

Reg. n° 514/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 11 días del mes de julio del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Eugenio C. Sarrabayrouse y Luis F. Niño, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 551/559; en la presente causa **n° CCC 63.685/2013**, caratulada **“Orona, Alberto Javier s/recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I) El Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 de esta ciudad, con fecha 11 de junio de 2015, resolvió, en lo que aquí interesa: “1°) No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, formulado por el Sr. Defensor Oficial Dr. Daniel E. Parodi (art. 474 a contrario *sensu* del Código Procesal Penal de la Nación). 2°) Condenar a Alberto Javier Orona (...) por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de robo doblemente agravado por el uso de un arma de fuego y por ser cometido en poblado y en banda, en concurso real con portación de arma de guerra, a la pena de siete años y ocho meses de prisión (...) (arts. 12, 29 inc. 3°, 45, 55, 166 inc. 2°, 167 inc. 2° y 189, inciso 2°, 4° párrafo del Código Penal). 3°) Condenar(lo) en definitiva (...) a la pena única de veintiocho años de prisión (...), comprensiva de la impuesta en el punto que antecede, y de la pena única de veintidós años de prisión (...) dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2, en la causa n° 1742 de dicha Sede, comprensiva de la de diecinueve años de prisión, accesorias legales y costas, impuesta en la causa mencionada, y la de cuatro años de prisión (...), impuesta el 19 de septiembre de 2005 por el Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial de Mercedes en la causa n° 967/3418/01 (art. 58 C.P.N.). 4°) Revocar la libertad condicional otorgada oportunamente a Alberto Javier Orona en el marco del legajo nro. 118.209 del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2 (art. 15 C.P.N.). 5°) Declarar(lo)

reincidente (art. 50 C.P.N.)” (cfr. fs. 518/519 vta.). Sus fundamentos fueron dados a conocer el día 18 del mismo mes y año (cfr. fs. 523/538 vta.).

II) Contra dicha resolución, Orona interpuso recurso de casación *in pauperis* (cfr. fs. 541/548 vta.), el que fue desarrollado por su defensor oficial, Daniel E. Parodi (cfr. fs. 551/559), concedido por el *a quo* (cfr. fs. 560/562) y debidamente mantenido en esta instancia (cfr. fs. 565).

III) El 17 de septiembre del año 2015, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle al recurso de casación interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 568).

IV) Durante el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó el defensor oficial Mariano P. Maciel, a cargo de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien reiteró los fundamentos del recurso de casación expuestos por su colega de la anterior instancia (cfr. fs. 571/581).

V) El 13 de abril de 2016 se celebró la audiencia prevista por el art. 468 en función del 465, CPPN, de la que se dejó constancia en el expediente a fs. 593, y a la que compareció el defensor oficial Mariano P. Maciel, quien insistió en los agravios expuestos en el recurso de casación y término de oficina.

CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1.- Los jueces del *a quo*, al momento de resolver, tuvieron por acreditado que “el día el 13 de noviembre de 2013, aproximadamente a las 9.20 horas, en las inmediaciones del cruce de las calles Piran y Lavoisier de esta ciudad, oportunidad en la que Andrés Avelino Villalba Correa –quien circulaba a bordo de su Peugeot 307, dominio GDO-

233– detuvo su marcha en el lugar de referencia para atender un llamado telefónico, fue interceptado por el Fiat Palio, dominio IAR-425 –en el que se encontraban tres sujetos, uno de ellos Alberto Javier Orona– el cual se interpuso delante de su rodado y, de esta manera impidió que pudiera continuar con su marcha o bien emprender escape alguno.

Seguidamente, del mencionado Fiat Palio descendió un hombre de aproximadamente 35 años de edad, delgado, de estatura media, cabello corto oscuro, quien vestía un pantalón de jean y una camisa celeste, y tras acercarse al rodado del damnificado, esgrimió la escopeta Gaucha LGA, serie n° 87768 –la cual se encontraba cargada con, al menos, dos cartuchos de munición y se encontraba en condiciones inmediatas de uso–, apuntó dicha arma hacia Correa y le exigió que le entregara todos sus efectos personales. Frente a esta violenta situación, Correa le dio su teléfono celular, luego de lo cual este sujeto le arrancó de su brazo el reloj marca Seiko que portaba y, además, le sustrajo su billetera de uno de los bolsillos de su camisa, la cual contenía dos mil ciento cincuenta pesos en efectivo, su licencia de conducir y una tarjeta de crédito del Banco Patagonia, propinándole un golpe en la cabeza con la culata de la escopeta que portaba, provocándole lesiones.

En ese instante, Correa advirtió que un segundo sujeto que posteriormente fuera identificado como (...) Orona, se acercó hacia el Peugeot 307 en el que se encontraba y, en forma violenta, le exigió qu(e) le entregara las llaves del auto y que se bajara de aquél, luego de lo cual el damnificado se vio despojado de su rodado.

Orona y su cómplice ascendieron al Peugeot 307 de la víctima y se dieron a la fuga, al tiempo en que un tercer sujeto que todavía permanecía sobre el Fiat Palio antes mencionado hizo lo propio a bordo de aquel.

Sin embargo, antes de que esto ocurriera, es decir justo cuando los rodados de mención emprendían su fuga, Correa escuchó un ruido

asimilable al de un disparo de arma de fuego, situación también advertida por los propios autores del episodio quienes comenzaron a realizar maniobras peligrosas que concluyeron con el vuelco del Peugeot 307 en el que se encontraba (Orona).

En ese momento, Francisco Doronzo y Claudia Liliana Benza, quienes se encontraban en el interior de su domicilio sito en la calle Núñez 5219, escucharon un fuerte estruendo que provenía de la calle, por lo que se dirigieron hacia el exterior de su vivienda, advirtiendo que el Volkswagen Gol Trend, dominio IWR-844, que era propiedad de su hijo en común y estaba estacionado en la vía pública, se había incrustado contra un poste de luz, mientras que cerca de aquel se encontraba el Peugeot 307 que era propiedad de Correa, volcado sobre el lado del acompañante.

