

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 812/2015

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces Pablo Jantus, Luis F. Niño y Mario Magariños, asistidos por el secretario actuante, Guido Waisberg, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa n° CCC 31996/2014/TO1/CNC1, caratulada “O., P. D. s/ robo con armas”, de la que **RESULTA:**

I. Mediante sentencia del 17 de marzo de 2015, cuyos fundamentos se dieron a conocer el día 26 del mismo mes, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 condenó a P. D. O. a la pena de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de un arma de fuego en concurso real con portación ilegítima de arma de fuego de uso civil condicional sin la debida autorización legal, lo declaró reincidente y estableció que la pena vencerá el 25 de noviembre de 2021 (arts. 12, 29 inciso 3°, 45, 50, 55, 166, inciso 2°, párrafo 2°, y 189 *bis*, inciso 2°, párrafo 4°, del C.P., v. fs. 231 y 232/244).

II. Contra esa resolución el defensor público oficial, doctor Santiago García Berro, interpuso recurso de casación (fs. 250/268), que fue concedido (fs. 269) y mantenido (fs. 279).

III. El 18 de mayo del año en curso se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara y sus integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 282).

IV. En el término de oficina, previsto por los arts. 465, párrafo 4°, y 466 del citado texto legal, se presentó la doctora María Florencia Hegglin,

defensora pública oficial a cargo de la Unidad de Actuación n° 3 ante esta Cámara (fs. 286/296).

V. El 4 de agosto de 2015, se celebró la audiencia prevista por el art. 468, en función del art. 465, último párrafo, CPPN, a la que compareció dicha defensa (fs. 307).

VI. Oportunamente, se realizó una entrevista de conocimiento directo (art. 41 CP) con P. D. O., de lo que se dejó constancia a fs. 311.

VII. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

1) En el fallo en revisión se tuvo por acreditado que el 26 de mayo de 2014, a las 21.40 horas aproximadamente, en las inmediaciones de la manzana 10 de la villa de emergencia n° 1-11-14, P. D. O., junto con otro sujeto cuya identidad no pudo ser determinada, exhibiendo una pistola de acción simple calibre .45 auto (11,25X23MM), marca “Colt”, modelo “Government”, número C24483, sustrajeron un teléfono celular marca “Samsung”, con sus auriculares, a B. F. G. C. Se tuvo por acreditado también que el imputado, entre el desapoderamiento y la detención, portó el arma de fuego en cuestión sin autorización legal.

2) La intervención de este tribunal está dada por el recurso de casación presentado por la defensa contra la sentencia condenatoria identificada en el punto I de las resultas.

Centralmente, el recurrente se agravió por arbitrariedad tanto en la valoración de la prueba para determinar la participación del imputado en el hecho, como en la mensuración de la pena; además, se quejó por la errónea interpretación de la ley sustantiva que, a su modo de ver, importó el concurso de delitos aplicado al caso, y por último, cuestionó la declaración de reincidencia; sobre el particular, observó que no fue solicitada por la fiscalía y proclamó la inconstitucionalidad del mentado instituto.

Así, en primer lugar, refirió que medió en el caso un supuesto de *dichos contra dichos*, criticó que se asignara mayor valor al relato del denunciante C. que al descargo de O. sin fundarse adecuadamente tal selección, y concluyó

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

que no se observaron los principios del beneficio de la duda y de la sana crítica racional.

En segundo orden y de modo subsidiario, sostuvo que entre las figuras de robo con arma de fuego y de portación ilegítima de dicho elemento media un concurso aparente, citando un precedente de la Cámara Federal de Casación Penal en el que se señaló que ello es así cuando ambos tipos se superponen temporalmente, por lo que se quejó del concurso real escogido en la sentencia.

Luego, consideró elevada la pena impuesta al condenado e injustificado el apartamiento del mínimo legal. Así, por un lado observó que la ponderación de sus antecedentes penales como circunstancia agravante viola la prohibición de doble juzgamiento, y que la violencia del hecho es parte de la figura de robo. Por el otro, destacó que no se valoró que a raíz del suceso la víctima no resultó lesionada, ni tampoco la situación socio económica adversa de O.

En último término, argumentó que el instituto de la reincidencia vulnera los principios fundamentales de derecho penal de acto, culpabilidad, resocialización y prohibición de doble juzgamiento, y objetó la colisión de la doctrina del precedente “Arévalo” de la C.S.J.N. con el régimen de progresividad penitenciaria y el fin de reinserción social aludido, reconocidos en el bloque constitucional incorporado en la reforma de 1994. Además, hizo hincapié en que su declaración no fue requerida por la fiscalía en el debate, con lo que al fallar de oficio, en ausencia de contradictorio, el tribunal exorbitó su jurisdicción afectando fatalmente el modelo de enjuiciamiento acusatorio y su derecho a la defensa en juicio. Por fin, observó que el tiempo de detención previa como condenado no alcanzó el *quantum* de dos tercios derivados de la aplicación analógica del art. 13 del C.P., indicando que ese lapso es el que se requiere para habilitar la declaración de reincidencia.

3) Los parámetros que, a mi modo de ver, deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar la sentencia desde el tribunal de casación, han sido desarrollados *in extenso* al resolver en la causa n° 11375/2013/TO1/CNC1, caratulada “M., P. y otro s/ lesiones leves” (rta. el el 16/7/2015, reg. n° 252/2015), ocasión en la que se analizaron las pautas de una interpretación

constitucional del recurso de casación a partir de la doctrina que surge del precedente “Casal” de la C.S.J.N. (rta. el 20/9/2005).

Allí se sostuvo también, y es pertinente en este caso, que el examen de la plataforma fáctica de una sentencia de condena está orientado a determinar si los elementos de convicción ponderados en el pronunciamiento cuestionado y los razonamientos utilizados permiten demostrar que, en ese caso, se ha acreditado con certeza la acción imputada. Porque, como es sabido, para sostener una condena penal, el juzgador debe adquirir certeza apodíctica sobre la reconstrucción histórica de un suceso.

Ahora bien, de modo principal, el recurrente ha cuestionado la forma en que en el fallo en revisión se valoró la prueba rendida en el debate para acreditar la participación del imputado en el hecho. Particularmente, sostuvo que el relato de C. es inconsistente e inverosímil, y que no se encuentra conectado con otras evidencias que lo respalden; agregó que el oficial de gendarmería intervino luego de ocurrido el hecho, que no existe concordancia en la evidencia de cargo acerca del lugar en que fueron incautadas el arma y los auriculares, y tampoco certeza en la identificación que del imputado efectuó el damnificado, en tanto lo habría reconocido por la campera que vestía.

A mi modo de ver y de adverso a lo sostenido por la defensa, en la sentencia se ha realizado una prolija descripción tanto de las manifestaciones del denunciante y de las demás personas que declararon como testigos, como de la prueba documental y pericial mencionada; y de la valoración que se efectuó de las diferentes evidencias se desprende claramente la conclusión a la que finalmente se arribó, al tener por acreditada la participación de P. D. O. en el hecho por el que fue condenado.

Así, en primer lugar, el relato de la víctima resulta contundente en tanto describió las circunstancias en que ocurrió el hecho, dando cuenta de la intervención de dos sujetos que distribuyeron sus roles para desapoderarlo de sus pertenencias –mientras que uno lo golpeó el otro lo amedrentó mediante la exhibición de un arma de fuego-. Además, dicha narración es suficiente al referirse a las características de los imputados y elocuente acerca del arma utilizada, en tanto no sólo aportó elementos descriptivos de ella sino que refirió que ante su mención de que podía resultar de juguete, O. accionó la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

corredera para demostrarle que se trataba de una verdadera. También observo que fue el propio damnificado quien solicitó auxilio a los integrantes de la aludida fuerza de seguridad y recorrió la zona con ellos, hasta dar con el acusado y señalarlo; por último, es de destacar que sus dichos se condicen en lo sustancial con lo reproducido por su madre –R. d. V. V.- en el debate.

De tal forma, ese testimonio resulta claro y preciso en los aspectos mencionados por lo que, valorado conforme la regla de la sana crítica racional, se aprecia como veraz y coherente y no se advierte ni fue alegado que mediara animosidad, enemistad u otra causa de interés para deponer en contra del imputado.

Por otro lado, creo que no lleva razón el recurrente al sostener que se trató de un caso de *dichos contra dichos*, ya que los supuestos de prueba conformada por un testigo único requieren que la imputación se sostenga sólo en la versión de una persona, sin otro elemento que la corrobore. Eso no ocurre en el caso, ya que el testimonio mencionado se conecta con el hallazgo en poder del imputado, más tarde y en presencia de personal de Gendarmería Nacional, de los auriculares del teléfono celular de la víctima, así como también de una vaina y del arma de fuego empleada, elementos todo reconocidos por aquél.

En igual dirección es importante destacar el relato del oficial Leonardo Ezequiel López, quien recibió la denuncia de C. y, con sus indicaciones, recorrió la zona y dio con el imputado, que fue identificado por el joven; dijo que al requisarlo advirtió que estaba armado y que luego se incautaron un arma de fuego, unos auriculares y una vaina, que también fueron reconocidos por la víctima, como ya se mencionó.

Por último, observo que el voto que lidera el acuerdo en la sentencia en revisión se ha hecho cargo de rebatir el descargo del imputado, de manera fundada y minuciosa; es ese orden, se han efectuado ponderaciones relativas a la vaina que cayó de las prendas del imputado cuando era requisado; a la diferencia temporal en los relatos de la víctima y el policía; a la descripción del arma, inicialmente considerada por aquél como una réplica, y a la identificación del imputado.

En definitiva, se fundó el fallo destacándose el valor del testimonio de la víctima y su conexión con la versión de su madre y del oficial de

Gendarmería, así como también con el secuestro de los elementos descriptos por aquél en poder del acusado. De esta forma, es absolutamente fundada la reconstrucción histórica del hecho formulada en la sentencia en revisión, y queda descartado tanto el descargo del imputado, quien dijo haber observado el suceso pero negó haber participado en él, como el alegato de la defensa concerniente a que sólo se contó, como prueba de cargo, con la declaración aislada e inconsistente del denunciante.

Es entonces incorrecto sostener, como pretende esa parte, que los colegas que dictaron la condena hayan basado la conclusión a la que arribaron sólo en los dichos inverosímiles de C. ya que, lejos de ello, como se mencionó precedentemente, en la ponderación analizada se tomaron en cuenta otros testimonios y evidencias que fortalecen el testimonio del perjudicado quien, pese a su juventud, contó con herramientas suficientes para solicitar ayuda de inmediato y para, luego, poder expresar con claridad cómo había ocurrido el evento que lo damnificó.

De tal forma y de la armónica consideración de todos los elementos de prueba consignados, se arriba fácilmente a la conclusión a la que ha llegado el tribunal de juicio, y desde mi punto de vista la pretensión de la defensa se sostiene en una valoración parcializada de los elementos de convicción que, según mencioné, ha sido correctamente desvirtuada en el fallo.

4) Luego, la defensa ha criticado la aplicación en el caso de la figura concursal prevista en el art. 55 del C.P., sosteniendo que cuando el robo y la portación se superponen temporalmente, media entre ellas un concurso aparente, con lo que sólo debe aplicarse la primera.

Ahora bien, conforme el criterio que desarrollé al votar en el caso “F. T.” (causa n° 5.069 del Tribunal Oral de Menores n° 1, rta. el 27/5/08), considero que no es esa la adecuada interpretación de la ley, y que la cuestión debe resolverse aplicando los concursos real e ideal.

En aquel precedente indagué sobre las relaciones de los tipos penales y cómo se resuelven, en doctrina, los conflictos que pudieran suscitarse en su aplicación.

En ese sentido, señala Luis Jiménez de Asúa (*Tratado de Derecho Penal*, Losada, Bs. As., 1950, T. II, pp. 463 y ss.) que en derecho penal se han elaborado, además de las reglas que rigen la interpretación de la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

norma penal, otras que surgen “en el proceso de subsunción, en el que hay que estudiar, por tanto, cómo se relacionan y jerarquizan entre sí las diversas figuras penales y hasta las variadas disposiciones de orden general”. Añade que “Ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico, formado por distintas posiciones, es uno y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se hallan coordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente. A menudo es sencillo decidir cuál de las dos normas del ordenamiento jurídico, concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuándo una disposición consiente o excluye la contemporánea o sucesiva aplicación de otra, respecto de la misma situación de hecho. A esto se llama **conflicto aparente de disposiciones penales**, que no sólo se presenta en orden a los tipos delictivos, sino en cuanto a los preceptos de la Parte general (una circunstancia agravante o atenuante, por ejemplo...)”.

Sebastián Soler (*Derecho Penal Argentino*, Tea, Río de Janeiro, 1978, T. II, pp. 170 y ss.) expresa que “Al considerar las figuras penales de un código, se advierte que el contenido de esas descripciones da lugar a que entre las distintas incriminaciones no exista siempre una disyunción perfecta, de manera que cuando un hecho cae bajo una figura, todas las demás figuras se encuentran en una situación de neutralidad o indiferencia”, explicando que el estudio de esas relaciones es importante “para resolver una cantidad de problemas referentes al tema de la unidad de delito, es decir, cuestiones previas al llamado concurso de delitos, pues aquí se trata de saber cómo se aplica la ley en los casos en que sólo **aparentemente** es posible un encuadramiento doble del hecho. Por eso, este tema ha sido llamado “concurso de leyes”, para distinguirlo de los casos de unidad de delito por concurso ideal, en los cuales siempre es necesario que el hecho, **efectivamente** caiga bajo más de una sanción, C.P. 54, es decir, que tenga simultánea y realmente un encuadramiento múltiple. Para que un concurso ideal sea posible será necesario, como punto de partida, **que las dos figuras no sean entre sí incompatibles al**

aplicarse sobre un mismo hecho, es decir, que medie entre aquéllas una relación de neutralidad o indiferencia. La unidad del concurso ideal depende de la unidad **de hecho**, no de la unidad de encuadramiento. Desde este punto de vista, podría decirse que todo concurso ideal es un concurso real **posible**” (el subrayado me pertenece, la negrita, en cursiva en el texto).

Con ello, tenemos un primer abordaje al problema traído a discusión por la defensa; no se trata de examinar un supuesto de concurso real o ideal entre las dos figuras –robo con arma de fuego y portación del arma– sino si existe alguna superposición entre ambas disposiciones que nos permita colegir que alguna de ellas desplaza a la otra. Porque, como es sabido, la doctrina ha resuelto tradicionalmente estos casos de conflicto de leyes o de interferencia de tipos penales, como con acierto denomina Jiménez de Asúa, por los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción –a los que antiguamente se agregaba el de alternatividad, hoy dejado de lado–, aunque en general se señala que los tres podrían reducirse al primero.

Como bien enseña Soler (ob. cit., p. 171), en cuanto a la relación de las leyes penales, puede suceder que: “a) La afirmación de una, importe la necesaria exclusión de la otra (exclusividad) que puede darse por alternatividad o por consunción. b) La afirmación de una, importe la afirmación de otra (especialidad). c) La afirmación de una, sólo sea posible con relación a otra condicionalmente (subsidiariedad)”.

No me extenderé aquí sobre cada uno de estos principios, para desarrollar el que podría resultar atinente al problema planteado, el de consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*).

Descarto la aplicación de la subsidiariedad, porque ella “funcionaría en normas que previeran estadios o grados diversos de ofensa del mismo bien, de tal modo que la ofensa mayor absorbería a la menor y, en consecuencia, la aplicación de una norma sería subordinada a la no aplicación de la otra” (Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Derecho Penal, Parte General*, Temis, Bogotá, 2006, p. 675). Más allá de la vieja discusión sobre la posibilidad, o no, de que exista

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

subsidiaridad tácita (ver Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 477) lo cierto es que, desde mi punto de vista, nos encontraríamos ante un problema de consunción y no de subsidiaridad.

Con relación a ella, entonces, enseña Jiménez de Asúa que algunos autores hacen de la consunción amplio uso, como *principio valorativo* para resolver el conflicto de leyes, frente al fundamento *lógico* de la especialidad (ob. cit. p. 483). En el mismo sentido Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, (ob. cit. p. 676) señalan, con relación a este principio –que llaman de absorción–, que: “El principal criterio, no lógico, sino de valor, utilizado para resolver los casos de conflicto aparente de normas que no pueden resolverse mediante la relación de especialidad es el de absorción (...) Este principio es invocable para excluir el concurso de delitos en todas las hipótesis en las que la realización de un delito implica, según el *id quod plerumque accidit*, la comisión de un segundo delito, que, por ello mismo, a la luz de una valoración normativo social, termina apareciendo por el primero (...) Por tanto, son características esenciales del principio de la absorción: 1) que no se base en una relación lógica de normas, sino en una relación de valor, en cuya virtud el juicio negativo del hecho concreto aparece incluido totalmente en la norma que prevé el delito más grave, con la consecuencia de que la aplicación contemporánea de la norma que prevé el delito menos grave llevaría a una injusta multiplicación de sanciones; 2) que tal principio no requiera la identidad natural (tal como el principio de especialidad), sino la unidad normativo-social del hecho. En otros términos (...) **el hecho aparece idéntico incluso en presencia de acciones distintas, desde el punto de vista naturalista, con la condición de que estas expresen un desvalor penal homogéneo, advertido como tal por la conciencia social: por ejemplo, un hurto acompañado por el daño de la cosas sustraída; o una estafa cometida mintiendo sobre cierto poder de influencia; o una violencia carnal sucesiva a actos obscenos (...)**”.

Sebastián Soler (ob. cit. pp. 175 y ss.) enseña que en la consunción se da la exclusión de uno de los tipos en juego, pero

porque uno de ellos comporta una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no sólo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo. Indica que los casos de consunción “están constituidos por aquellas situaciones en las cuales la ley, expresa o tácitamente, da por sentado que cuando se aplique determinado tipo de delito, por él han de entenderse consumidas otras fases de la acción realmente sucedidas y punibles, conforme con otro o con el mismo tipo. Ello sucede cuando las figuras tienen una relación de medio a más, o de parte a todo, o de imperfección a perfección, o de medio o de fin conceptualmente necesarios a presupuestos. De la consideración de estas relaciones se deduce que el delito perfecto consume las formas imperfectas o tentadas del mismo (...) el delito de daño consume al correspondiente de delito de peligro; el delito de evento doloso al de evento preterintencional, y el de evento preterintencional específicamente previsto, consume al delito culposo restante”. Más adelante, refiere que **“En general, debemos considerar consumido por la figura principal todo aquello que, en cuanto acción (anterior o posterior) está concebido por la ley como explícitamente o implícitamente necesario; como así también aquello que dentro del sentido de una figura constituya *quod plerumque accidit*. Ahora bien, el acto posterior será impune solamente cuando con toda estrictez pueda ser considerado como tal, es decir, que sea un verdadero acto posterior y no una acción autónoma ejecutada en otra dirección, lo cual no se caracteriza solamente por el hecho de que recaiga sobre otra persona, sino por la naturaleza del nuevo hecho cometido con relación al poder de absorción de la figura anterior”**.

Ahora bien, sentado ello, ¿puede sostenerse que exista, necesariamente, una relación de tipos penales entre los examinados, robo con arma de fuego y portación de arma, de manera tal de poder aseverar que, siempre que confluyan, el primero absorberá al segundo? Desde mi punto de vista no.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

En primer lugar, porque dado que es posible robar con un arma de fuego de la que el autor tenga la portación, es necesario convenir en que no existe esa confluencia necesaria entre las dos figuras. En segundo término, porque, en realidad, el robo es sólo una de las hipótesis que, como figura de peligro sobre otros bienes jurídicos, protege el art. 189 *bis* del C.P., pero también es posible afectar otros bienes jurídicos después de vulnerar la seguridad común. En rigor de verdad, considero que no se verifica un supuesto de concurso aparente entre estas dos figuras, por lo que señala Sebastián Soler en el último párrafo transcrito. Porque, en realidad, lo que se sanciona mediante la punición de la portación de arma de guerra es un acto preparatorio de otros ilícitos; el legislador ha entendido que existe una fuerte presunción de que, quien porta un arma de fuego sin autorización (lo que antes constituía una contravención y hoy es un delito con una importante pena, sea o no de guerra el arma), se dispone a cometer algún hecho delictivo; no sólo un robo. Y, por ello, prohíbe la portación o tenencia de armas sin autorización. Pero, claro está, si consideramos que cualquier acción típica posterior absorbe la de tenencia o portación, estaríamos introduciendo, en consecuencia, una suerte de supresión tácita del tipo penal en estudio, puesto que este delito de peligro podría verse concretado en cualquiera de la parte especial.

Por ello, si tomamos en cuenta lo manifestado por el Maestro Soler en que “el acto posterior será impune solamente cuando con toda estrictez pueda ser considerado como tal, es decir, que sea un verdadero acto posterior” podemos concluir sin esfuerzo que los delitos cometidos con posterioridad a la portación no constituyen un acto subsiguiente en los términos requeridos por la consunción porque, en rigor, todos los actos son posteriores a aquel delito, pues en la tenencia o portación de arma de fuego lo que se pune es lo que usualmente sería un acto preparatorio que, según el legislador, podría poner en peligro otros bienes jurídicos, circunstancia que debe probarse en cada caso (ver Edgardo Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2002, tomo II.C, p. 108).

Por ello, tomamos en cuenta que Claus Roxin ha señalado que junto con los tipos básicos -que definen las formas más sencillas de infracción al bien jurídico tutelado-, los cualificados y privilegiados -que agravan o atenúan la consecuencia jurídica prevista para el delito base- existen los llamados delitos autónomos o independientes, que mediante la combinación de varios elementos de otros delitos se constituyen como un nuevo tipo de injusto independiente (*Derecho Penal, Parte General*, Civitas, España, 1997, T. 1, p. 338). Señala este autor que “dado que en los delitos autónomos no se puede recurrir a un tipo básico, tampoco pueden regir para ellos las cualificaciones o privilegios de otro tipo contenido en los mismos” y que Soler afirma (ob. cit. p. 481) que “La autonomía de esta familia de delitos se basa en que ésta se halla constituida por un grupo de infracciones que considera específica y exclusivamente la seguridad como bien jurídico valioso en sí mismo (...) La seguridad que estos delitos protegen, por lo tanto, no es la general **seguridad jurídica** que protege el derecho en general y el derecho penal en forma más intensa, es **la seguridad de los bienes**. A diferencia de una común figura de peligro, en estos casos, las infracciones la mayoría de las veces no protegen contra el peligro que amenaza a un solo bien, sino a los bienes en general, a los bienes considerados en común como pertenecientes a un número indeterminado de personas y dotado de distinta naturaleza (vida, salud, hacienda). Finalmente, en estos delitos esa defensa secundaria de los bienes, esto es, la pura defensa de la seguridad, es el objeto esencial de la norma, a diferencia de lo que ocurre con otras figuras en las cuales la ofensa a la seguridad cede en importancia ante otro fin superior o directo de la ley. **En esta clase de delitos, la seguridad común de los bienes es el bien jurídico vulnerado; el peligro común es la situación objetiva creada por la acción**”.

Como puede observarse, acreditado el peligro en concreto al bien jurídico tutelado, que en el caso de la portación de arma se da con mayor claridad que en el de simple tenencia, por propia definición (tenencia de un arma sin autorización, en lugar público y en condiciones de uso inmediato), la portación de arma de guerra opera

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

como un tipo autónomo a los tipos básicos y cualificados de la parte especial, sin que, de este modo, pueda hablarse de un concurso de leyes entre esta figura y las otras de la parte especial, puesto que, como bien señala Soler, en realidad este delito busca generar una suerte de doble cobertura a los bienes jurídicos.

De acuerdo a lo expuesto, entonces, no corresponde atender al argumento desarrollado por la defensa dado que, desde mi punto de vista, no existe un supuesto de concurso aparente entre los tipos penales consignados; sino que será necesario en cada caso particular determinar si ente ambas figuras ha mediado un supuesto de concurso real o ideal.

En el *sub judice*, puesto que en la descripción del hecho no se ha situado a la portación de arma de fuego en un contexto previo al robo, debe considerarse que ambos ilícitos concurren en forma ideal, en la medida en que contrariamente a lo sostenido en el fallo, tampoco se verificó un hecho posterior que renueve el dolo de la figura de portación y permita aplicar el concurso previsto en el art. 55 del C.P.

Por fin, toda vez que propongo optar por figura concursal más leve que la acordada en el fallo, y que además mereció reconocimiento en el alegato fiscal en el debate, considero que no se encuentra afectada la defensa del imputado; entonces, como sobre este punto en el fallo se ha efectuado una incorrecta interpretación de la ley aplicable al caso, debe ser parcialmente modificado.

5) Por otro lado, el recurrente manifestó su desacuerdo sobre la pena aplicada por el tribunal, considerándola elevada e infundada y quejándose tanto por la doble valoración que a su juicio importó la valoración de los antecedentes penales del imputado y de la violencia del hecho, como por la inobservancia de sus condiciones personales.

Ahora bien, considero que la apreciación en el caso de las pautas pertinentes, tanto objetivas como subjetivas, ha sido completa y razonable, en tanto el tribunal se ha referido, con relación al primer aspecto, a la nocturnidad, pluralidad de agentes, minoridad de la víctima y perjuicio económico ocasionado, y respecto del segundo, al cumplimiento de condenas anteriores.

En este sentido, si bien es cierto que el tribunal parece haber omitido pronunciarse sobre las condiciones personales de O., suficientemente descriptas en los informes sociales de fs. 5 y 22 del legajo correspondiente y recabadas en la audiencia de conocimiento –de los que se desprende que es joven, proviene de un núcleo familiar numeroso y de escasos recursos económicos, que poseía un empleo informal y es padre de una niña pequeña– la ponderación que efectuó del resto de los parámetros es suficiente para arribar a la dosificación aludida, así como también es admisible la valoración de sus antecedentes personales como indicador de su autodeterminación.

Además, es muy importante destacar que el hecho en tratamiento ha tenido como víctima a un joven que tenía dieciséis años de edad, con lo que la acción del imputado lo ha afectado en su condición de niño, y este extremo ha sido adecuadamente analizado.

En esa dirección, es conveniente destacar que el Estado Argentino ha asumido la obligación de hacer valer las garantías que la Convención del Niño reconoce y, por otra parte, esa ha sido la voluntad del constituyente del año 1994, al determinar que el Estado debe adoptar medidas de acción directa con relación a la niñez, en el art. 75 inciso 23 de la C.N.

Con relación a lo expuesto, el Comité del Niño, además de subrayar la importancia de respetar el art. 3 de dicha Convención en la Observación General n° 14, en el documento anterior, n° 13, relacionado con la violencia contra los niños, específicamente expresó que las intervenciones judiciales, en casos como el descripto debían asegurar: “54 c) Procedimientos penales, que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, de jure o de facto, los autores de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales”.

Por eso era obligación de los jueces valorar la condición de menor de edad de la víctima, por su particular vulnerabilidad y por el daño que la conducta del imputado, varios años mayor, sin ningún lugar a dudas le causó; por ello no es desproporcionada la pena que en definitiva se impuso, elevada en unos meses de su mínimo, por el impacto que las circunstancias relevadas tuvo sobre la cuestión.

En suma, no es posible considerar que la adecuación de la pena en abstracto al delito y sus circunstancias en particular resulte arbitraria ya que,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

por el contrario y como se desarrolló precedentemente, también en este punto el fallo se encuentra debidamente fundado en pautas relativas al hecho y al autor, correctamente relevadas y evaluadas.

Empero, la modificación en la subsunción jurídica del hecho que propongo debe necesariamente reflejarse en la dosificación de la sanción, con lo que considerando las circunstancias objetivas y subjetivas antes mencionadas, corresponde disminuir la pena e imponer la de siete años de prisión, accesorias legales y costas.

6) Por último, desde mi punto de vista, el agravio del recurrente relacionado con la declaración de reincidencia sin petición fiscal debe ser admitido y resuelto sobre la base de las garantías que aseguran un sistema de enjuiciamiento acusatorio, conforme el desarrollo que efectué al decidir en la causa n° CCC 14986/2014/TO1/CNC1, “Sirota Rubén Darío s/ robo con armas” (rta. el 9/10/15, reg. n° 540/2015), al que me remito por tratarse de cuestiones sustancialmente análogas.

En tal oportunidad analicé ese régimen de acuerdo a los valores de presunción de inocencia, imparcialidad del juzgador, igualdad de armas y asunción de la carga de la prueba por parte de la acusación, y concluí que de ellos resulta una clara separación entre las funciones requirentes y decisorias, con lo que la labor jurisdiccional reconoce como límite la resolución, como tercero imparcial, de un conflicto de intereses, sin ir más allá de las pretensiones de las partes.

Creo que esa es la mejor forma de garantizar el derecho fundamental a la defensa en juicio, ya que al fallar el tribunal como lo hizo, declarando reincidente a O. sin que la fiscalía recabara la aplicación del instituto, privó a aquella parte de presentar sus argumentos, colocando al imputado en una situación más desfavorable; en definitiva, la asistencia técnica resultó sorprendida con la solución adoptada, que excedió la pretensión punitiva del órgano acusador (cf. ver Observación General n° 32 del Comité del Derechos Humanos de Naciones Unidas, n° 21).

Es que si bien es cierto que el órgano jurisdiccional tiene obligación de velar por el cumplimiento, por parte del acusador, del principio de legalidad - verificando que sus postulaciones no sean arbitrarias y estén sujetas a la ley, ya que en caso contrario su requerimiento será nulo-, no puede ir más allá de

su demanda, supliendo su actividad por un criterio diferente o por no estar de acuerdo con sus alcances. Y observo que en este caso, en el fallo no se ha efectuado ninguna crítica al alegato de esa parte, en el sentido indicado.

Es claro que la declaración de reincidencia depende de la ponderación de cuestiones fácticas y jurídicas que necesariamente deben ser discutidas por las partes en el debate para así habilitar –de acuerdo a los parámetros mencionados más arriba– la jurisdicción del tribunal, en un juicio respetuoso de la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos a ella incorporados.

Luego, de la sentencia puesta en crisis no surge, porque no se consignó, si el encausado había cumplido total o parcialmente una condena anterior, y en este último caso qué lapso de la sanción había pasado efectivamente en detención; tampoco se hizo alusión a las demás circunstancias del art. 50 del C.P. -como el plazo de caducidad previsto en el último párrafo-, lo que hubiera surgido de consignar adecuadamente las condenas que se estaban valorando y sus datos esenciales.

Por otra parte, al no haber sido materia de debate, se privó al defensor de la posibilidad de hacer valer los argumentos que la doctrina y muchos precedentes han elaborado cuestionando el instituto mencionado.

Es claro, a mi modo de ver, por las razones expuestas, que la declaración de reincidencia en esas condiciones generó un supuesto de *extra petita* que vulneró claramente el derecho de defensa del imputado.

En virtud de las consideraciones expuestas propongo al acuerdo: I) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa; II) casar parcialmente el punto dispositivo I de la sentencia recurrida; III) calificar el hecho por el que recayó la condena dictada respecto de P. D. O. como constitutivo de los delitos de robo agravado por haber sido cometido con un arma de fuego y portación ilegítima de arma de fuego de uso civil condicional, en concurso ideal, en calidad de coautor; IV) imponer a P. D. O. la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, y V) revocar el punto dispositivo II de la resolución recurrida, por el que se declaró reincidente a P. D. O.; sin costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 54, 166, inc. 2º, párrafo 2º, y 189 *bis*, inciso 2º, párrafo 4º, del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Luis F. Niño dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega preopinante en lo que respecta a la totalidad de los agravios introducidos por la defensa en su recurso y en el término de oficina, a los que ciño mi análisis. Concretamente, lo atinente a la reconstrucción fáctica del suceso, a la solución alcanzada respecto del concurso ideal de leyes que corresponde aplicar al caso (conforme análisis desarrollado en causa 1015 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 20, rta: 23.10.2001) y a los parámetros tenidos en cuenta por el tribunal de juicio para mensurar la pena aplicable al justiciable, correctamente reformulada en función de la nueva calificación jurídica asignada. Luego, también concuerdo con sancionar la transgresión a los principios de defensa en juicio, contradictorio e inmediación, soslayados en el caso por no haber sido introducida en el alegato fiscal la petición de una nueva declaración de reincidencia respecto de P. D. O., cuestión –esta última– sustancialmente análoga a la resuelta en el precedente de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional n° CCC 56449/2013/TO1/CNC2, “NÚÑEZ, Brian Oscar s/ homicidio simple en grado de tentativa” (rta. el 11.9.15, reg. 451/2015), oportunidad en la que, centralmente, aludí a que *“al no haber sido materia de debate, se privó al asistente técnico de la posibilidad de hacer valer los argumentos que la doctrina y diversos precedentes jurisprudenciales han elaborado cuestionando el instituto mencionado”*. Ello, sin perjuicio de mi criterio respecto de la constitucionalidad del propio instituto, vertido en el fallo “OBREDOR, Mariano Pablo” (causa n° 25833/2014/TO1/2/CNC1, registro n° 312/2015, rta. el 4.8.15, reg. 312/2015). En esos estrictos términos emito mi voto.

El juez Mario Magariños dijo:

I

Considero, al igual que el estimado colega Pablo Jantus, que la fijación de los hechos objeto de la decisión impugnada se ha llevado a cabo, por parte del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2, con arreglo a las pautas establecidas por esta cámara en el precedente “C.” –proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015- (ver voto del juez Magariños).

Por lo tanto, corresponde confirmar en ese aspecto la sentencia recurrida (artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación, *contrario sensu*).

II

Asimismo, coincido con el voto precedente, en punto a la relación concursal existente entre el robo con arma de fuego y la portación de arma de fuego (art. 166 inc. 2º, párrafo 2º, y art. 189 bis inc. 2º, párrafo 4º del Código Penal), figuras con las cuales el *a quo* calificó el suceso que tuvo por probado.

Es claro que la decisión relativa a la clase de concurso que se afirme existente entre tales extremos, depende, en especial, del concepto asignado a la figura de portación de arma, pues (al igual que en relación con la figura de tenencia de arma) según se interprete como delito de peligro abstracto o como delito de peligro concreto, resultará el tipo de relación concursal que quepa afirmar entre esa prohibición legal y la del robo con arma de fuego.

Corresponde por consiguiente establecer, en el caso, en primer término, la interpretación aplicable a la figura de portación de arma de fuego.

Una reflexión profunda y extendida en el tiempo me conduce a revisar hoy el criterio que sostuve durante muchos años acerca de los tipos penales de tenencia y portación de arma de fuego, como figuras de peligro concreto.

En el año 1994, como juez del Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 me pronuncié en ese sentido por primera vez (ver mi voto en la sentencia dictada respecto de Carlos Alberto Pereyra, expediente N° 16 del registro de ese Tribunal Oral, de fecha 15 de septiembre de 1994). Las razones que dieron base a ese criterio, sostenido desde entonces por mí en numerosos precedentes, se encontraban vinculadas a dos órdenes de argumentos que, insisto, luego de un detenido y muy meditado reexamen, he podido advertir, no resultan plausibles para sostener aquella conclusión hermenéutica.

El primero de los argumentos que dio sustento a aquella postura sobre el tema, se halla vinculado con la doctrina, elaborada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, acerca de la *posición preferencial* de las libertades civiles y políticas o de los derechos (garantías) fundamentales, que complementó, en el desarrollo de las decisiones de ese tribunal, al *test del peligro claro y presente*, acuñado por Oliver W. Holmes, para la interpretación de las leyes que afectaran la libertad de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

expresión, imponiendo al intérprete, en tales supuestos, la verificación de la existencia de un peligro efectivo, como producto de la conducta prohibida por la ley, además de la realización previa de un examen de razonabilidad de la presunción legal de riesgo formulada por el legislador.

De ese modo se reemplazaba, para ese ámbito de regulación legal, como mecanismo de control de constitucionalidad, a la doctrina de *la presunción de constitucionalidad de las leyes* y a su *test de razonabilidad* (una exposición integral de esta evolución jurisprudencial puede verse en Pritchett, C. Herman, *La Constitución Americana*, TEA, Buenos Aires, 1965, pp. 515-529; Corwin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Editorial Fraterna, traducción de Aníbal Leal, Buenos Aires, 1987, pp. 394 y siguientes; Bidegain, Carlos M., “La libertad constitucional de expresión –freedom of speech and press- de los norteamericanos”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 82, Sección doctrina, pp. 915-952).

A su vez, vinculé esas teorías jurisprudenciales con las posturas afirmadas por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en relación con la cuestión de constitucionalidad de la prohibición penal de la tenencia de estupefacientes destinada al consumo personal.

En tanto a ese respecto se percibe que la argumentación central transita, por un lado, sobre la base de afirmar la legitimidad de aquella prohibición, en función de que, “una vez formulado por los poderes políticos –a quienes compete representar la voluntad pública y expresarla por medio de la ley...- su juicio acerca de la importancia del peligro que para la salud pública representan las sustancias que ha considerado susceptibles de producir dependencia física o psíquica, no encuentro razones valederas para declarar constitucionalmente inadmisibles la presunción de que la tenencia de esas sustancias conlleva peligro para los bienes tutelados”, y se concluye así que, “una declaración de tal naturaleza sería posible en presencia de un estado de cosas demostrativo de que la presunción legal que está en la base de la incriminación estructurada como de peligro abstracto, carece totalmente de sustento; en otras palabras, es irrazonable” (del dictamen del Procurador General de la Nación en Fallos 303:1205; doctrina reiterada en la decisión de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 313:1333).

En otros términos, esto significó la aplicación de la doctrina de *la presunción de constitucionalidad de las leyes* y del *test de razonabilidad*.

Por otro lado, se observa, sobre aquella clase de prohibición legal, que la argumentación contraria de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación se enfocó en la exigencia de peligro concreto, derivada de una determinada comprensión del artículo 19 de la Constitución Nacional, inteligencia ésta que asigna al requisito del carácter público o perjudicial de las acciones prohibidas por la ley (contenido en la citada norma fundamental), el sentido de reclamar, precisamente, la constatación de resultados de lesión o peligro concreto como condición de legitimidad o, al menos, de aplicabilidad de la ley penal (Fallos: 308:1392, doctrina reiterada posteriormente en el precedente “Arriola” A. 891. XLIV).

Además, en el criterio que sostuve, como juez de tribunal oral, en el precedente más arriba citado, consideré que la doctrina de la corte argentina mencionada en último lugar, resultaba equiparable a la teoría de *la posición preferencial de las libertades civiles y políticas* y al *test del peligro claro y presente* de la Corte de los Estados Unidos.

De ese modo, afirmé que, al igual que en relación con el delito de tenencia de estupefacientes, en el caso del delito de tenencia o portación de arma, se imponía una hermenéutica tal que, para la aplicación del tipo penal, correspondía verificar en cada caso, un concreto peligro derivado de la realización de la conducta prohibida, pues no parecía sustentable una diferente mirada para prohibiciones que, por igual, referían a la posesión de materiales caracterizados como peligrosos por la ley.

Dos aspectos de esa construcción interpretativa se revelan, sin embargo, inadecuados, pues ella suponía el traslado de *la teoría de la posición preferencial* a un ámbito de regulación legal no referido a derechos fundamentales, toda vez que, a su vez, importaba una interpretación de la exigencia del carácter público de las acciones, establecida en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional, extremadamente naturalista y reduccionista para la comprensión de la responsabilidad penal por las consecuencias socialmente perturbadoras, imputables a los comportamientos prohibidos.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

En efecto, en punto a esa segunda cuestión derivada de aquella hermenéutica, sobre el significado del requisito de *perjuicio social* reclamado por la citada norma constitucional, ya hacia el año 2008, al publicar una investigación académica, advertí que “la divergencia referida a si el principio constitucional reclama al legislador ordinario acuñar tipos penales que sólo prohíban comportamientos que ocasionen, al menos, peligros concretos al bien jurídico protegido, lo cual importaría la ilegitimidad de toda figura estructurada sobre la base de una pura presunción legislativa de riesgo; o bien si aquello que la norma fundamental exige al legislador es sólo la no prohibición de acciones autolesivas y, en general, de conductas respecto de las cuales resulte absolutamente irrazonable la formulación de una presunción legislativa de potencialidad para ocasionar perjuicios a terceros”, debe ser resuelta en favor de esta última alternativa (ver Magariños, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 72 y ss.).

Al respecto, un destacado sector de la doctrina nacional señaló que si bien “es, en efecto, un principio del derecho penal liberal, que la ley sólo debe tratar de disuadir a la generalidad de aquellas conductas perjudiciales a terceros y, a su vez, que la conducta punible debe ser una de aquellas que la ley trató de prevenir”, no es posible, sin embargo, deducir de la combinación de esas dos premisas, “que la conducta punible en el caso particular sólo es aquella que produce el daño que la ley quería evitar” (Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 79 y ss.).

Desde esa perspectiva, el límite infranqueable para el estado se encuentra definido, en función de la regla del artículo 19 de la Constitución Nacional, por el daño o perjuicio dirigido por el individuo hacia sí mismo, esto significa que la “pura *autolesión* no puede constituir un fin legítimo de la norma estatal” (Sancinetti, Marcelo A, op. cit., p. 88).

En consecuencia, la frontera establecida por la regla de garantía está demarcada entre el daño social y la autolesión individual, tal como, por lo demás, parecen indicarlo los términos empleados por la norma que dio origen a la cláusula constitucional argentina; esto es, el artículo 5° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, consagrada en

Francia, en el año 1789, en tanto expresa que: *la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad*. Asimismo, el autor de la regla contenida en la Constitución Nacional, explicó su alcance, como la consagración de “la potestad legislativa, o la facultad de hacer leyes que sirvan de norma y regla á los individuos del Estado para sus actos exteriores y *públicos*” (Sáenz, Antonio, Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes. Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-23, Instituto de Historia del Derecho Argentino. Colección de textos y documentos para la Historia del Derecho Argentino, vol. I, Buenos Aires, 1939, p. 80, la cursiva se agrega).

En consecuencia, del significado heterolesivo y, por consiguiente, no meramente autolesivo, de los comportamientos, depende la legitimidad de las prohibiciones penales, en función del límite trazado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto aquella clase de acciones son, precisamente, las que no se encuentran normativamente tuteladas por la regla fundamental, al no formar parte de la esfera de privacidad del individuo garantizada por la norma constitucional (en esta línea hermenéutica puede ubicarse, al menos en parte, al voto pronunciado por el juez Petracchi en el precedente “Bazterrica”, fallos 308:1392).

De modo coincidente, en el ámbito de la doctrina penal se señala que, “así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada... Lo que, junto con sus efectos, reside todavía en la esfera en la que un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito” (Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducido por Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho Penal*, Editorial UAM-Civitas, Madrid, 1997, p. 297/298).

Así, los comportamientos socialmente perturbadores y, por tanto, susceptibles de resultar seleccionados legítimamente como prohibidos y punibles, no se caracterizan por la producción causal de daño o peligro concreto, sino por el significado lesivo para terceros que posean.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

En otros términos, dado que también conductas socialmente adecuadas, esto es, enmarcadas dentro del ámbito normativo de la libertad de acción, pueden sin embargo, producir causalmente la lesión o puesta en peligro concreto de bienes ajenos, así como pueden ocasionarlas las catástrofes naturales o los animales, la legitimidad de la definición de un comportamiento como delictivo, no puede depender de su vinculación causal-natural con un resultado dañoso. El mundo de las personas “es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros, y en el ámbito [por ejemplo] de los delitos contra las personas es esta *relación jurídica* la que vulnera el autor; la destrucción de cuerpos o cosas sólo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica –de lo contrario sería un mero suceso natural-” (Jakobs, Gümther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Cancio Meliá, Manuel y Feijóo Sánchez, Bernardo, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 25).

De ese modo, es dable entender que el límite trazado en los arriba citados precedentes “Bazterrica” y “Arriola”, respecto de la prohibición penal de la tenencia de estupefacientes destinada al propio consumo, en función de la cláusula constitucional mencionada, no radica en la ausencia de constatación de daño o peligro concreto para terceros, sino en el significado exclusivamente autolesivo, y por ello, enmarcado en el ámbito de privacidad protegido por la norma de garantía que esa conducta presenta.

Ahora bien, esa conclusión acerca de la razón por la cual la prohibición de ese comportamiento no satisface la exigencia constitucional del *carácter público* que deben presentar las acciones seleccionadas como punibles por el legislador, deja sin duda fuera del ámbito de protección de la regla fundamental, a la prohibición de tenencia o portación de armas de fuego, en tanto no resulta plausible predicar respecto de ellas un exclusivo significado autolesivo.

Con ello, debe quedar de lado, a su vez, la aplicación de la teoría de “la posición preferencial de las libertades civiles y políticas” para ese ámbito de regulación legal, pues allí no se pone en juego ninguna norma de tal carácter y, consecuentemente, decaen también las exigencias de la doctrina del “test del peligro claro y presente”, en la medida en que esa doctrina sólo es

aplicable para la hipótesis de leyes que incidan sobre aquella clase de normas fundamentales.

Por lo expuesto hasta aquí, resulta entonces que la aplicación legítima de las figuras penales de tenencia y portación de armas de fuego no requiere la constatación de un peligro concreto de daño o lesión, como consecuencia de alguna imposición de orden constitucional. Al contrario, la razón de la prohibición de los comportamientos de tenencia y portación de armas de fuego radica en que “La conducta incriminada queda excluida como posibilidad de configuración vital privada para cualquiera, con independencia de su respectivo contexto interno y, en especial, del contexto de sus proyectos. **El aspecto exterior de la conducta perturba *per se*, no por su contexto interno**”. En otros términos, “La conducta abstractamente peligrosa **sólo puede ser legítimamente definida como perturbación externa por la incalculabilidad de los posibles cursos de daño**” (Jakobs, Günther, “Criminalización...”, op. cit, pp. 311/312; la negrita se agrega).

Ello sentado, en lo atinente a la clase de relación concursal que media entre a figura de portación de arma de fuego y la de robo con arma de fuego, lo señalado en el último párrafo, acerca del fundamento de la prohibición consagrada por la primera de esas figuras, determina la exclusión de la posibilidad de considerar un concurso aparente entre esas normas, pues ni se trata de la prohibición de un mismo riesgo, ni resulta legítimo entender a la portación de arma de fuego como preparación punible de la otra conducta típica, en tanto ello supondría una manifiesta afectación del principio “según el cual se ha de separar un ámbito interno de otro externo; pues con esta restricción sólo se puede criminalizar razonablemente una conducta que *sin consideración de los proyectos actuales* del autor, no puede ser ya tolerada... si se permite la intromisión, desaparecen todos los límites para las anticipaciones de la punibilidad y se puede incriminar sin más cualquier conducta preparatoria” (Jakobs, Günther, “Criminalización...” op. cit, p. 311/312).

Tampoco corresponde afirmar, tal como lo hizo la sentencia impugnada, la existencia de un concurso real en el caso, toda vez que los extremos facticos que se tuvieron por acreditados en la decisión del *a quo*, confirmada por la presente en este aspecto, dan cuenta de una única decisión de acción, esto es, la de portar el arma de fuego al momento de cometer el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

robo e inmediatamente luego de cometido, hasta la concreción de la detención del autor; lo cual, en función de la redacción del artículo 164, última parte, del Código Penal, conduce a descartar la consideración de una pluralidad de conductas.

Por consiguiente, coincido con el colega Pablo Jantus en cuanto afirma que en el caso media un concurso ideal, pues, con su decisión de acción, el autor ha quebrantado tanto la norma que prohíbe el robo con arma de fuego (artículo 166, inciso 2º, párrafo 2º de la ley penal), como aquella que tipifica a la portación de arma de fuego (artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo 4º, del código de fondo). Esa doble violación de normas, producida mediante una única acción, se ubica entonces en lo regulado por el artículo 54 del Código Penal.

Por esa razón corresponde en este aspecto, casar la resolución recurrida en punto a la errónea imposición del artículo 55 de la ley penal material, y resolver el caso a través de la aplicación del artículo 54 de ese ordenamiento, conforme a la doctrina arriba expuesta.

III

En lo referido a la determinación de la pena que el tribunal de juicio llevó a cabo, coincido también con el colega preopinante acerca de que fueron respetadas estrictamente las exigencias normativas aplicables para considerar, en este punto, a la sentencia como ajustada a derecho.

Sin embargo, la variación en la clase de concurso que media entre los delitos acreditados, la cual determina pasar de la forma más gravosa afirmada en la sentencia del *a quo*, a la de menor intensidad punitiva aquí declarada, conduce a resolver el caso (conf. artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación) mediante la reducción del monto punitivo.

Conviene aclarar que no se trata aquí de llevar adelante una nueva valoración de circunstancias fácticas relativas a la determinación judicial de la pena, tarea vedada a este tribunal, sino de una ponderación de orden estrictamente jurídico, derivada de la aplicación y resolución del caso en función de lo reglado por el artículo 54 de la ley penal.

En virtud de ello, coincido con el juez Jantus en cuanto estima que corresponde disminuir el monto de la sanción a imponer y determinar en definitiva el de siete años de prisión, accesorias legales y costas.

IV

Por último, en lo que hace a la declaración de reincidencia pronunciada por el tribunal oral, comparto con el colega preopinante su ponderación relativa a que el modo en que procedió el *a quo* para decidir esa cuestión, importó el quebrantamiento de lo reglado por el principio constitucional de defensa en juicio, al desconocer las pautas derivadas del principio acusatorio.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa; **CASAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo I de la sentencia recurrida; **CALIFICAR** el hecho por el que recayó la condena dictada respecto de P. D. O. como constitutivo de los delitos de robo agravado por haber sido cometido con un arma de fuego y portación ilegítima de arma de fuego de uso civil condicional, en concurso ideal, en calidad de coautor; e **IMPONER** a P. D. O. la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas; sin costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 54, 166, inc. 2°, párrafo 2°, y 189 *bis*, inciso 2°, párrafo 4°, del Código Penal, y arts. 456, 457, 469, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación presentado y, en consecuencia, **REVOCAR** el punto dispositivo II de la resolución recurrida, por el que se declaró reincidente a P. D. O.; sin costas (456, 469, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS

LUIS F. NIÑO

MARIO MAGARIÑOS

Ante mí:

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 31996/2014/TO1/CNC1

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CÁMARA