

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22255/07 STJ

SENTENCIA Nº: 4

PROCESADO: CALVO CRISTIAN ENRIQUE

DELITO: ROBO EN GRADO DE TENTATIVA

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 12-02-08

FIRMANTES: LUTZ – BALLADINI – SODERO NIEVAS EN ABSTENCIÓN

///MA, de febrero de 2008.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Luis Lutz, Alberto Ítalo Balladini y Víctor Hugo Sodero Nievas, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “CALVO, Cristian E. y RÍSOLI, María E. s/Robo agravado y portación de arma respectivamente s/Casación” (Expte.Nº 22255/07 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 438 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-----

#### CUESTIÓN

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

#### VOTACIÓN

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

-----1.- Mediante sentencia definitiva Nº 26, de fecha 30 de mayo de 2007, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de esta localidad resolvió -en lo pertinente- condenar a Cristian Enrique Calvo a la pena de un año de prisión con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en forma efectiva, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, con accesorias legales y costas (arts. 164, 42 y 52 C.P.)-----

-----2.- Contra lo decidido, el señor Defensor General doctor Marcelo Chironi, en representación de Cristian Enrique Calvo, dedujo recurso de casación, que fue declarado

admisibles por el tribunal de grado inferior y por este Cuerpo, por lo que se dispuso que el expediente quedara por ///2.- diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados. A fs. 487/492, la señora Procuradora General emitió su dictamen, en el que propicia el rechazo del recurso de casación por los argumentos desarrollados por la defensa, pero propone que este Superior Tribunal de Justicia corrija de oficio la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado impuesta en los términos del art. 52 del Código Penal, norma que ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “GRAMAJO”, del 5 de septiembre de 2006. En tal entendimiento, afirma que la aplicación de tal accesoria lesiona los principios de culpabilidad y non bis in ídem, de modo que debe adecuarse la parte pertinente del fallo.- - - - -

-----3.- El casacionista ataca la sentencia sub exámine alegando que en ésta no se ha valorado la totalidad de las pruebas producidas y agregadas en autos, lo que trae como consecuencia una errónea o contradictoria interpretación de los hechos, que a su vez deriva en una errónea aplicación de la ley sustantiva.- - - - -

----- También critica lo resuelto sosteniendo que la certeza condenatoria se funda en prueba indirecta, y agrega que no es lógico que “un sujeto haya ingresado a una vivienda con intenciones de sustraer elementos de su interior, provocando un gran desorden dentro y preparando elementos para llevarse, haya salido nuevamente hacia fuera con las manos vacías, para luego ser descubierto por una persona abandonar sus intenciones de cometer el ilícito y establecer que tal accionar implicó un intento frustrado de producir el ///3.- ilícito” (fs. 471).- - - - -

----- Además, afirma que, a su entender, el a quo ha interpretado de manera inadecuada los dichos de los testigos. En este sentido, aduce que la Cámara omitió valorar prueba aportada por la defensa respecto de la contextura física de Calvo en comparación con la de su consorte de causa, María Eugenia Rísoli. Afirma que ésta sí podría ingresar por el ventiluz violentado y que reconoció en su indagatoria la autoría del hecho, lo que, sumado al informe del Cuerpo Médico Forense, no deja dudas acerca de su ingreso en el lugar.- - - - -

----- Luego ataca la actuación policial por haber ingresado a la vivienda donde detuvieron a Calvo sin orden de allanamiento y por la sola instancia de un menor de 11 años, sin que se hayan dado, a su modo de ver, las condiciones establecidas en el art. 211 del Código Procesal Penal. Señala que los uniformados entraron en el domicilio del padre de la pareja de Calvo, lo detuvieron y secuestraron evidencia supuestamente

incriminatoria (fs. 12 a 16), con lo que violaron el derecho constitucional del debido proceso.-

----- Asimismo, alega que no existe prueba o indicio alguno que permita inferir que Calvo ingresó en el domicilio y preparó las cosas para llevárselas, y que tampoco se encontraron sus huellas dentro de la vivienda. Finalmente, asevera que se le ha vedado a su defendido el principio contenido en el art. 4º del rito –in dubio pro reo- y que la inadecuada interpretación del material probatorio y la equivocada versión de los hechos resultan en una errónea aplicación de los principios establecidos en el art. 369 del ///4.- Código Procesal, en especial en lo que hace a la logicidad del razonamiento utilizado en la sentencia, lo que conlleva a una errónea aplicación de la ley penal.- - - -

-----4.- En su dictamen, la señora Procuradora General reseña inicialmente las argumentaciones de la defensa y adelanta su criterio de que sus planteos no pueden ser acogidos favorablemente, puesto que de los fundamentos dados por el sentenciante no surge la falta de razonabilidad invocada, como así tampoco carencias o deficiencias que permitan considerarlo inválido en los términos de los arts. 375 inc. 3º, 369, 110 y cdtes. del rito y 200 de la Constitución Provincial. Afirma que, si bien en su declaración indagatoria (fs. 63/64) la coimputada de Calvo (Rísoli) dio una versión que intenta desvincular a su pareja del hecho, reconoció su ingreso en el inmueble y respondió de manera negativa respecto de si se llevó algo del interior de la vivienda (lo cual coincide con la calificación dada por la Cámara), a lo que debe sumarse que el imputado fue sorprendido merodeando y luego en el interior de la vivienda del damnificado (fs. 436 vta. in fine). Posteriormente señala que las características fisonómicas aportadas por los testigos, aunadas a la conclusión de que no terminó de completar su quehacer delictivo porque una vecina se lo impidió, son conclusiones a las que el sentenciante ha arribado sobre la base de argumentos sólidos que permiten desestimar la existencia de arbitrariedad, de modo que los planteos defensistas sólo quedan dentro de la esfera de lo opinable. En apoyo de su dictamen, cita jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia.- - - - - ///5.-- En cuanto a la crítica esbozada respecto de la actuación policial en el caso, se trataría de una cuestión preclusa no esgrimida en la etapa pertinente, a lo que se suma que la parte no alega cuál sería el vicio que afectaría sus intereses ni demuestra su perjuicio. En este punto, remite a fallos relacionados emanados de este Cuerpo (Se. 68/03, 143/06, 166/06), por lo que concluye que debe rechazarse el agravio.- - - - -

----- Sin perjuicio de lo antedicho, la titular de los Ministerios Públicos estima que debe

corregirse de oficio parte de la resolución en crisis. En este aspecto, afirma que no se debe aplicar al condenado la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en forma efectiva, prevista en el art. 52 del Código Penal, en virtud de que dicha normativa ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia (“GRAMAJO”, DEL 05-09-06) y su aplicación implicaría lesionar los principios de culpabilidad y non bis in ídem. Por ello, a su criterio se debe decretar la inconstitucionalidad de la accesoria de tal art. 52 y, por vía del art. 439 del Código Procesal Penal, adecuar la parte pertinente del fallo.-----

-----5.- Cristian Enrique Calvo ha sido condenado por un hecho sucedido el día 9 de mayo de 2006, en un horario anterior a las 10:15 hs., circunstancias en que ingresó en la vivienda perteneciente a José Pablo Martín Herrero, ubicada en la calle Del Caranday N° 1248 de esta localidad. El sentenciante modificó la calificación legal por la que llegó requerido a juicio –robo con escalamiento- por la de robo simple en grado de tentativa, al entender que no///6.- existió el escalamiento que se le había imputado. También tuvo por acreditado durante el debate oral que la intención de robo no llegó a consumarse por circunstancias ajenas a Calvo.-----

----- Para llegar a tal extremo de certeza, la Cámara valoró los dichos brindados en audiencia de debate por la señora Olga Amalia Asaroff, quien relató que su casa linda con la vivienda mencionada, que Calvo se encontraba en el lugar y que en un primer momento pensó que era un albañil que estaba trabajando allí, pero que luego decidió llamar a la policía en virtud de que su presencia le despertó ciertas sospechas. En debate afirmó haber visto cómo Calvo se retiraba rápidamente del lugar, mas no advirtió que llevara algo en las manos. También recordó que el día de los hechos el hoy condenado tenía un ojo morado y reconoció durante la investigación judicial la ropa con la que estaba vestido –un buzo bordó y un gorro negro- ( fs. 122).-----

----- La Cámara valoró además el testimonio de Irma Haydée Córdoba, incorporado por su lectura, quien describió la presencia en el barrio de un persona con la misma vestimenta y descripción física que el condenado (un ojo con moretón), ese día cerca de las 10:00 hs., y lo identificó en el reconocimiento en rueda de personas como así también la ropa que le fue oportunamente exhibida (fs. 74 y vta y 123).--

----- De igual modo, la víctima de autos –Herrero- manifestó en instrucción que encontró el ventiluz roto, y describió la existencia de una pileta del lado exterior de la vivienda y otra del lado interior y un desorden generalizado en la habitación.-----

----- ///7.-- Asimismo, el a quo ha sumado las fotografías efectuadas

por el gabinete de criminalística, incorporadas a fs. 101, con las cuales se establece la distancia existente desde el lugar de ingreso hasta el piso -1,70 m-, como así también se observa el vidrio del ventiluz violentado, para luego afirmar que “... los testimonios ponen en evidencia que Calvo estaba merodeando, estableciendo el sentenciante que al ser sorprendido, luego de iniciar el iter criminis sorprendido por Asaroff le impiden seguir con su propósito, cuya presencia impidió su cometido original, yéndose del lugar del hecho sin llevarse nada. Cerca del lugar y próximo en el tiempo, personal policial detiene a Calvo, quien no opone

resistencia, descartando la versión dada por Calvo, respecto a que había llegado al lugar donde vivía su '\suegro\' en un horario distinto al del hecho (diferencia de 15 minutos)...”. Ha dado así las razones por las que tuvo por probado el hecho imputado a Calvo.-----

----- En mérito a ello, la Cámara entendió que la conducta que se le reprochó a Calvo se subsume en la figura legal de robo simple en grado de tentativa y no en robo con escalamiento, como llegó requerido a debate, al entender que las piletas existentes a la altura del lugar elegido para el ingreso en la vivienda no son un obstáculo que implique tener que superar una defensa mayor a la normal.-----

----- Asimismo, de las declaraciones prestadas en debate y valoradas de manera conjunta con el reconocimiento positivo en rueda de personas, claramente surge un indicio de la presencia de Calvo, quien intentó mejorar su situación procesal al prestar declaración indagatoria -fs. 68 y vta., ///8.- incorporada por lectura-, cuando afirmó que “... llegaron a la casa de su suegro el papá de Rísoli y el dicente se quedó ahí y ella salió a comprar en bicicleta, que es gris cromada. Que se quedó esperándola con el hermano de ella que estaba jugando a la computadora. Que en un momento llegó al policía y ahí le dijeron que los acompañara...”.- -----

----- Este argumento de descargo no sirve para tal fin en virtud de que los dichos de Calvo no han sido acompañados por ningún elemento probatorio que dé sustento a su versión, la que además se contrapone con los firmes testimonios analizados supra, lo que constituye un claro indicio de mala justificación. Además, con la sustancial prueba de cargo ventilada en debate, el a quo descartó la referencia a la diferencia horaria alegada -quince minutos entre el momento de los hechos investigados y su pretendida presencia en la casa de su suegro, donde fue detenido por parte del personal policial.- - -----

----- En lo que hace a la crítica de la selección probatoria efectuada por el a quo, he de

recordar que es reiterada la doctrina de este Cuerpo que establece que el juzgador no está obligado a valorar la totalidad de los medios probatorios, sino los que considere útiles y oportunos para determinar la verdad de los hechos. En este sentido, se ha afirmado: “El tribunal de mérito es libre en cuanto a la elección y análisis crítico de los elementos de prueba y en la determinación de los hechos que con ellas se demuestran. Su valor no está fijado, ni determinado...” (CNC Penal, Sala III, 08-10-00, “NOVOA”, LL 2000 - F, 911, citada en Se. ///9.- 114/03 STJRNSP, entre otros).- - - - -

----- Asimismo, este Cuerpo ha sostenido que “... no son arbitrarios los fallos que evalúan razonablemente la prueba acumulada o adoptan una entre varias interpretaciones, cualquiera sea su acierto o error, sino aquéllos que se apartan palmaria y manifiestamente de la ley o de la solución aplicable al caso (ver Néstor P. Sagüés, Derecho Procesal Constitucional, Tº II, págs. 186/187, y las citas correspondientes de fallos de la CSJN). Así también se manifiestan Augusto Morello y Ramiro Rosales Cuello (en ‘Sentencias arbitrarias, control, panorámica general. En la ruta de la Corte’, publicado en DJ del 18-05-05), en tanto sostienen que ‘... la ponderación de la prueba no resulta de por sí una opción judicial arbitraria, si hay coherencia y lógica atendible en esa tarea de análisis y selección (Fallos: 310:1395; 317:439, Dictamen del procurador Fiscal, doctor Felipe D. OBARRIO, que el Tribunal hizo propios, in re «G.M.A. c. P. J.R.», 28/9/2004)’” (voto del doctor Lutz en Se. 84/07 STJRNSP).- - - - -

----- En cuanto al agravio que cuestiona el ingreso del personal policial a la vivienda en la que fue detenido Calvo, he de coincidir con lo afirmado por la Señora Procuradora respecto de la preclusión del planteo defensorista, pues no fue formulado de manera oportuna en la etapa pertinente (arts. 162 sgtes. y ccdtes. C.P.P). Tampoco advierto en autos que la defensa haya hecho referencia a ello durante los alegatos efectuados en debate, como así tampoco que haya dado motivos respecto de la magnitud de la afectación de los intereses de su///10.- representado y su eventual perjuicio, por lo que el agravio no puede ser considerado tal en estos términos.- - -

----- A todo evento, Washington Ábalos (Derecho Procesal Penal, Tº II, pág. 454) señala que el allanamiento sin orden “es el supuesto de que se ponga en conocimiento de la autoridad policial (aunque no por denuncia propiamente dicha) que fueron vistas personas entrar en una morada (o en cualquier otra propiedad) con el aparente propósito de cometer un delito. Ante ello, la función preventiva de la norma – art. 211 inc. 2 del C.P.P.- permite la actuación policial a los fines de evitar la perpetración del ilícito,

siendo el allanamiento la medida preliminar del proceso a iniciarse”.- - - - -

-----  
----- En la presente, los extremos fácticos validan lo actuado por la comisión policial, ya que el ingreso en el inmueble tuvo como uno de sus motivos lo manifestado por un menor -Ignacio Arias-, quien ante las preguntas de los policías intervinientes manifestó que Calvo se encontraba en la cocina de la vivienda y, ante la solicitud policial, éste salió y se entregó.- - - - -

----- Sabido es que en los casos de emergencia –como el presente- la policía no necesita orden judicial ni debe esperar el consentimiento del interesado para entrar en la morada. Así, el inc. 2º del art. 211 del rito dice que “... la policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando:... Se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local con indicios manifiestos de ir a cometer un delito” (conforme Se. 40/04 STJRNSP).- - - - - //11.-- Por otra parte, llegado a este punto advierto que mal puede pretender el casacionista la aplicación al caso de lo preceptuado en el art. 4º del código adjetivo -“in dubio pro reo”-, cuando de la sólida fundamentación de la sentencia no surge que el a quo haya tenido algún motivo de duda que la habilite (conf. Se. 53/98, 36/01 y 55/06 STJRNSP).- - - - -

----- Asimismo, la apreciación de la prueba realizada por el juez de los hechos no se puede atacar valiéndose de tal principio. Eberhard Schmidt sostenía: “... Si el tribunal reputa probado el delito y hace conocer que no quedan dudas sobre los hechos que fundamentan la condena, en la casación no se puede invocar que el tribunal tuvo dudas o que debió aplicar el principio ‘in dubio pro reo’” (Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal, Ed. Lerner, págs. 212/213). Entonces, resulta estéril la mera invocación de supuestas violaciones del principio invocado, la pretendida absurdidad en la valoración de la prueba y la arbitrariedad en la resolución del sentenciante, toda vez que el discurso de la defensa está desprovisto de los elementos indispensables que le permitan demostrar la razón que pregona.- - - - -

----- A partir de lo antedicho y analizada la sentencia condenatoria atacada, no logro observar la falta de razonabilidad y la arbitrariedad en las que habría incurrido el sentenciante, según alega la defensa, dado que la construcción lógica del fallo no presenta las deficiencias señaladas y se basa en una prolija selección del material probatorio que culmina con la declaración de culpabilidad, //12.- merced a un juicio

racional sólido que no merece cuestionamientos.- - - - -

-----6.- Ingresando en el tratamiento de lo referido a la inconstitucionalidad de oficio de la norma sustantiva (art. 52 C.P.), he de recordar lo que he afirmado en el precedente “FRANK DE MENEGAS” (Se. 100/01): “... Mucho se ha dicho y escrito en el orden nacional acerca de la posibilidad que podrían tener los Tribunales de declarar inconstitucionalidades de oficio, destacándose importantes opiniones en favor y en contra de la misma. Sin embargo, ante la especial situación que se da en la normativa constitucional local, habré de subrayar que la discusión que antes señalé quedará para aquella órbita, atento a que aquí la cuestión se encuentra definitivamente zanjada en favor de la viabilidad de la declaración de oficio, ya que la Constitución Provincial establece en su artículo 196: \Corresponde al Poder Judicial el ejercicio exclusivo de la función judicial. Tiene el conocimiento y la decisión de las causas que se le someten. A pedido de parte o de oficio, verifica la constitucionalidad de las normas que aplica...\”.-

- - - - -

----- En este sentido, es doctrina reiterada de este Superior Tribunal de Justicia provincial que dicha declaración es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia y únicamente cuando la repugnancia de ///13.- la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.- - - - -

----- Considero necesario aclarar que, como regla, la jurisdicción del Superior Tribunal de Justicia se encuentra limitada por el alcance de la exigencia de que el recurso se baste a sí mismo, es decir, por los motivos expuestos “ab initio” al momento de su interposición, de modo que no corresponde el análisis de nuevas causales de impugnación, como pretende la defensa en su presentación de fs. 484/486 al intentar ampliar y agregar nuevos

agravios a los oportunamente expuestos. En efecto, “[d]esarrollar o ampliar son verbos que sirven para indicar claramente que los fundamentos que se expongan en esta etapa no podrán sino ser una extensión o profundización de los motivos que fueron introducidos en la oportunidad del art. 463 [del CPPN, similar a nuestro art. 432]” (Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, Código Procesal Penal de la Nación, Tº 2, ed. Hammurabi, 2004, pág. 1233).- - - - -

----- En igual sentido, el art. 432 del código de forma dispone en su último párrafo que

“[d]eberá indicarse separadamente cada motivo. Fuera de esa oportunidad no podrá alegarse ningún otro”. Al respecto, Francisco D'Albora (en Código Procesal Penal de la Nación Comentado, Ed. LexisNexis, pág. 1069) dice: “La última oración subraya el carácter perentorio del término, pero también precisa que la deducción y la motivación deben realizarse al mismo tiempo, pues de ahí en más no puede añadirse otro motivo diferente, ya que el impugnante, en el futuro sólo puede desarrollarlo con más profundidad –indicando otros precedentes///14.- jurisprudenciales u otras citas doctrinarias- pero no agregar ninguno distinto”.- - - - -

----- Sin embargo, tal limitación no impide efectuar el control integral de la sentencia en caso de que se advierta la inconstitucionalidad de una norma que puede declararse de oficio, en virtud de que nunca podría ser convalidada. En tal tarea, advierto que es inconstitucional la aplicación de lo normado en el art. 52 del Código Penal por parte de la Cámara, esto es, la imposición de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena–multirreincidencia-, puesto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este sentido en su reciente precedente “GRAMAJO”, ya citado, doctrina a la que adhiero en el caso bajo estudio. Doy razones.- - - - -

----- Como referí supra, el máximo Tribunal de la Nación ha fijado su posición respecto de la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal. En sus distintos fundamentos - que en honor a la brevedad reproduzco parcialmente-, en la opinión mayoritaria de sus miembros (con la firma de los Ministros doctores Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Raúl Zaffaronide y Ricardo Luis Lorenzetti), la Corte concluye: “30) Que contra lo que esta Corte resolvió en el precedente '\Sosa\' (Fallos: 324:2153)..., dicha doctrina debe ser abandonada, en tanto se ha establecido que a) La reclusión accesoria para multirreincidentes del art. 52 del Código Penal es una pena; b) Las llamadas medidas de seguridad, pre o posdelictuales, que no tengan carácter curativo y que importen privación de libertad con sistema carcelario, son penas; c) Una privación de libertad que ///15.- tiene todas las características de una pena, es una pena; d) La reclusión —como cualquiera de las otras penas del art. 5° 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 ///16.- 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...”.- - - - -

----- Luego agrega: “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. ///17.- del 20 de junio de 2005)”.- - - - -

----- Finalmente, el voto mencionado del máximo Tribunal de la Nación sostiene: “... 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 ídem) 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...” (LL 2006-E, 65 - DJ 25-10-06, 547).-

----- Entonces, fijados los principios rectores por la Corte Suprema en cuanto a que la multirreincidencia –reclusión indeterminada- que establece el Código Penal afecta los principios constitucionales aludidos supra y que debe considerarse como una aplicación de lo que se denomina derecho penal de autor, es que en el presente caso la imposición a Cristian Enrique Calvo de la accesoria del art. 52 del Código Penal debe ser declarada inconstitucional.- -

----- Asimismo, y siguiendo con la línea argumental hasta aquí expuesta, en la obra de Andrés D'Alessio se puede leer que, independientemente de si se la considera como una //18.- medida de seguridad o una pena, la aplicación de lo normado en el art. 52 del código sustantivo “... se trata de una cuestión de rótulos que en nada modifica la esencia de la reclusión accesoria –una grave aflicción de la libertad- ni su carácter lesivo a los principios constitucionales de culpabilidad, proporcionalidad y respeto de la dignidad de la persona”. Así, su aplicación resulta inconstitucional, toda vez que se trata de una privación de libertad que no guarda relación alguna con el último injusto cometido ni con la culpabilidad por el hecho, sino que se sustenta en los antecedentes del condenado (conf. Código Penal Comentado, La Ley on line, consultada el 01-02-08, artículo firmado por Mauro Divito).- - - - -

----- También es dable recordar que el doctor Zaffaroni, cuando era integrante de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el fallo “VALLEJOS” (del 30-11-87) ya afirmaba: “... Dejo a salvo mi opinión particular respecto a la inconstitucionalidad de la agravación por reincidencia y especialmente de la pena accesoria del Art. 52, ambas abiertamente violatorias del principio de

culpabilidad y del derecho de culpabilidad por el acto, a mi juicio único compatible con el concepto de persona humana...”. Siguiendo esta posición se han expresado otros Tribunales de la Nación en diferentes precedentes (por caso, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6, en fecha 22-10-97, LL, 1999-C, 770 -41.594-S-).- - - - -

----- Volviendo al fallo referido supra, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la reclusión por tiempo indeterminado es un pena que se impone de manera //19.- conjunta con la pena que se impone por el delito y no una medida de seguridad. En este orden de ideas, en el considerando 17) sostiene: “...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”.- - - - -

----- Asimismo, en el considerando 27 afirma: “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 //20.- 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)”.- - - - -

----- Llegado a este punto, he de advertir que los antecedentes penales de Cristian

Enrique Calvo certificados en autos dan cuenta de su abundante actividad delictiva—ésta sería su quinta condena, posee cuatro condenas firmes y en la última ya se le había aplicado lo normado en el art. 52 C.P. en suspenso-. Sin perjuicio de ello, observo que ha sido condenado en cuatro oportunidades por el delito de hurto simple, uno de ellos en grado de tentativa, y una vez por el delito de robo agravado por escalamiento en grado de tentativa, hechos estos que revisten una gravedad de carácter relativo, por su tipo y por el monto de las penas que ha merecido. En el presente caso, la imposición de una pena de un (1) año de prisión con la accesoria establecida en el art. 52 equivaldría someterlo a una condena de once (11) años de prisión, como mínimo, lo que afectaría de manera evidente el principio de proporcionalidad en relación con el delito por el que resulta condenado, en virtud de que la norma estipula el cumplimiento efectivo de cinco años de reclusión y cinco años de efectivo control estatal de su ///21.- conducta en libertad (conf. art. 53 C.P.).- - - - -

----- Siguiendo el análisis de la situación expuesta, haré especial mención a los fundamentos del doctor Petracchi in re “GRAMAJO”, que este Cuerpo ya ha citado en distintos precedentes al tratar la diferencia existente entre la multirreincidencia y la reincidencia común –Se. 163/06 y 192/06 STJRNSP, entre otras-. Al respecto, el ministro de la Corte distingue al reincidente simple y opina que sólo respecto del primero se violentan los principios de culpabilidad y non bis in ídem. Así, dice: “La imposición de consecuencias penales a partir de la calidad de ‘multireincidente’ o bien, de la peligrosidad revelada en los hechos anteriores, no puede estar comprendida en el principio de culpabilidad por cuanto, nadie puede ser responsabilizado por acciones futuras.- - - - -

----- “Visto que 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, esa culpabilidad anterior ya ha sido suficientemente retribuida y no puede ser nuevamente utilizada para fundar la accesoria de reclusión pues, ello implicaría violar el principio non bis in ídem.- - - - -

----- “La situación de los multireincidentes no es equiparable a la del reincidente simple desde que, las consecuencias jurídicas que aquel debe soportar no se apoyan en una mayor culpabilidad sino únicamente en la presunción legal de que quienes entran en dicha categoría constituyen un ‘peligro para la sociedad’” (voto del doctor Petracchi, sumarios 14, 15 y 16).- - - - - ///22.-- El magistrado que vengo citando concluye en su voto que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 52 del

Código Penal en virtud de que el sistema de reclusión por tiempo indeterminado 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 C.Nac. y 5 inc. 2 CADH).-  
-----

----- Por su parte, en su voto el doctor Fayt arriba a la misma conclusión respecto de la inconstitucionalidad de la norma en estudio y, entre otros motivos, agrega que "... 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///23.- imponiendo privaciones de derecho punitivas que colocan una lesión a la propiedad en un plano igual o superior a la lesión a la vida".-----

----- A su vez, la doctora Carmen M. Argibay consideró que la imposición de pena prevista en el art. 52 viola el principio de culpabilidad: "... 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", establecido en los arts. 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.-----

----- En consecuencia, por los argumentos expuestos, debe declararse la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 52 del Código Penal, pues entra en colisión y afecta principios constitucionales consagrados.-----

-----7.- Finalmente advierto que la detención real de Cristian Enrique Calvo en la presente causa supera el monto de pena impuesta por la Cámara del Crimen (un año). En virtud de ello es que sería aplicable al caso lo normado por el art. 442 del Código

Procesal Penal. No obstante, de las constancias obrantes a fs. 318 y 478 surge que el sentenciado se encuentra detenido a disposición conjunta con el Juzgado de Garantías N° 1 de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, por lo que -en principio- no correspondería su libertad ambulatoria, aun cuando cese la medida de detención en esta causa. Por ello, estimo pertinente remitir las presentes actuaciones al Tribunal de grado inferior para que efectúe las notificaciones pertinentes de manera inmediata.- ///24.--8.-

Conclusión:- - - - -

----- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por el señor Defensor General doctor Marcelo Chironi en representación de Cristian Enrique Calvo (arts. 438 y ccdtes. C.P.P.) y confirmar la sentencia condenatoria por su responsabilidad penal en el hecho por el que fue enjuiciado y condenado a un año de prisión como autor del delito de robo en grado de tentativa (arts. 164 y 42 C.P.); b) declarar de oficio la inconstitucionalidad de lo prescripto en el art. 52 del Código Penal y revocar la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado –multirreincidencia- que le impuso la Cámara (arts. 52 C.P.; 5, 31 y 123 C.Nac, y 196 y 225 C.Prov.). MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre 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: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs.

----- 468/472 y vta. de autos por el señor Defensor General doctor Marcelo Chironi (arts. 438 y ccdtes. C.P.P.) y confirmar la sentencia N° 26/07 de la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma en cuanto condena a Cristian Enrique Calvo a la pena de un año de prisión como autor del delito de robo en grado de tentativa (arts. 164 y 42 C.P.).- - - - - Segundo: Declarar de oficio la inconstitucionalidad de lo

----- prescripto en el art. 52 del Código Penal y revocar la accesoria de reclusión por

tiempo indeterminado–multirreincidencia- impuesta por la Cámara (arts. 52 C.P.; 5, 31 y 123 C.Nac, y 196 y 225 C.Prov.).- - - - - Tercero: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver la ----- causa al Tribunal de origen con el fin de que practique las comunicaciones pertinentes de manera inmediata (ver considerando 7 de la presente).

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 1

SENTENCIA: 4

FOLIOS: 18/42

SECRETARÍA: 2