Del interior de este último vehículo salió un sujeto que rengueaba –Orona–, mientras que otro individuo permanecía en su interior revolviendo los elementos que se encontraban en él, para luego salir del vehículo con una escopeta de aproximadamente 50 centímetros del vehículo e inició su fuga a pie por la calle Núñez hasta Díaz Colodrero, lugar en el cual –en presencia de los nombrados testigos– intentó sustraer, sin éxito, un vehículo que circulaba por allí.

Tras observar cómo los autores del hecho (...) se retiraban del lugar como así también la circunstancia de que el Peugeot 307 perdía mucha nafta a cada momento, los propios vecinos del lugar –junto con Doronzo y Benza– dieron vuelta el rodado y advirtieron que junto a él se encontraba un cartucho de escopeta color rojo y una billetera marrón, símil cuero, que contenía dinero en efectivo, tarjetas de crédito, y la licencia de conducir del damnificado Andrés Avelino Villalba Correa, todo lo cual fue posteriormente secuestrado por el personal policial que tomó intervención en el caso.

Fue el propio damnificado Correa quien se hizo presente en el lugar minutos después, y tomó la documentación del automóvil para luego aguardar allí hasta el arribo del personal médico que lo trasladó hasta el Hospital Pirovano. También en ese lugar fue abandonado el Fiat Palio dominio IAR-425, utilizado por los agresores para concretar el despojo antes descripto, en cuyo interior se halló una mochila negra, gris y roja, una campera negra, el DNI n° 12.713.339 expedido a nombre de Elizabeth Cristina Russo, tres billeteras negras sin ningún contenido, una billetera marrón con distinta documentación expedida a nombre de la nombrada Russo, dentro de la cual se destaca una credencial plástica que reza "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", una tarjeta de crédito del Banco Galicia, una licencia de conducir y la cédula verde del Fiat Palio, dominio IAR-425.

Ahora bien, luego de que el personal policial tomara conocimiento de lo ocurrido, se realizó un rastrillaje en la zona que concluyó con la detención de Alberto Javier Orona al 5540 de la calle Crisólogo Larralde de esta ciudad.

Asimismo, fue posible corroborar que el Fiat Palio rojo, dominio IAR-425, era propiedad de la nombrada Elizabeth Cristina Russo, el que había sido violentamente sustraído ese mismo 13 de noviembre, poco más de media hora antes del acaecimiento del episodio que es objeto de este proceso, es decir cerca de las 8.40 horas, en las inmediaciones del cruce de las calles Rivadavia y Gutiérrez, localidad de Villa Maipú, provincia de Buenos Aires.

Concretamente, Russo fue interceptada en esa oportunidad por un hombre que la apuntó con una escopeta y la obligó a descender del mencionado rodado, luego de lo cual el mencionado agresor y otros dos sujetos que se encontraban con él abordaron su vehículo y se dieron a la fuga en dirección hacia la Avenida de los Constituyentes.

Finalmente, la escopeta marca Gaucha LGA, serie n° 87768, fue secuestrada el 13 de noviembre de 2013 en el interior del Peugeot 408, dominio LLO-879, el cual fue sustraído alrededor de las 10 horas de ese mismo día, a una cuadra del lugar en el cual fueron abandonados el Peugeot 307 y el Fiat Palio de referencia.

En ese sentido, Manuel Eduardo Trilnick se encontraba manejando el mencionado Peugeot 408 por la calle Pacheco cuando, al llegar a su intersección con Núñez, fue sorprendido por una persona que le exhibió dicha arma de fuego, lo obligó a detener su marcha y, tras forzarlo a descender de su vehículo, lo despojó de su rodado para luego darse a la fuga.

Este último fue hallado algunas horas más tarde, en jurisdicción de la comisaría 2° de Vicente López, provincia de Buenos Aires...” (cfr. fs. 526/528).

2.- El juez Goerner, que lideró el acuerdo, consideró que el hecho descripto debía encuadrar en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con portación de arma de guerra, y que Orona debía responder en calidad de coautor (arts. 45, 55, 166 inc. 2°, y 189 *bis*, inc. 2°, cuarto párrafo, CP).

En primer lugar, descartó la aplicación de la agravante de “poblado y en banda” sobre la base del principio de especialidad, dado que la pena del robo con arma de fuego era superior a la de aquella agravante.

Luego, sostuvo que la figura prevista en el art. 166 inc. 2°, anteúltimo párrafo, CP era un “delito complejo, de resultado en cuanto al robo y de peligro concreto, en cuanto a las lesiones” y que se fundaba “en el mayor peligro real corrido por el sujeto pasivo durante el robo”. Justificó su aplicación al caso porque se acreditó “la aptitud de las armas y de las municiones secuestradas” con las que Orona logró la sustracción.

Por otra parte, estimó probada la portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, tipificada en el art. 189 *bis*, inc. 2º, cuarto párrafo, CP, en virtud de lo declarado por los testigos Villalba Correa, Doronzo y Bensa, que observaron su utilización.

En este sentido, expuso que la Escopeta marca Gaucha-IGA n° 87768 fue descubierta en el rodado Peugeot 408 en jurisdicción de la Comisaría 2º de Vicente López, P.B.A., porque uno de los sujetos que acompañaba a Orona en el hecho tomó el arma al producirse el choque con el automóvil Gol Trend, para escapar y luego de unas cuerdas interceptar a Manuel Eduardo Trilnick, sustraerle su vehículo y darse a la fuga.

El magistrado valoró que a ello se sumaba que de la pericia realizada a la vaina servida calibre 16 hallada a un costado del Peugeot 307, surgía que aquélla fue percutida por esa escopeta, y, a su vez, que conforme lo informado por el Registro Nacional de Armas, Orona no tenía autorización legal para portar.

Definió a la “portación” como “el hecho de disponer en lugar público o de acceso público de un arma cargada en condiciones de uso inmediato”, lo que también consideró verificado en autos a través de la pericia de fs. 233/237.

Especificó que “mediando tales circunstancias (...) aumenta(ba) –respecto de la simple tenencia– el peligro para el bien jurídico “seguridad pública” al ser mayor el poder ofensivo del autor”.

