fallo "Gramajo" de la Corte federal, el tribunal de juicio, en una aparente fundamentación, había referido a la evolución y los vaivenes jurisprudenciales respecto de la exégesis del art. 52 del Código Penal, apartándose en definitiva de la efectuada en el referido precedente que rige en supuestos de multireincidencia como el aquí definido, siendo que, en su entender, establecida la aplicación de la ley al caso corresponde unificar su interpretación por vía de la casación constitucional a cargo de la Corte Suprema (fs. 29 vta./30). Peticionó en definitiva la inconstitucionalidad de esa disposición y que se deje sin efecto su imposición a Omar Alcides Basualto.

Con estos lindes la cuestión fue llevada al conocimiento de la casación, por lo que la pretensión

recién ahora articulada en el recurso bajo examen para que se considere derogada la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado con base en la alegada derogación de esa forma de encierro resulta el fruto de una reflexión tardía; sin perjuicio de que la petición se asienta en una premisa desechada por la doctrina de esta Corte sobre la vigencia de la pena más gravosa de la reclusión (conf. doct. P. 102.332, sent. del 22/IV/2009 reiterada en P. 99.586, sent. del 3/III/2010; P. 106.416, sent. del 1/IX/2010 y P. 110.390, sent. del 27/VI/2012, entre muchas más).

b. Sentado lo cual, coincido con el dictamen de la Procuración General en que el recurso debe progresar, de conformidad con lo que sigue.

Para decidir que el art. 52 del Código Penal no contraviene cláusula constitucional alguna, el juez Celesia refirió a la situación similar planteada en la causa 8679 "Solís", del 28 de diciembre de 2004, en la que esa Sala segunda había asegurado, en sintonía con la doctrina de la Corte federal en el precedente "Sosa" (Fallos 324:2153), que dicha accesoria es "una medida de seguridad y no resulta inconstitucional" (fs. 50).

Expresó que esa valuación encontraba respaldo en un análisis puramente exegético de la cuestión, teniendo en cuenta los vocablos empleados por el legislador, ora el de "medida accesoria" en el art. 52 citado, ora la referencia

contenida en el art. 53 siguiente en tanto condiciona la posibilidad de obtener la libertad a que se verifique que el sujeto no constituya "un peligro para la sociedad, lo que viene a coincidir con el fundamento de la accesoria", supuesto además en que "la peligrosidad aparece presumida por la ley y el cese de esta medida, en principio indeterminada, está sujeta a que cumplidos los otros requisitos legales el riesgo para la sociedad desaparezca, de igual manera que en las medidas de seguridad previstas en el art. 34 inc. 1º" (fs. cit. vta./51).

Consideró así que "la reclusión accesoria del art. 52 -como las otras medidas de seguridad- se funda en la peligrosidad del sujeto que ha realizado el injusto" (fs.51); siendo que tal medida "... exige una pluralidad de antecedentes condenatorios que, sumados al nuevo delito cometido, evidencien una excepcional peligrosidad del individuo, previendo la reclusión de seguridad para un sujeto culpable al que además se le ha impuesto una pena fundada en su culpabilidad" (fs. cit. vta.).

El magistrado rechazó por tanto que el instituto lesione el principio de culpabilidad por el acto, "porque tratándose de una medida de seguridad y no de una pena no aparece alcanzada por el principio **nulla poena sine culpa**, que obviamente tampoco abarca a las otras medidas de seguridad reguladas por nuestra ley penal, aunque respecto

de ellas también puede sostenerse [...] que implican una privación de derechos y son vividas por los destinatarios como una fuente de sufrimiento, pero que no las transforma en pena" (fs. 51vta./52).

Aclaró asimismo que contrariamente a lo sostenido por la recurrente, la decisión se hallaba debidamente fundada en cumplimiento de la manda del art. 106 del Código Procesal Penal.

El voto siguiente del doctor Mancini expresó su adhesión al anterior en el entendimiento que ni el art. 52 del Código Penal vulnera normas o principios consagrados en la Constitución nacional -más allá del debate relativo a su naturaleza jurídica que entendió no invocada por la parte- ni el fallo carecía de fundamentación en ese punto (fs. 52 y vta.).

c. A tenor de lo así resuelto, sin perjuicio de lo que pudiera considerarse materia abarcada por la perspectiva desde la cual fue planteada la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en la instancia anterior, asiste razón al recurrente en tanto adujo la arbitrariedad cometida por la casación al apartarse de la doctrina de la Corte federal establecida sobre dicho instituto al fallar la causa "Gramajo" (Fallos 329:3680; del 5 de septiembre de 2006) sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la

posición allí sentada (Fallos: 307:1094; téngase presente que incluso los votos que no suscribieron el de la mayoría se pronunciaron por invalidar la decisión recurrida desde el punto de vista constitucional).

En efecto, la decisión del **a quo** que ahora se cuestiona importó soslayar que al momento de emitirla con sostén en el precedente "Sosa", dicho criterio llevaba tiempo de haber sido abandonado por la Corte federal en el invocado por la defensa caso "Gramajo" al establecer que **"la accesoria 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)"** (considerando 11° del voto de la mayoría con destacado añadido).

Sobre este eje medular del análisis llevado cabo por el máximo Tribunal, el andamiaje argumental que fundamenta la decidida naturaleza punitiva de la mentada accesoria me convence de su validez sustancial, más allá de otras razones que pudiera invocar para alinearme con esa definición (v. mi voto en igual sentido en P. 112.178, sent. del 13/XII/2013). Adquiere aquí también significativa relevancia la circunstancia de que esta Corte haya tenido oportunidad de expedirse en punto a lo que sobre dicha accesoria fue resuelto por la casación en la aludida causa "Solís" -con motivo del recurso de inaplicabilidad de ley articulado por su defensa oficial-, disponiendo, mediante su sentencia de reenvío, que esa instancia debía examinar la cuestión a la luz ahora de la nueva doctrina fijada al respecto (conf. P. 95.853, "Solís, Jorge Manuel. Recurso de casación", sentenciada el 16 de junio del 2013).

En este contexto, cabe resaltar que la explicación dada en la decisión aquí impugnada fue abiertamente desestimada por el voto mayoritario del mencionado fallo "Gramajo" en la inteligencia que si "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 [n]o 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 ... 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" (v. considerandos 9º, 10º y 11º del criterio mayoritario).

Simultáneamente, en el decir también de esa mayoría, la declaración de inconstitucionalidad de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del Código Penal impuesta a Marcelo Eduardo Gramajo se hallaba estrictamente vinculada a los casos derivados de multireincidencia, en los que 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 pareciera excluir -como

consecuencia necesaria- aquellos supuestos de delitos por demás graves. Concluyó entonces que en esa inteligencia "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", el cual consideró claramente evidenciado en ese supuesto, estimando que la violación devenía palmaria (considerando 29°; realzado propio).

Ciertamente, el examen que reclama ese control de constitucionalidad en los términos establecidos -con arreglo a las específicas circunstancias verificadas- requiere que la cuestión sea debatida, examinada y resuelta previamente en las instancias de grado.

Siendo así, corresponde que estas actuaciones vuelvan a la sede anterior a fin que se decida sobre la procedencia de la pena de reclusión accesoria por tiempo indeterminado impuesta a Omar Alcides Basualto (art. 52, C.P.), de acuerdo con lo aquí establecido y las particularidades del caso que deban ser evaluadas.

Por las razones dadas y con el alcance indicado, voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

1. Habré de disentir parcialmente con la opinión expresada en su voto por el doctor Genoud.

En primer término, conforme lo he señalado en otras oportunidades, la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal como accesoria, reviste a mi juicio la naturaleza de una medida de seguridad, atendiendo a los criterios relevantes que la diferencian de la pena, en particular su finalidad y los presupuestos de su procedencia. Me explayaré previamente sobre tal aspecto, pues su desarrollo deviene pertinente para establecer los fundamentos de mi postura en la presente.

Si bien ambos institutos se sirven funcionalmente de la privación de libertad, tal circunstancia meramente contingente no justifica asimilarlos, en tanto sus finalidades permanecen bien diferenciadas. Es de destacar que también diversas medidas administrativas de tipo sanitario o dentro del proceso penal la medida cautelar restrictiva de libertad, emplean también funcionalmente la privación de libertad, sin que ello las identifique con la pena. La medida del art. 52 aplicable a los plurireincidentes tiene por finalidad evitar delitos que amenazan ser cometidos (para lo cual la medida de custodia

de seguridad quita al autor la base de acción para la comisión de delitos) sin que ella guarde relación con reproche alguno ni responda a la culpabilidad del autor, siendo el presupuesto de aplicación el estado de peligrosidad.

Siendo evidente en el derecho contemporáneo el acercamiento entre pena y medida debido a la evolución de ambos institutos, en tanto la pena actual no resulta exclusivamente retributiva debido a la incorporación de un componente de prevención especial, así como una marcada orientación a la resocialización y al tratamiento, las diferencias esenciales entre estos institutos persisten, como bien lo señala el catedrático de la Universidad de Freiburg Wolfgang Frisch (*Frisch, W. "Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem"*, publicado en ZStW. T 102 -1990- p. 343 y sgtes., trad. Patricia Ziffer). De modo tal que en mi opinión la accesoria prevista en el art. 52 del Código Penal no puede incluirse en el concepto de pena.

2. Ahora bien, dicha medida en principio fue prevista en forma general por el ordenamiento penal para las personas imputables plurireincidentes (otra hipótesis diferente se da en el caso de su aplicación en el art. 80 del C.P.), dirigiéndose a un sujeto respecto del cual el régimen ordinario de penas resultó reiteradamente impotente

para ejercer influjo de prevención especial, por lo cual ya no resultaba posible hacer valer a su respecto con el fin de evitar lesiones a bienes jurídicos, aquello que en general resulta suficiente para los demás.

3. De allí que la constatación de los hechos cometidos resulta relevante para la intervención preventiva del autor, que deviene necesaria por haber fracasado otros medios aplicados a él con anterioridad. La expresa mención de la clase de penas aplicadas anteriormente al sujeto que enumeran los dos incisos del art. 52 del Código Penal así lo confirman, en tanto no se refieren a cualquier reincidencia múltiple.

Estas aristas específicas de la medida, que aquí destaco contribuyen al fundamento de su legitimación, en tanto demuestran que los otros medios aplicados no resultaron efectivos para el autor en cuestión, persistiendo ese estado, y justificando que la solución del conflicto entre el derecho del individuo a la libertad y la obligación del Estado de proteger los bienes jurídicos frente a nuevas lesiones se realice por esta vía.

En punto a dicha legitimación también confluye la proporcionalidad de la medida, que frente a ese cuadro resulta razonable -atento la ineficacia de las penas aplicadas, la gravedad de los delitos previamente cometidos y la persistencia del estado proyectado hacia el futuro-,

en tanto resulta una posibilidad realista la repetición de conductas lesivas al derecho, subsistiendo dicha actitud. Debe enfatizarse respecto de la proporcionalidad, que el Código señala que la reclusión es por tiempo indeterminado, lo cual de ninguna manera resulta sinónimo de "perpetua". La medida se encuentra indeterminada **a priori** en su duración, pues debe ser adaptada, como toda medida, por el juzgador según la dinámica de los presupuestos de aplicación y debe ser controlada en cada etapa de su ejecución a tal fin, haciéndola cesar cuando hayan desaparecido los presupuestos que motivaron su aplicación. Así lo confirma el art. 53 que faculta al tribunal a otorgar al imputado la libertad condicional cuando pueda suponerse verosímilmente, de acuerdo a la evolución evidenciada durante el cumplimiento de la medida, que el autor no constituirá un peligro para la sociedad.

Es evidente que cumpliendo tales requisitos propios del estado de derecho, no puede negarse la necesidad de la sociedad de preservarse, debiendo reconocerse la legitimidad del ejercicio de tal función por parte del Estado, restringiendo a tal fin la libertad del sujeto mediante tales medidas, toda vez que la culpabilidad no constituye la única categoría ni título que autoriza legítimamente al Estado a privar a un individuo de su libertad (v.gr., cuarentenas en el ámbito del derecho

administrativo; medidas de seguridad restrictivas de la libertad ambulatoria para inimputables por enfermedad mental en el caso del art. 34 inc. 1º del C.P.).

En definitiva, como sostiene Jorge de la Rúa (*"Código Penal Argentino. Parte General". 2da. Edición. Buenos Aires, Depalma. Año 1997*) en el caso del art. 52 del Código Penal, la medida se condiciona a una ecuación de alta peligrosidad individual (reincidentes habituales), siendo la modalidad de ejecución una privación de libertad (reclusión) indefinida, presentando carácter accesorio y diferenciado de la pena, que permite deslindar lo retributivo de lo asegurativo, teniendo como sustrato de aplicación a la categoría de sujetos peligrosos con la finalidad de remoción de ese peligro.

No resulta un dato menor para esclarecer su naturaleza, considerar que dicha accesoriedad del art. 52 establecida en el Código Penal en su regulación actual y la de sus condiciones de cumplimiento, debe su texto a la ley 23.057 -vigente desde el 13/IV/1984- refiriéndose a ella el miembro informante de la Comisión de Legislación Penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación durante toda su exposición como "medida de seguridad".

4. Hasta aquí he analizado sintéticamente la naturaleza y características del instituto, por lo que ahora me adentraré a su aplicabilidad específica al caso

que nos ocupa.

Entre los planteos de la defensa al impugnar el fallo del tribunal intermedio en primer término se alega la arbitrariedad de la sentencia por no brindar fundamentos pertinentes para apartarse de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otra parte, la defensa refiere que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del Código Penal, debe considerarse derogada del sistema penal argentino, lo que no puede ser compartido pues dicha medida se ha mantenido en distintos supuestos, entre los que destacan las sucesivas reformas al art. 80 del Código Penal, -otro de los casos, como señalé, en que deviene factible su aplicación, aunque diferente al que nos ocupa- que la han mantenido pese a los cambios producidos en su texto, así como en similar sentido, la ley 24.660 menciona expresamente la accesoria analizada como supuesto en el que no procede la libertad asistida regulada en su art. 54.

De allí se deduce con facilidad que dicha accesoria ha mantenido vigencia y ha sido considerada por las regulaciones más modernas incorporadas a nuestro ordenamiento legal. A mayor abundamiento, debe destacarse que esta ley contempla a la accesoria como una medida, diferente de la pena impuesta.

Como bien señala el doctor Genoud en su voto, la

pretensión articulada recién en esta instancia para considerar derogada la accesoria del art. 52 del Código Penal, en los términos en que lo plasmó en su escrito de fs. 68/77 la defensa, resulta fruto de una reflexión tardía bastando para su rechazo tal extemporaneidad en tanto no advierto en el caso razón alguna que me constriña a aplicar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, iniciada a partir del fallo "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/Provincia de Corrientes", afianzada en "Rodríguez Pereyra, Jorge Luís y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios" del 27/XI/2012, liberando de ese modo al planteo sobre constitucionalidad traído a esta instancia de los rigorismos formales que le son inherentes.

En cuanto a la doctrina que puede extraerse del fallo "Gramajo" G.560.XL. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelta el 5/IX/2006 traído en cita por el recurrente, tampoco puede afirmarse sin más que importe una declaración de inconstitucionalidad de la accesoria.

Efectivamente, del voto de la mayoría considerando 29° se desprende: *"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 ... 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". De tal modo, a mi juicio, pueden extraerse dos conclusiones en este punto, primero no puede afirmarse que dicho fallo declare sin más la inconstitucionalidad de la medida, por el contrario, remite a los postulados de razonabilidad y proporcionalidad que describí en el punto 3 como supuestos de legitimación de toda medida, a fin de ser analizados en cada caso concreto y en segundo término destaca que la accesoria prevista por el legislador en la parte especial referida a los homicidios del art. 80 del Código Penal se diferencian de los otros casos mencionados en los incs. del art. 52 que regula la accesoria en la parte general.

5. Siendo así, advierto que el fallo del tribunal intermedio en lo que a dicho planteo se refiere, si bien ha fundado debidamente su postura respecto de la naturaleza y características de la medida del art. 52 del Código Penal, no se ha expedido en el caso puntualmente respecto de la verificación de aquellos extremos que he mencionado en el punto 3 de este voto -entre los que destacan la razonabilidad y proporcionalidad de la medida al caso- con

la totalidad de presupuestos exigibles en el estado de derecho para hacer efectiva la medida aplicable a los plurireincidentes respecto de Omar Alcides Basualto.

Por ello -más allá de las discrepancias sobre la naturaleza jurídica del instituto- coincidido con el doctor Genoud en que se impone determinar en cada situación de plurireincidencia por parte de las instancias intervinientes, todos los extremos que hacen a la legitimación de la medida en el caso y a fin de realizar tal examen considero que las actuaciones debe volver a la anterior instancia.

Con tal alcance voto por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Kogan** e **Hitters**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron también por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Coincido con la solución propiciada por el doctor Genoud y formulo las siguientes consideraciones.

1. He tenido ocasión de señalar "[c]on relación al tópico vinculado con la posibilidad de [que] los jueces decret[e]n de oficio la inconstitucionalidad de dispositivos legales ... lo resuelto por la Corte de Justicia nacional en el precedente 'Mill de Pereyra, Rita Aurora c/ Provincia de Corrientes' del 27/IX/2001

(publicado en 'La Ley', del 5/XII/2001) mediante el cual introdujo una variante en su criterio en orden a la prohibición de la judicatura para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales. Ello así pues la pauta que se desprende, en mi opinión, de la decisión adoptada, sólo resulta operativa cuando previamente haya existido una declaración de inconstitucionalidad de oficio -'pura'- o que la parte lo haya planteado en el recurso extraordinario local -eventual declaración de inconstitucionalidad de oficio 'impura' por solicitud tardía- de modo que la contraparte tenga garantizada la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa -presupuesto ineludible que surge de los votos de los doctores López y Bossert que conformaran la mayoría en el fallo citado- ya sea mediante la interposición del recurso en el primer supuesto o por la presentación de la memoria en el restante, y antes de que esta Suprema Corte conozca de la declaración de inconstitucionalidad decretada o del reclamo incoado en tal sentido" (C. 82.282, sent. del 30/V/2007, entre muchas otras).

Así las cosas, corresponde conocer del planteo del recurrente, pues si bien resulta tardío, cierto es que la contraparte ha tenido la ocasión de ejercer su derecho de defensa (en el caso la vista a la Procuración General).

2. Los antecedentes, así como la petición de la

parte han sido detallados de manera suficiente por la aludida colega, a los que remito por razones de brevedad.

3. Al igual que el señor Subprocurador General, entiendo que cabe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (fs. 86/91 vta.).

4.a. Como puede apreciarse de la mera lectura del recurso interpuesto ante el tribunal intermedio, la defensa cuestionó la carencia en la fundamentación de la desestimación del planteo de inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal por el que se impuso a su pupilo la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en los supuestos de reincidentes múltiples. Fundó su reclamo en la doctrina emergente del citado precedente "Gramajo" y otros del Tribunal de Casación (v. fs. 29/31).

b. En respuesta a ello, el órgano revisor sostuvo que dicha accesoria es una medida de seguridad y no una pena.

En ese entendimiento, resolvió que "... tratándose de medidas de seguridad, y aun cuando éstas también pueden implicar una privación de derechos para el individuo, si bien su aplicación exige que medie un injusto, no se requiere que éste sea reprochable al autor, por cuanto su fundamento no es la culpabilidad por el hecho sino una necesidad de prevención especial sustentada en la peligrosidad, lo que determina que tales medidas sean

admisibles ante la comisión de una acción típica y antijurídica realizada por un sujeto inculpable o inimputable, sin perjuicio de que también pueden aplicarse, como en el caso de la norma que nos ocupa, en supuestos de comisión de un injusto culpable" (fs. 50 y vta.).

Argumentó a esos fines desde un enfoque de la cuestión puramente exegético, atendiendo a los vocablos empleados por el legislador, ora el de "medida accesoria" en el art. 52 citado, ora la referencia contenida en el art. 53 siguiente en tanto condiciona la posibilidad de obtener la libertad a que se verifique que el sujeto no constituya "un peligro para la sociedad[], lo que viene a coincidir con el fundamento de la accesoria", supuesto además en que "la peligrosidad aparece presumida por la ley y el cese de esta medida, en principio indeterminada, está sujeta a que cumplidos los otros requisitos legales el riesgo para la sociedad desaparezca, de igual manera que en las medidas de seguridad previstas en el art. 34 inc. 1°" (fs. 50 vta./51).

En ese discurrir precisó que "... la reclusión accesoria del art. 52 -como las otras medidas de seguridad- se funda en la peligrosidad del sujeto que ha realizado el injusto" (fs. 51); y que tal medida "... exige una pluralidad de antecedentes condenatorios que, sumados al nuevo delito cometido, evidencien una excepcional

peligrosidad del individuo, previendo la reclusión de seguridad para un sujeto culpable al que además se le ha impuesto una pena fundada en su culpabilidad" (fs. 51 vta.).

Descartó asimismo que el instituto en ciernes "... afecte el principio de culpabilidad por el acto, porque tratándose de una medida de seguridad y no de una pena no aparece alcanzada por el principio **nulla poena sine culpa**, que obviamente tampoco abarca a las otras medidas de seguridad reguladas por nuestra ley penal, aunque respecto de ellas también puede sostenerse [...] que implican una privación de derechos y son vividas por los destinatarios como una fuente de sufrimiento, pero que no las transforma en pena" (fs. 51 vta./52).

Por último, sostuvo que "... el fallo aparece fundado pues se mencionaron los distintos pronunciamientos utilizados para acreditar la reincidencia múltiple del acusado y por otro lado el juzgador expuso su interpretación del art. 52 del Código Penal, lo cual abastece sobradamente la exigencia de motivación del art. 106 del Código Procesal Penal" (fs. 52 del voto del doctor Celesia con la adhesión del doctor Mancini).

5. Como lo adelantara, el reclamo principal es procedente, conforme las razones siguientes.

a. Debo señalar inicialmente que la perspectiva

del reclamo por la que se pretende vincular la tesis referida a la derogación virtual de la pena de reclusión del sistema legal argentino con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del Código Penal (v. fs. 76), constituye un matiz novedoso que no formó parte del planteamiento articulado ante la instancia casatoria e importa, por ende, una variación sustancial que torna inaudible ese aspecto del reclamo (doct., art. 451, C.P.P.).

c. Ahora bien, advierto que el desarrollo en que sustenta su postura el tribunal intermedio omite referirse sobre la pertinencia y aplicación de los argumentos invocados por el recurrente a partir del precedente "Gramajo" del máximo Tribunal federal, al contrario, su posición queda en línea con la anterior doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **-in re "Sosa"** (sent. del 9/VIII/2001)- que, precisamente, fue abandonada expresamente en el primero de los fallos mencionados (v. "Gramajo" considerando 30° del voto concurrente de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 9° del voto del doctor Fayt y considerando 2° -por remisión- del voto de la doctora Argibay).

Se ha verificado, entonces, el apartamiento infundado de la doctrina legal de la Corte federal

aplicable en la materia que reclama el recurrente. En efecto, en el voto de la mayoría en el referido fallo "Gramajo", se estableció que 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.

Luego, la declaración de inconstitucionalidad del art. 52 allí establecida se hallaba estrictamente vinculada a los casos derivados de multireincidencia -tal como es el presente-, 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 pareciera excluir -como consecuencia necesaria- aquellos supuestos de delitos por demás graves. Concluyó entonces que en esa inteligencia "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", el cual consideró claramente evidenciado en ese supuesto, estimando que la violación devenía palmaria (v. cons. 29°; destacado añadido).

En este sentido, acuerdo con el colega de primer voto que ese análisis de constitucionalidad en los términos establecidos -con apego a las específicas constancias del expediente- requiere que la cuestión sea debatida, examinada y resuelta previamente en las instancias de grado.

En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la sentencia impugnada y remitir la causa a fin de que la competencia revisora sea ejercida conforme los lineamientos señalados (art. 496 del C.P.P.).

Con las consideraciones efectuadas, voto por la **afirmativa.**

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General -por mayoría de fundamentos-, se resuelve:

I. Hacer lugar -parcialmente- al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Defensor Oficial a favor de Omar Alcides Basualto.

II. Remitir los autos al Tribunal de Casación a fin de que, por donde corresponda, se proceda a resolver sobre la procedencia de la imposición de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal, con arreglo a las particularidades del caso que deban ser evaluadas, en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Gramajo; Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa (causa 1573) -G.560.XL-" (doct. art. 496, C.P.P.).

Regístrese y notifíquese.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario