

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 18288/03 STJ

SENTENCIA Nº: 169

PROCESADO: ANDRADE RODOLFO ALFREDO

DELITO: ROBO CON ARMAS

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 12-11-03

FIRMANTES: BALLADINI - SODERO NIEVAS - LUTZ EN ABSTENCIÓN

///MA, de noviembre de 2003.-

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Víctor Hugo Sodero Nievas y Luis Lutz, con la presidencia de este último y la asistencia del señor Secretario doctor Francisco Antonio Cerdera, en las presentes actuaciones caratuladas: "ANDRADE, Rodolfo Alfredo s/Robo con armas s/ Casación" (Expte.Nº 18288/03 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., planteándose la siguiente:-----

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:-----

-----1.- Mediante sentencia Nº 14, de fecha 14 de marzo de 2003, la Cámara Tercera del Crimen de General Roca resolvió -en lo pertinente- condenar a Rodolfo Alfredo Andrade, como autor del delito de robo con armas, a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 45, 166 inc. 2º, 12 y 29 inc. 3º C.P.).-----

----- También le impuso, en carácter de pena única comprensiva de ésta y de las aplicadas en los expedientes Nº 7388 del Juzgado Nº VI, Nº 3954 de la Cámara Primera en lo Criminal (y sus acumuladas Nº 3476-CC1ª, 738-CC2º, 545, 534 y 535-CC3ª), Nº

4068 de la CC1ª y N° 2286 de la CC2ª, la de treinta y tres años de prisión, accesorias legales y pago de las costas (arts. 55, 58, 12 y 29 inc. 3º C.P.).- - - - -

-----2.- Contra lo decidido la defensa interpone recurso de

///2.- casación, que fue concedido parcialmente por el a quo y por este Superior Tribunal.- - - - -

-----3.- El expediente queda por diez días en Oficina para su examen por parte de los interesados, plazo en el cual el señor Procurador emite su dictamen, en el que propicia el rechazo del recurso. Realizada la audiencia prevista por los artículos 434 y 437 del Código Procesal Penal, los autos quedan en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - -

-----4.- El casacionista alega una errónea aplicación de la ley sustantiva, en el caso, el art. 55 del Código Penal, toda vez que éste impide que se exceda el máximo legal de la especie de pena que se trate, que es de 25 años para la de prisión. Sostiene esto pues la parte especial del código de fondo no contiene figura alguna que supere esa cantidad, y agrega que la interpretación contraria supondría consagrar la incongruencia de que el condenado a pena de prisión perpetua podría obtener su libertad condicional antes que quien lo fue a una divisible, como en el sub examine. Cita doctrina en apoyo de su postura y, en definitiva, solicita que se case la sentencia y se imponga la pena única de veinticinco años de prisión.- - - - -

-----5.- El agravio propone la discusión respecto del límite máximo de las sanciones de prisión temporal, en disconformidad con el fallo en tratamiento que supera el límite mencionado, con fundamento en la vigencia de la ley 23077 (Adla, XLIV-C, 3677).- - - - -

----- Tal ley incorpora a la parte especial del código penal la nueva normativa referida a los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, entre la que se

///3.- encuentra una agravante genérica -art. 227 ter- que establece que "el máximo de pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional". Según dicha agravante, el maximun legal de la pena de prisión ya no es de veinticinco años, en conformidad con la pena máxima prevista por el art. 79 del Cód. Penal, sino que ascendió de modo significativo. Destaco, verbigracia, que aplicando la agravante al delito de homicidio simple su pena podría llegar a treinta y siete años y seis meses de prisión -veinticinco años más doce años y seis meses, que es su mitad, es igual a treinta y siete años y seis meses-. También la ley 23077 aumenta la pena para el delito de

rebelión -art. 226 C.P.-, que contiene una sanción máxima de veinticinco años de prisión, por lo que, al aplicarle la agravante del artículo 235, la eventual pena máxima se elevaría hasta alcanzar los cincuenta años.- - - -

----- El juzgador entiende factible, entonces, con fundamento en tal legislación, arribar a una pena unificatoria de otras superior a los veinticinco años, por remisión de los artículos 55 y 58 del Código Penal -concurso de delitos y unificación de penas- a la normativa de la parte especial del código de fondo.- - - - -

-----6.- Tal interpretación no es compatible con el sistema de nuestra legislación penal, toda vez que la superación del límite de los veinticinco años trastoca los regímenes de la libertad condicional (artículo 13 C.P.), la escala penal de la tentativa (art. 44, segundo y tercer párrafo, C.P.), modifica las reglas punitivas de la participación criminal

///4.- en relación con el cómplice secundario (art. 46, C.P.) y eleva a magnitudes inadmisibles la prescripción de las penas divisibles (art. 65 inc. 3º id.). Lo mismo ocurre con las penas de inhabilitación absoluta (20 ter del C.P.) y especial (id.), en cuanto al tiempo de rehabilitación.- - -

----- En todos los institutos mencionados, dicha superación podría transformar en menos gravosa una pena de prisión perpetua que otra determinable, "... contrariando expresamente la diferencia conceptual que media entre una y otra categoría, corroborada ampliamente en la legislación penal. Va de suyo que una pena que se denomina perpetua no puede ser cuantitativamente inferior a una pena divisible, pues de su misma conceptualización se desprende que se pretende imponer a perpetuidad, es decir por toda la vida del condenado, sin perjuicio de las limitaciones que se encuentra en el instituto de libertad condicional" (ver Julián Horacio Langevin, "¿Treinta años de prisión? Sobre la duración máxima de las penas temporales de prisión y reclusión en el concurso material de delitos", en LL. 1997-B, 887).- - - - -

-

----- No empece a tal razonamiento aquél que intenta resolver la cuestión referida a la libertad condicional considerando cumplido el requisito temporal para peticionarla cuando hayan transcurrido los veinte años exigidos para la prisión o reclusión perpetua. Tal conclusión no tiene fundamento legal, con lo que se trataría de una fundamentación dogmática.- - - - -

----- Además, aunque es cierto que se puede arribar a tal conclusión luego de una interpretación analógica, in bonan

///5.- partem, ésta -de todos modos- sólo permitiría igualar las consecuencias jurídicas

para obtener la libertad de quien fuera condenado a una pena perpetua con aquel que lo fuera a otra divisible, con lo que la diferencia conceptual antes referida tampoco es respetada.- - - - -

-----7.- En este orden de ideas, destaco la convicción de que el ordenamiento jurídico no es un catálogo abstracto de casos contemplados por el legislador, sino que es una estructura totalizadora de normas que deben armonizarse entre sí. Es tarea de los jueces consagrar la mejor inteligencia, que suponga tal ordenamiento "... como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada una de sus partes se establece en armonía con las restantes -no de modo aislado-, siempre evitando \darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto\ (Fallos, T. 1, pág. 300)" (conf. in re "GUTIERREZ", Se. 48/03).- - - - -

----- Sumo también a lo anterior que la interpretación contraria, además de ser incompatible con la estructura del código penal, por la magnitud de la ampliación punitiva que admite -hasta cincuenta años de prisión- y en relación con la duración de vida de un hombre, consagra una pena inusitada, en violación de la prohibición contenida en el artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con jerarquía constitucional -art. 75 inc. 22 CN.-.- - - -
- - - -

----- Quiero poner en evidencia que, para la aplicación de penas, nuestra legislación no sigue el sistema de

///6.- acumulación material o aritmética, "... sino que se aproxima más al sistema de mínima suficiencia, que al de los modelos retribucionistas. Por lo tanto, si frente a nuestro Derecho resulta posible sostener la razonable máxima según la cual un penado no debe beneficiarse por la comisión de un nuevo delito, en cambio no se puede afirmar que en todos los casos el nuevo hecho delictivo producirá una agravación de su situación penal anterior... Esta es la orientación político penal de lo que nuestra ley llama \reglas precedentes\, cuya vigencia confía al procedimiento jurisdiccional regulado por el artículo 58, más allá de los requerimientos retribucionistas..." (voto del Dr. Ouviaña en el fallo plenario "HIDALGO", JPBA, T. 71, p. 193).- - - - -

----- Es que la suma de una pena privativa de libertad "... puede llegar a cantidades tan desproporcionadas con la duración de la vida de un hombre, que entrañan una hipócrita imposición de penas perpetuas. Hemos visto en el extranjero, sujetos de bastante edad condenados a noventa años de prisión. La ley penal debe ser honesta: ¿eliminación?

¿corrección?" (Soler, 2, 363, bastardillas en el original). Para tales supuestos extremos es imposible dejar de recordar aquellas palabras de Ricardo Nuñez: "solo deben castigarse aquellas acciones que violan o tienden a violar derechos ajenos, cuando estos no se pueden asegurar de otra manera y el castigo no implique mayor daño que la impunidad" (Núñez, "El delito como Instituto Jurídico", en las "Conclusiones de las Jornadas Patagónicas de Mediación Penal", San Carlos de Bariloche, 9 al 11 de octubre de 2003).- - - - -

----- En este orden de ideas, en "el entendimiento de que ///7.- la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la '\última ratio\' del sistema pues '\la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador...\' (ver in re "ROUMEC", Se. 98/03), y de nuevo en deuda con Julián H. Langevin, cuyo comentario doctrinario cité supra, sostengo que la agravante del artículo 227 ter se encuentra incorrectamente ubicada en la parte especial del código de fondo pues por su naturaleza es de tipo genérico, similar a la de los artículos 20 bis, 22 bis y 41 bis del Código Penal.- - - - -

----- Por lo tanto, por ser una norma general, se encuentra limitada por el artículo 55 íd., que -para poder determinar el máximo de pena- no podrá remitirse al artículo 227 ter dado que "... en rigor no constituye una norma de la parte especial, las que por definición fijan conductas delictivas y establecen las correspondientes penas. Recuérdese aquí que de manera uniforme siempre se entendió que el '\maximun\' punitivo estaba derivado a la parte especial y las leyes complementarias, atendiendo al hecho de que las penas en concreto y las correspondientes acciones delictivas siempre se fijaban en esos lugares. La mera circunstancia de que la norma fue... ubicada en la parte especial no la convierte en una norma de esa naturaleza, al menos sin grave afectación de la estructura jurídica que ostenta. Traslademos cualquier norma de la parte general, como por ejemplo los artículos 20 bis, 22 bis y 34, y obtendremos el mismo resultado, ya que nadie se atrevería a decir que su naturaleza es una disposición de la parte especial. Por ello sigue siendo válida la remisión a la parte especial en tanto y en cuanto

///8.- se trate de una norma de esa naturaleza".- - - - -

----- Así, debe ser casada la resolución recurrida, en cuanto impone una pena de treinta y tres (33) años de prisión, toda vez que excede así el máximo legal permitido por la normativa de fondo, con lo que violenta el principio de legalidad de los delitos y de las penas garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y la interdicción de

penas inusitadas prescripta por el artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con rango constitucional.- - - - -

----- Por ello propicio al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la sentencia en tratamiento en el punto sometido a consideración -punto 2 del resolutorio- e imponer a Rodolfo Alfredo Andrade, en carácter de pena única, comprensiva de ésta y de las aplicadas en los expedientes N° 7388 del Juzgado N° VI, N° 3954 de la Cámara Primera en lo Criminal (y sus acumuladas N° 3476-CC1ª, 738-CC2ª, 545, 534 y 535-CC3ª), N° 4068 de la CC1ª y N° 2286 de la CC2ª, la de veinticinco (25) años de prisión -en consideración a las pautas contempladas por los artículos 40 y 41 C.P.-, accesorias legales y pago de las costas (arts. 55, 58, 12 y 29 inc. 3º C.P.). MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:- - -

----- Adhiero a lo sostenido por el vocal preopinante y agrego:- - - - -
- - - - -

----- El estado liberal es aquél cuyas leyes prefijan con todo rigor el ámbito posible de la pena, y el primer límite, el más firme, es el que proviene de la consideración de la persona humana (Soler, "Bases ideológicas de la Reforma
///9.- Penal", 1960, p. 32).- - - - -

----- La pena de prisión que supera los veinticinco años incide inevitablemente en la individualización de la pena y tiene implicancia sobre el régimen de reincidencia genérica del artículo 50 del código de fondo, así como también sobre el tratamiento penitenciario y su progresividad hasta alcanzar la libertad condicional (conf. Creus, "Código Penal. Parte General", 492/499).- - - - -

----- A partir de la garantía de un derecho penal de actos (arts. 18 y 19 C.N.), nada mejor que remitir al trabajo de Roxin ("Sentido y límites de la pena estatal", p. 29/30) para concluir que "la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad; no puede consentirse el abuso del poder del Estado para imponer una pena que vaya mas allá de un modelo de prevención general o especial; esto impide que se utilicen consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reproche por parte del Estado. Es decir autolimitar al mínimo su intervención penal frente al ciudadano; sin perjuicio de disminuir o eliminar la respuesta penal si fuere mejor".- - - - -

----- Volviendo a Welzel ("Derecho Penal Alemán. Parte General", 11ªed., págs. 243 y 351/354), "[n]o es suficiente para aclarar el sentido de la pena, como un mal merecido por la violación culpable del derecho, cuando la ejecución del mal hace al condenado

peor de lo que era".- - - - -

----- Esta frase se reactualiza frente a la degradación del sistema penitenciario, que no puede ser desconocida por los integrantes del tribunal a quo, atento a la serie de pronunciamientos referidos a la situación de restricción de

///10.- la libertad de condenados y procesados en nuestra provincia. Me refiero específicamente a la serie de fallos de este Superior Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones sobre detención domiciliaria, su vínculo con disposiciones constitucionales y supraconstitucionales, para encontrar una solución acorde con la problemática advertida (ver "GUTIÉRREZ", Se. 48/03).- - - - -

----- Entiendo que en dichos fallos se exponían las herramientas de interpretación como para sortear la solución a la que arriba la mayoría y mantener así el tope máximo histórico para la especie de pena de prisión. Tales herramientas se encontraban "al alcance de la mano", al igual que la perspectiva del desolador panorama que ofrece hoy el sistema penitenciario.- - - - -

----- Según Bacigalupo ("Código Penal. Parte General", págs. 168 y ss.), el principio de culpabilidad tiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal; por un lado condiciona el sí de la pena, y por otro el quantum correspondiente.- - - - -
- - - - -

----- Dicho con otras palabras: sólo es punible el actuar si se ha obrado culpablemente, y la gravedad de la pena que se aplique debe ser equivalente a esa culpabilidad. Aunque se admiten críticas a este principio, es el único con fundamentos en normas constitucionales y tratados (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 C.N.) e impide quebrar el principio de proporcionalidad o compensar las necesidades de prevención general o especial, es decir, permite evitar penas inhumanas. Cabe advertir que la resocialización es sólo un postulado (18 C.N.) y que el sistema vigente (24660) ha

///11.- superado el viejo esquema hispánico-americano de la personalidad. Y si bien el sistema de la culpabilidad no es perfecto, nos limita para no retroceder en el tiempo hacia esquemas personalistas y peligrosistas "como que el Estado practique un balance general de la vida del autor" (conf. Bacigalupo, "Principios Constitucionales del Derecho Penal", p. 257/266). Ésta parece ser la tesis implícita del tribunal de grado, que en nada contribuye a racionalizar el jus punendi ni a mirar la resocialización como un objetivo, sino que se aleja del sistema imperfecto o incompleto -pero suficiente- de individualización de pena con topes infranqueables. Ejemplos de esa racionalización se dan en la jurisprudencia señera de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y en

muchos trabajos doctrinarios, en los supuestos de concursos de delitos (Julio C. Alvarez Suriani, "Concurso material de delitos con penas 'alternativas' o 'paralelas'. Sistema aplicable" en LL 1979-B, 1017), en relación con los artículos 54, 55 y 56 del Código Penal (Roberto Vázquez, "El concurso de circunstancias calificantes", LL 1997-E, 916; Jorge A. Sandro, "El virtual oscurantismo del concurso de delitos", en LL 1998-B, 789; Nelson R. Pessoa, "Concurso de delitos", p. 75 y ss., etc.). Todos ellos son demostrativos del renovado interés por encontrar nuevos límites en vez de violentar las fronteras, que tenían como tope máximo la pena de veinticinco años de prisión.- - - - -

----- Además, la victimología ocupa hoy un espacio en la dogmática penal creciente y prevalente que obliga a evolucionar sobre el sentido y fin de las penas hasta

///12.- alcanzar el máximo posible de reparación y dignidad humana.- - - - -

----- Agrego a lo anterior que la influencia del sistema anglosajón, y específicamente de Estados Unidos de América, sobre la posibilidad de acumular aritméticamente las penas privativas de libertad, debe entenderse dentro de un sistema de enjuiciamiento que responde a principios muy distintos, tanto por la función del Juez, del Fiscal y del Jurado, como por la admisión o concertación de fórmulas de negociación de la pena en los más diversos delitos y aun de la pena de muerte (ver Alejandro Carrió, "El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los EEUU", págs. 81 y ss.), por lo que es un ordenamiento con principios ajenos a nuestra tradición jurídica y contrario a lo establecido por el Pacto de San José de Costa Rica. MI VOTO.- - - - -

El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 127 y vta. de las presentes actuaciones por el señor Defensor General doctor Miguel Salomón.- - - - - Segundo: Casar el punto 2 de la parte resolutive de la

----- sentencia N° 14/03 de la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca (fs.

109/114 y vta.) e imponer a Rodolfo Alfredo Andrade, cuyos demás datos filiatorios obran

///13.- en autos, en carácter de pena única, comprensiva de ésta y de las aplicadas en los expedientes N° 7388 del Juzgado N° VI, N° 3954 de la Cámara Primera en lo Criminal (y sus acumuladas N° 3476-CC1ª, 738-CC2ª, 545, 534 y 535-CC3ª), N° 4068 de la CC1ª y N° 2286 de la CC2ª, la de veinticinco (25) años de prisión -en consideración a las pautas contempladas por los artículos 40 y 41 C.P.-, accesorias legales y pago de las costas (arts. 55, 58, 12 y 29 inc. 3º C.P.).- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

ANTE MÍ: FRANCISCO A. CERDERA - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 7

SENTENCIA N°: 169

FOLIOS: 1226/1238

SECRETARÍA: 2