Aclaró que para la configuración de la portación era necesario, además, no sólo que el autor conociera la presencia del instrumento, sino que tuviera la voluntad de posesión; y que ello se vislumbraba en el caso a partir de la confesión de Orona, a través de la cual reconoció el hecho endilgado.

Evaluó que el delito se consumó porque “desde la sustracción hasta su detención, Orona tuvo la disponibilidad sobre los bienes

sustraídos”. En esta línea, refirió que se probó “la posibilidad de disposición con la que contaron los autores del hecho en relación a los efectos sustraídos”, en función de la “teoría de la disponibilidad”, según la cual “el apoderamiento requ(ería) que el autor haya obtenido real y efectivamente la disposición material del objeto sustraído, bloqueando a su vez esa posibilidad por parte del sujeto pasivo”.

Así, advirtió que “en el hecho en análisis, el damnificado y los vecinos que se encontraban en la zona dieron aviso de lo ocurrido al móvil policial, una vez que los autores del hecho ya se habían retirado del lugar e indicó la dirección en que éstos se fugaron ya sin tenerlos a la vista” y que “luego del choque que sufriera Orona y uno de sus cómplices al intentar huir con el vehículo Peugeot Modelo 307, ambos salieron del interior del mismo, y tuvieron tiempo para revisar su interior, y luego emprender la fuga”, de conformidad con lo declarado por Claudia Liliana Bensa.

Asimismo, afirmó que Orona debía responder como coautor de los delitos de robo agravado y portación de arma de guerra “debido al codominio del hecho y a la división de funciones evidenciada durante el mismo con otros dos sujetos aún no individualizados”.

Por último, aclaró que ambas figuras tutelaban bienes jurídicos bien diferenciados: la seguridad pública con una protección indeterminada o general y la propiedad; y descartó la aplicación del principio de subsidiariedad en el caso del delito de peligro abstracto, porque “supone un peligro más colectivo que no se agota en la lesión que se produzca”.

Agregó que si bien, en general, por aplicación del beneficio de la duda, dichas figuras concursaban idealmente si no existían pruebas que demostraran lo contrario, porque la única portación que podía ser considerada era la del momento de su efectiva utilización en el robo, en el caso existió un concurso real porque Orona confesó “la comisión del

hecho tal y como se le atribuyera en el requerimiento de elevación a juicio, con lo cual p(odía) afirmarse, sin afectación a aquel principio, que ha existido una posesión anterior y posterior al suceso”.

3.- Los jueces Dieta de Herrero y Bustos Lambert, que conformaron la mayoría, adhirieron a las consideraciones realizadas por el juez que lideró el acuerdo.

Sin embargo, se apartaron en lo atinente a la agravante prevista en el art. 167, inc. 2º, CP porque consideraron que debía aplicarse al hecho objeto de estudio toda vez que se demostró que intervinieron tres personas y que se desarrolló en lugares poblados.

4.- Sobre la base de la calificación escogida por la mayoría del tribunal, y en función de lo establecido en los arts. 40 y 41, CP, se consideró adecuada la imposición de una pena de siete años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas.

En este punto, se valoraron como agravantes la violencia desplegada en el suceso –particularmente el golpe dado a Correa con la culata de la escopeta–, el daño patrimonial causado –porque al intentar huir, Orona y sus cómplices chocaron el rodado Marca Peugeot 307 propiedad de Avelino Villalba Correa, impactándolo sobre el vehículo marca Volkswagen modelo Gol Trend, propiedad del hijo de Doronzo y Bensa–.

Y como atenuantes tuvieron en cuenta la confesión de Orona en el debate oral y público, su evidenciado arrepentimiento, la buena relación con su familia –que permitía su contención– y su temprano inicio en la actividad laboral.

Luego, en función de lo dispuesto en el art. 58, CP, unificaron dicha pena con la pena única de veintidós años de prisión, accesorias legales y costas, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 en la causa n° 1742; y, utilizando el método compositivo, estimaron

pertinente la pena única de veintiocho de prisión, accesorias legales y costas.

Asimismo, por la fecha de comisión de los hechos, decidieron revocarle la libertad condicional concedida el 2 de mayo de 2012 en el marco del legajo nro. 118.209 del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2.

En otro orden de ideas, los jueces, con remisión a distinta jurisprudencia de la Corte Suprema, rechazaron el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia realizado por la defensa, destacando que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal era un acto de suma gravedad institucional.

En esta línea, señalaron que Orona cumplió pena privativa de libertad de modo efectivo, en calidad de condenado, como consecuencia de la última sanción impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 – porque conforme se desprendía de fs. 27 del legajo de personalidad el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2 le concedió la libertad condicional el 2 de mayo de 2012–, y que no transcurrió el plazo previsto por el art. 50, CP.

5.- Contra dicha decisión Orona interpuso recurso de casación *in pauperis* –con la asesoría jurídica del Centro Universitario de Devoto–; y su defensor oficial, Daniel E. Parodi, profundizó los argumentos allí expuestos.

En dicha presentación se agravió porque consideró erróneamente aplicado el art. 55, CP, en doble sentido.

En primer lugar, porque a su entender debía descartarse en el caso la agravante de “poblado y en banda”, por aplicación del principio de especialidad, ya que la pena del robo con arma de fuego era superior a la de aquélla figura.

En este punto, manifestó que si un hecho encontraba adecuación típica en dos figuras agravadas dependientes del mismo tipo simple, sólo

correspondía aplicar la más grave, y que en el caso ésta era la de robo con armas, en función de la mayor pena prevista para este delito.

En segundo lugar, porque consideró que también correspondía descartar la aplicación de la figura prevista en el art. 189 *bis*, inc. 2º, cuarto párrafo, CP, en tanto no existían pruebas de una tenencia pretérita del arma por parte de Orona ni de una posterior al momento en que descendiera del rodado y emprendiera su huída.

En esta línea, adujo que de los hechos que se tuvieron por acreditados surgía que la posesión del arma por parte de Orona sucedió temporalmente con el desapoderamiento del rodado 307, propiedad de Correa, que culminó con su detención luego de que aquél volcara; y que si bien la portación del arma de guerra o de uso civil tenía autonomía delictual, en este caso en particular su detentación quedó subsumida en el delito robo porque fue utilizada exclusivamente en el marco de su perpetración.

En este orden de ideas, expresó que la tenencia de arma de guerra era un delito de peligro abstracto; y que si el fundamento de su punibilidad radicaba en la posibilidad de que con las armas se cometieran delitos, el comienzo de ejecución de cualquiera de ellos, en los que se utilizara el arma como medio de comisión, producía el desplazamiento de la figura de peligro abstracto a la figura autónoma que contemplaba el empleo de armas como circunstancia agravante de la calificación.

En definitiva, entendió que existía un concurso aparente de leyes en la medida en que la tenencia ilegítima quedaba absorbida en el robo agravado por su comisión con armas.

Asimismo, entendió que se efectuó una errónea interpretación del art. 167 inc. 2º, CP, al haberse otorgado en la sentencia un alcance equivocado al concepto normativo “banda”.

En este sentido, refirió que para su aplicación no bastaba con la mera intervención de tres personas en el evento, sino que se requería una

organización, cohesión y distribución de roles, siendo necesario, a tal fin, comprobar la existencia de los elementos que tipificaban a la asociación ilícita.

Además, se agravio porque consideró que se inobservaron las normas contempladas en los arts. 40 y 41, CP al efectuar el juicio de mensuración de la pena, al aplicarse una pena un año superior al mínimo legal aplicable, y que debió imponerse una menor, en virtud de las condiciones personales de su defendido.

En la misma línea, estimó que los jueces fueron arbitrarios al discernir la pena única impuesta, más allá de que habían recurrido al método compositivo, y que además afectaron el ideal resocializador como fin de las penas, porque no se expidieron acerca de la forma en que aquélla resulta indispensable para el logro de ese fin en el caso concreto.

Por último, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, CP, sobre la base de que dichos preceptos vulneraban los principios constitucionales de culpabilidad y *ne bis in ídem*, y lo prescripto en los arts. 18, CN, 8.4, CADH y 14.7, PIDCyP.

Esgrimió que las consecuencias de dicho instituto se traducían en un incremento de la reacción punitiva estatal, lo que se evidenciaba a partir de lo establecido en el art. 14, CP.

Y luego, señaló que el instituto de la reincidencia resultaba inaplicable en el caso concreto porque de autos no surgían datos respecto del avance de Orona en su anterior condena dentro del régimen progresivo de la pena.

Sobre dicha base, peticionó que se case la decisión recurrida por errónea aplicación de la ley, se reduzca la pena impuesta y se declare la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, CP.

6.- De lo hasta aquí expuesto, surge que los agravios del recurrente se reducen a criticar:

a) La aplicación al caso de la figura prevista en el art. 167 inc. 2º, CP, ya sea por el modo en que aquélla concurra con el delito tipificado en el art. 166 inc. 2º, CP, ó por la interpretación que cabe otorgar al término “banda”.

b) La forma en que el *a quo* resolvió que concursaban los delitos de los arts. 166 inc. 2º, CP y 189 *bis* inc. 2º, cuarto párrafo, CP en el caso concreto.

c) La constitucionalidad de los arts. 14 y 50, CP; y su aplicabilidad respecto de Orona.

d) La mensuración de la pena, tanto en lo relativo a la pena de siete años y ocho meses de prisión como a la pena única de veintidós años de prisión impuestas por el *a quo*.

7.- Aunque uno de los planteos del recurrente se encamina a cuestionar el modo concursal en que debería relacionarse el robo agravado por su comisión en “poblado y en banda” con el agravado por su comisión con “arma de fuego”, el tratamiento de esta cuestión queda supeditado, necesariamente, a la respuesta que se otorgue a otro de los agravios esgrimidos por la parte, que se dirige a establecer el alcance que cabe otorgar al término “banda”.

Así las cosas, lo primero que corresponde determinar es si, como lo sostienen los jueces del *a quo* que conformaron la mayoría, para la aplicación de la agravante de “banda” basta con la corroboración de que en el suceso concreto han intervenido tres personas; o si, como lo pretende el recurrente, para su aplicación se exige algo más que la simple prueba de aquél dato objetivo.

Tal como lo expresé en “Giancarelli” y en diversos precedentes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, una correcta interpretación de la ley conduce a concluir que para que la “banda” funcione como agravante

del delito de robo resulta ineludible que reúna los elementos de la asociación ilícita prevista en el art. 210, CP¹.

En la sentencia bajo estudio, empero, nada se dice acerca de que el acuerdo criminal haya excedido la intervención puntual en los sucesos acaecidos el 13 de noviembre de 2013.

Por tal razón, corresponde casar la sentencia impugnada en lo que a este punto se refiere, y descartar, en el caso concreto, la agravante de “banda” prevista en el art. 167 inc. 2º, CP.

Esta solución torna inoficioso el tratamiento del agravio vinculado a la relación concursal existente entre la figura del art. 167 inc. 2º, CP –ya descartada– y la del art. 166 inc. 2º, CP.

8.- Aclarado ello, cabe entonces abordar el planteo de la parte referido al modo en que deben concursar los delitos previstos en los arts. 166 inc. 2º y 189 *bis*, inc. 2º, cuarto párrafo, CP.

Como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, en más de una oportunidad concluimos, junto con mis colegas Juan F. Giudice Bravo y Gustavo Pablo Valle, que, como regla general, no correspondía concursar un delito de peligro abstracto o común –como el de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal– con el de puesta en peligro concreto de bienes jurídicos individuales –como el robo con arma de fuego–, por darse entre ambas figuras una unidad de leyes o concurso aparente, por aplicación del principio de subsidiariedad tácita.

Este enfoque de la cuestión fue explicado en distintas sentencias del tribunal mencionado, por caso, la recaída en las causas “Banegas,

¹ Cfr. mi voto en las causas “Giancarelli, Sebastián Ezequiel”, n° 69.269/13, rta. el 1/12/15, reg. nro. 709, de la Sala II de esta Cámara; “Ruiz, Franco David por el delito de robo agravado por haber sido cometido con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada”, n° 2496, del 1/2/07 y “Berdum, Claudio Norberto, Duarte, Stella Maris y Lugo, Florencio Mario por los delitos de tentativa de robo y tentativa de hurto”, n° 2401/2457, del 27/9/06, estas últimas del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de esta ciudad.

Patricio Luis sobre robo con armas en grado de tentativa”² y “Fernández, Norberto Osvaldo sobre portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal”³.

En el primero de esos precedentes se dijo: “...Ello así, pues la acción de llevar, sin la debida autorización legal un arma de fuego cargada en la vía pública, o sea, en condiciones inmediatas de uso, sólo puede adquirir la categoría de delito si lo que se pretende es criminalizar el campo previo a la tentativa o, dicho de otro modo, los actos preparatorios de un delito concreto a fin de reforzar, por esa vía, la prohibición de la comisión de delitos con armas de fuego.

Por tal razón, si se verificara un principio de ejecución de ese último delito, tal como ocurre en el caso, se producirá el desplazamiento del tipo previsto en el art. 189 *bis*, inc. 2º, cuarto párrafo, CP por aquél otro que haya sido ejecutado. El tipo penal que prohíbe la portación de armas constituye, en definitiva, un hecho anterior cocastigado que queda desplazado por subsidiariedad tácita por la tentativa del hecho posterior”⁴.

Esta regla no decae (dicho de otro modo: la portación no gana autonomía) por la sola circunstancia de que en el requerimiento de elevación a juicio se haya hecho mención a un hecho anterior al que fue materia de juzgamiento –lo que de por sí resulta extraño–, aunque esté acompañada del reconocimiento del condenado acerca de que los hechos ocurrieron tal como fueron descriptos en esa pieza procesal.

En todo caso, en el supuesto de que eventualmente se juzgue el hecho precedente, deberá aplicarse la regla concursal aquí propuesta

² Cfr. fallo “Banegas, Patricio Luis s/robo con armas en grado de tentativa”, causa n° 2312 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, rta. el 12/4/06.

³ Cfr. fallo “Fernández, Norberto Osvaldo s/portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal”, causa n° 2167 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, rta. el 5/5/06.

⁴ Cfr. WESSELS, JOHANNES; Derecho Penal, Parte General; Depalma; 1980; pp. 238/239.

entre la portación del arma y el robo del que habría sido víctima la Sra. Russo.

Sobre esta base, también cabe hacer lugar a este agravio de la defensa, y descartar la aplicación al caso del delito tipificado en el art. 189 *bis*, inc. 2º, cuarto párrafo, CP.

9.- El recurrente plantea también la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, CP e inaplicabilidad de la reincidencia en el caso concreto.

Sin embargo, la Corte Suprema ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica a resolver en este asunto, pues, en el precedente “Arévalo” ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de ese tribunal, explicitada en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP. Ello va dicho sin perjuicio de que el agravio relativo a la regla prevista en el art. 14, CP, en el caso concreto, no es actual, toda vez que Orona aún no ha satisfecho el requisito temporal exigido para el acceso al régimen de libertad condicional (adviértase que en el precedente “L’Eveque” se trataba de un caso en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Coreccional había declarado la inconstitucionalidad del art. 14, CP y concedido la libertad condicional al condenado).

Por otra parte, cabe agregar que lo relativo al tiempo sufrido como condenado requerido para considerar que ha habido cumplimiento parcial de la pena anterior, también fue expresamente resuelto en “Gómez Dávalos”. En lo que aquí interesa, allí se dijo:

“5º) Que, a juicio del Tribunal, el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza

de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida.

Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, *independientemente de su duración*, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Es cierto que podrían presentarse supuestos extremos en los que la escasa magnitud de la pena cumplida ofreciera alguna dificultad en la solución, pero esta hipótesis no pasó por alto en el debate parlamentario, donde el senador De la Rúa expresó: “Entendemos que esto no es del todo claro para ciertas situaciones intermedias, límites o excepcionales cuando, por ejemplo, el tiempo de cumplimiento parcial es muy breve, casi insignificante. *Con todo, refirma el sistema de reincidencia real que se adopta.* Hay que reconocer que el juez puede tener cierta elasticidad para situaciones excepcionales cuando, por ejemplo, se trata de una diferencia de un solo día o incluso pocos días de prisión...” (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, 15 de febrero de 1984, pág. 578).

6º) Que, sin dejar de recordar que la norma no ha impuesto un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance, corresponde puntualizar que esta Corte no comparte la interpretación propuesta por la defensa porque ella conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo (...).

(...) Por otra parte, si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, *que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior*, con el único

requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial” (sin bastardilla en el original).

La tesis de la Corte, conforme a la cual, el solo dato objetivo de la condena anterior resulta suficiente para concluir que concurre el requisito de cumplimiento parcial de la pena anterior, sin condicionamientos vinculados a un tiempo de duración específico o a un avance determinado en el tratamiento penitenciario fue ratificado, dos años después de “Gómez Dávalos”, en “Gelabert” (Fallos 311:1209), fallo en el que se reiteró el criterio según el cual sólo se requiere “...*el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración*”.

Sobre esta base, y toda vez que como se afirma en la sentencia recurrida, Orona ha cumplido tiempo en detención en calidad de condenado, en el marco de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2, corresponde concluir que ha sido correcta la interpretación del *a quo* conforme a la cual ha habido cumplimiento parcial de la pena y, por añadidura, es igualmente correcta la declaración de reincidencia.

10.- Por todos estos motivos, corresponde: a) rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, en lo atinente a los cuestionamientos dirigidos contra los puntos 1° y 5° de la resolución recurrida; b) hacer lugar parcialmente al recurso de casación, casar los puntos dispositivos 2° y 3° de la decisión impugnada y, en consecuencia, condenar a Alberto Javier Orona por resultar coautor del delito de robo agravado por el uso de un arma de fuego; c) en función de la nueva calificación legal asignada al hecho, disponer el reenvío de las presentes actuaciones a un nuevo tribunal para que, previa audiencia contradictoria, determine la pena que corresponde imponer a Alberto Javier Orona, sin costas (arts. 45 y 166 inc. 2°, CP y 456, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. En respuesta al agravio dirigido por el recurrente para que se deje sin efecto la calificación contenida en el art. 166 inc. 2º del código sustantivo, en función del alcance del término “banda”, adelanto que habré de arribar a la misma solución del colega Morin en punto a descartar tal agravante, aunque por distintos argumentos.

En diversas intervenciones como, juez ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 tuve la oportunidad de expedirme sobre el tópico⁵.

Allí di cuenta de que “(a) despecho de todas las elucubraciones de la doctrina mayoritaria y de todos los esfuerzos interpretativos de la jurisprudencia, sólo existen dos vías para precisar el concepto de banda en el derecho penal positivo vigente en nuestro país. Por una de ellas se concibe al sustantivo “banda” como un elemento normativo del tipo. No está huérfana de asidero tal alternativa. En tanto que el Proyecto de 1.917, base incontrastable del Código Penal que rige desde 1922, incluía su definición en el artículo 78 de su texto, como la “asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados”, la respectiva comisión revisora del Senado de la Nación se inclinó por suprimir tal referencia, toda vez que la definición en cuestión obraba ya con toda precisión en el artículo 210 del Proyecto. Y el gran mentor del Código, Rodolfo Moreno (h), lo afirmó rotundamente al señalar la sinonimia entre “banda” y “asociación ilícita compuesta de tres o más personas y destinada a cometer delitos” (MORENO, Rodolfo: “El Código Penal y sus antecedentes”, Tomassi, Buenos Aires, T. V, p. 142).

No obstante ello, recordando que es la letra de la ley la que se nos impone y no la voluntad del legislador al confeccionarla, entiendo que la conjunción disyuntiva “o”, presente en el tipo legal del referido ilícito contra el orden público, no equipara los términos “asociación” y “banda”, sino que los propone como modalidades alternas, del mismo

⁵ V. gr. en causa n° 3634 “Chacón C.A.” (TOC 20, rta. el 12.12.2011).

modo que se menciona al odio racial o religioso en el artículo 80, inciso 4º, del mismo cuerpo de leyes, al cuerpo o la salud en el artículo 89 idem o al detenido o preso en el artículo 143, inciso 1º, ibídem.

La restante vía –a la que adscribo- considera que tal vocablo configura un elemento descriptivo cuyo significado debe procurarse en el Diccionario de la Lengua Española. Las cuatro acepciones básicas de dicho término, que se estima derivado del gótico *bandwô* –signo o bandera- aluden a un gran número de personas o cosas.

“Grupo de gente armada”, se expresa en primer lugar; “grupo” es “pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado”; y “pluralidad” es “multitud, número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas”.

Se indica, en segundo término, “parcialidad o número de gente que favorece y sigue el partido de alguien”; y “parcialidad” es “unión de algunas personas que se confederan para un fin, separándose del común y formando cuerpo aparte”, o “conjunto de muchas personas, que componen una familia o facción separada del común”.

Una tercera acepción nos acerca a otros dos sustantivos. En cuanto se refiere al género humano, “bandada”, alude a un “tropel o grupo bullicioso de personas”, donde “tropel” es “muchedumbre”; y es “muchedumbre”, la “abundancia y multitud de personas o cosas”. A su turno, “manada” nombra, en igual sentido, a una “cuadrilla o pelotón de gente”; y si “cuadrilla” nombra a un “grupo de personas reunidas para el desempeño de algunos oficios o para ciertos fines”, “pelotón” representa un “conjunto de personas sin orden y como en tropel”.

Por fin, la cuarta significación recorta el marco semántico, al elucidar el alcance de la voz banda como “pandilla juvenil con tendencia al comportamiento agresivo”. “Pandilla” es “liga o unión” y, más específicamente, “liga que forman algunos para engañar a otros o hacerles daño”; o bien, “bando” o “bandería”, lo que nos retrotrae al

inicio de este nuevo intento de desentrañar el ámbito descriptivo de la voz empleada por el legislador.

De todas las palabras reclutadas precedentemente, sólo una denota una cantidad concreta: “cuadrilla”. Derivada de “cuadro”, del latín *quadrum* que, a su vez, procede de *quattuor* (cuatro), la cuadrilla es, en su acepción jurídica puntualmente obrante en el Diccionario de la Lengua Española, “conurrencia de más de tres malhechores armados para la comisión de un delito, que en algunos ordenamientos se considera circunstancia agravante”.

Luego, extrayendo el elemento descriptivo “banda” del lenguaje natural, reglado para nuestro idioma por la Real Academia Española, y desentrañando su recto sentido, es lícito concluir que con él se denomina a **un grupo de –al menos– cuatro personas que actúan armadas para la comisión de un delito o bien unidas, ligadas o confederadas para un cierto fin, especialmente para engañar o hacer daño a otro u otros.**

Tal ha sido mi criterio desde el lejano precedente de la causa n° 108 de este órgano colegiado, caratulada “KOZ, Daniel Orlando” y resuelta el 20 de Octubre de 1994.

Considero constitucionalmente aceptable, empero, la primera interpretación, que procura en la letra de la ley el esclarecimiento de las notas características de la zarandeada palabra.

Lo que prosigo reputando inadmisibile, porque contraría abiertamente el principio de legalidad constitucionalmente consagrado, es la lisa y llana invención de un tercer concepto, que sustrae el mero dato numérico “tres” del precepto del artículo 210 del ordenamiento sustantivo y lo libera de los requisitos que esa norma exige cuando la equipara a una asociación organizada de personas destinada a cometer delitos indeterminados. Con el mayor respeto por todos quienes así opinan, estimo que esa construcción rebasa, inclusive, los límites de la

mera interpretación extensiva y se expresa como una creación judicial del Derecho en contra del imputado.

En este orden de ideas y afirmándome en la concepción doctrinal que suscribo desde hace décadas, adhiero a la solución propuesta por el colega preopinante, casando la sentencia en lo que a este agravio se refiere y descartando la agravante contenida en el art. 166 inc. 2º, CP.

II. En lo que importa al segundo cuestionamiento al fallo recurrido, mediante el cual se pretende la aplicación de un concurso aparente de leyes entre las figuras legales de robo y portación, concuerdo con las reflexiones del voto que lidera el acuerdo en lo que importa desestimar, como relevante para la solución del punto, la confesión del imputado sobre hechos que no formaron parte del objeto procesal. Sin perjuicio de ello, arribaré a una distinta solución.

La cuestión a tratar es sustancialmente análoga a la resuelta el 23 de octubre de 2001 en la causa n° 1050 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, oportunidad en la que concluí que correspondía pronunciarme asertivamente respecto de la unidad de conducta con pluralidad típica que configura el concurso ideal, en casos como el que aquí presenta.

Haré una breve síntesis de las razones que me condujeron a alcanzar la postura que, transcurridos más de tres lustros, sigo sosteniendo.

El tema, siempre vale resaltarlo, trasciende el plano estrictamente legal, revistiendo neta índole constitucional: de la delicada tarea de contabilizar el número de hechos –en el sentido del art. 18 de nuestra Ley Fundamental– imputables a un sujeto dependerá la incolumidad o la obliteración de principios tales como el de legalidad y el de “non bis in idem” (Maurach-Gössel-Zipf, “Derecho Penal, Parte General”, T. 2, Astrea, Bs. As., 1995, p.513). Hace, pues, a la esencia de un derecho

penal de acto como el consagrado por el juego armónico de los arts. 18 y 19 de nuestra magna Carta, la cuidadosa distinción entre la unidad o pluralidad de conductas, de cara a un caso dado (Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Bs. As., 2000, p. 815).

En ese sentido, si lo “decisivo, en cualquier caso, es determinar cuándo debe valorarse todo lo actuado como una conducta y cuándo como una pluralidad de conductas” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, op. cit., p.817); y si hemos de rendir modesto culto a la realidad que nos trasciende, la regla esencial será la de afirmar que el desvalor múltiple no multiplica el objeto desvalorado, por lo que se requiere “una consideración necesariamente combinada del mismo suceso” (idem) cuando su encuadre típico sea plural. Tal precisión, que parece obvia, no lo es tanto en épocas en las que ciertas tendencias doctrinales inficionadas de un rabioso idealismo reducen el delito al juicio de desvalor de su intérprete, en lugar de respetar su ontología de acto conflictivo, previa a toda valoración del legislador, del juez o del estudioso.

Cabe rememorar, por fin, que fue Carlos Tejedor quien, en el artículo 178 de su código determinó que “si el mismo culpable comete muchos crímenes al mismo tiempo y por una misma acción, se le aplicará la pena correspondiente al crimen mayor”; y que desde ese precedente, con alguna excepción aislada y sin concreción legal, todos los antecedentes patrios respetaron la regla del concurso ideal que hoy exhibe nuestro art. 54 del Código Penal.

Ni el número de tipos concurrentes ni el número de resultados típicos determina una pluralidad de conductas. Si, en un caso como el analizado, el resultado se confunde con la propia actividad cifrada en la portación, por la propia naturaleza de esa clase de ilícitos, pero esa portación se ciñe temporal y espacialmente a la ejecución de un delito más grave, que -por lo demás- recibe una calificación especial en virtud

de la utilización de elementos tales como el tenido, nos situamos frente a una sola conducta en la que el empleo de un medio no puede escindirse artificialmente de lo que cuadra considerar el plan concreto del autor.

Hay un factor final que unifica, que amalgama la trilogía configurada por la propuesta de un fin, la selección de los medios y la puesta en marcha de la causalidad. En este caso Orona y sus compañeros de tareas –cuya identidad se desconce, por cierto–, asaltaron a Andrés Avelino Correa conforme a un proyecto que ha quedado objetivado en los diversos testimonios volcados en la sentencia. El elemento seleccionado para la intimidación –equiparada a la violencia física en el robo– fue el arma secuestrada al imputado en las inmediaciones del lugar del hecho. Luego, si existe una superposición cronológica casi absoluta entre la mera relación real entre los imputados y el arma que, de ordinario, recibe un tratamiento diferencial por parte del legislador y el ataque contra la propiedad privada, la primera ingresa en el análisis del caso concreto como la peculiar modalidad de realización del robo planeado por el sujeto sometido a proceso.

Concluyo señalando que tampoco encuentro en la especie un caso de concurso aparente de tipos o leyes o de “unidad de ley”, según las diversas denominaciones de la doctrina, como se ha sostenido en doctrina (v. Ziffer, Patricia: “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, Ed. Temis, Bogotá, 1996). Si sólo la especialidad, la consunción y la subsidiaridad dan lugar a tal “unidad de ley”, estimo que no hay aquí margen para ninguna de tales relaciones de interferencia. No hay especialidad, por cuanto es tan concebible la realización del robo con armas diferentes de aquellas cuya tenencia se encuentra prohibida, como la tenencia de estas últimas sin que se cometa, a partir de ella, ataque alguno contra la propiedad, de lo que se sigue que no se produce el encerramiento conceptual propio de esa situación de concurso aparente; en otros términos, no hay dos tipos de

los cuales uno, además de exhibir las mismas notas características del otro, posee una más, que lo especifica.

No hay consunción porque tampoco hay encerramiento material, ya que no cuadra sostener que el desvalor de la característica eventual – empleo de armas de guerra– se encuentre abarcado o incluido en el tipo de robo con armas, habida cuenta de los diferentes bienes jurídicos protegidos y de la genérica referencia a elementos vulnerantes de la figura agravada contenida en el art. 166 inc. 2º del código sustantivo. Y no hay, esto es más obvio, subsidiaridad, por cuanto no acontece el desplazamiento de un tipo por otro por progresión gradual de la afectación.

En suma, nos situamos frente a una sola conducta que ha cumplido con los requisitos de dos figuras legales diversas, en virtud del plan escogido por sus autores, sin que exista interferencia en la operatividad de sendos preceptos. Y eso se llama concurso ideal, previéndose la consecuencia penal prevista por el art. 54 del Código Penal.

Por tales argumentos, entiendo que corresponde casar parcialmente la sentencia recurrida y, consecuentemente, condenar a Alberto Javier Orona por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con portación de arma de guerra sin la debida autorización legal.

III. En lo que refiere al planteo de inconstitucionalidad articulado por la defensa contra la declaración reincidencia de su asistido, vale apuntar que la cuestión traída a estudio es esencialmente análoga a la resuelta por esta Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional en el precedente “Cajal”⁶ –el cual, a su vez, remite a los considerandos expuestos en “Obredor”–, a la que me remito por

⁶ Causa n° 31507/2014, “Cajal, Hugo Ernesto s/ robo” (registro 351/2015, rta. 14/8/2015). Allí se hace remisión, a su vez, al precedente “Casal”, también de esta Cámara de Casación (registro n° 312/2015, rta. 4/8/2015).

razones de practicidad. En esa ocasión declaré la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, por entender que dicho instituto conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como el de prohibición del doble juzgamiento y/o punición (art. 33 de la Constitución Nacional y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU).

Por lo tanto, en el caso traído a consideración, corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal y revocar la decisión aquí impugnada (artículo 475 del Código Procesal Penal de la Nación), por cuanto declaró reincidente a Alberto Javier Orona.

IV. Visto el cambio de calificación y su consecuente impacto en la dosimetría de la pena considero pertinente, ante cualquier sospecha de parcialidad en el órgano juzgador, reenviar las presentes actuaciones a un nuevo Tribunal Oral en lo Criminal el cual deberá, tras la pertinente audiencia única, a la que deberán concurrir las partes y el afectado, fijar el monto punitivo de la sanción recaída a Alberto Javier Orona, bajo las pautas mensurativas receptadas en los arts. 40 y 41 del Código Penal de la Nación.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. Adherimos en lo sustancial al voto del colega Morin.

En este sentido y con respecto a la aplicación de la agravante de “banda” al robo, su tratamiento es anterior a la relación concursal existente entre ésta y el empleo de un arma de fuego. De allí que corresponde remitirse a lo dicho en los autos **“Giancarelli”**⁷ y

⁷ Sentencia del 1.12.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 709 / 2015.

“Ribon”⁸, en cuanto a que resulta necesario para configurar la banda que se encuentren presentes los requisitos exigidos por el art. 210, CP.

En relación con la especie de concurso que rige entre los delitos previstos en los arts. 166, inc. 2º y 189 *bis*, cuarto párrafo, CP, en el precedente **“Bareiro”**⁹ y con remisión a otra sentencia, se señaló que entre la portación de un arma fuego y la realización de otro delito correspondiente a la faz consumativa del *iter criminis*, existe un concurso aparente de leyes.¹⁰

2. También cabe rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la agravación de la pena por la reincidencia, en virtud de lo dicho en los autos **“Giménez”**¹¹, **“Medina”**¹² y **“Salto”**¹³, en los que se consignó la jurisprudencia constante de la Corte Suprema en la cuestión, favorable a la constitucionalidad del instituto.

3. Por último, corresponde analizar al agravio introducido por la defensa en el término de oficina, identificado como VII.a “inaplicabilidad del instituto de la reincidencia” (fs. 580 / 580 vta.).

De acuerdo con el voto del juez Goerner (punto IV, 4), para declarar reincidente a Orona se tuvo en cuenta su legajo de personalidad y que el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2, el 2 de mayo de 2012 había resuelto otorgarle la libertad condicional.

Por su parte, el recurrente señaló que del expediente no surgía dato alguno del avance que Orona alcanzó en su anterior condena,

⁸ Sentencia del 23.12.2015, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Jantus, registro n° 813 / 2015.

⁹ Sentencia del 26.11.2015, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 696 / 2015.

¹⁰ Como integrantes del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, Provincia de Tierra del Fuego, causa “Hermosi” del 11.12.2012, registro n° 35, t. II, folios 397 / 408, protocolo 2012, entre otros precedentes.

¹¹ Sentencia del 10.07.15, Sala I, jueces García, Sarrabayrouse y Días, registro n° 238 / 15.

¹² Sentencia del 3.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406 / 15

¹³ Sentencia del 27.08.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 374 / 15.

motivo por el cual ese Ministerio había “...iniciado los trámites necesarios para certificar esta circunstancia, la cual actualmente no ha podido ser recabada...” diligencias que, sin embargo, no alcanzaron ningún resultado, toda vez que nada se agregó al respecto. De esta manera no refutó ni rebatió lo afirmado en la sentencia recurrida. Si se tiene en cuenta lo reglado por el CP y la ley n° 24.660 con respecto a los requisitos para otorgar la libertad condicional, que exigen un avance en el régimen de ejecución de la pena, la defensa se ha limitado a plantear un agravio genérico, sin sustento en constancias de la causa, por lo cual no puede prosperar.

4. En cuanto al camino procesal a seguir, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y casar los puntos 2 y 3 de la sentencia impugnada. Asimismo, el caso debe reenviarse a un nuevo tribunal para que fije la pena aplicable al caso, según la calificación legal de los hechos aquí establecida. Sin costas (arts. 456, inc. 1°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE:**

I) RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, en lo atinente a los cuestionamientos dirigidos contra los puntos 1° y 5° de la resolución recurrida.

II) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, **CASAR** los puntos dispositivos 2° y 3° de la decisión impugnada, **CONDENAR** a Alberto Javier Orona por resultar coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego; y **DISPONER** el reenvío de las presentes actuaciones a un nuevo tribunal a fin de que, en función de la nueva calificación legal asignada al hecho y previa audiencia contradictoria, **FIJE** la pena que corresponde imponer a Alberto Javier Orona, sin costas (arts. 45 y 166 inc. 2°, CP y 456 inc. 1°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase a la Cámara Federal de Casación Penal para que sortee el nuevo tribunal de juicio que habrá de intervenir en el asunto, sirviendo la presente de muy atenta nota.

Eugenio C. Sarrabayrouse

Daniel Morin

Luis F. Niño

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara