

  
MARÍA JIMENA MONSALVE  
SECRETARÍA DE CÁMARA

REGISTRO N° 21.026.

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 19 días del mes de diciembre de dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las juezas doctoras Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa n° 9510 del registro de esta Sala, caratulada: "Fernández, Carlos Alberto y otros s/ recurso de casación". Interviene representando al Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y por la defensa, el doctor Reinaldo A. S. Bandini.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar las juezas doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que por decisión de fecha 8 de abril de 2008, cuyos fundamentos fueron leídos el 15 de abril del mismo año, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6, en las causas n° 2683/2752/2845 de su registro, resolvió: "I. **CONDENAR a CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ** [...] por considerarlo co autor del delito de robo doblemente agravado por su comisión con armas y en lugar poblado y en banda, en concurso ideal con el delito de lesiones leves, que a su vez concurren, en forma material, con la autoría de los delitos de portación de arma de guerra sin la debida autorización, encubrimiento agravado -por mayoría de votos- por el ánimo de lucro y resistencia a la autoridad, los que concurren realmente entre si, a la pena de **NUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 54, 55, 89, 164, 166 inc. 2º, 167 inc. 9, 189

CUDMCA

bis inc. 2º párrafo 4º, 239, 277 inc. 1º apartado 'c' e inc. 3º apartado 'b' del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); "II. **CONDENAR a CLAUDIO ANDRÉS VÁZQUEZ** [...] por considerarlo coautor de los delitos de portación de arma de guerra sin la debida autorización agravada -por mayoría de votos- por registrar el nombrado antecedentes penales por delito doloso contra las personas, encubrimiento agravado -también por mayoría de votos- por el ánimo de lucro y resistencia a la autoridad, los que concurren realmente entre si, a la pena de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 189 bis inc. 2º párrafos 4º y 8º, 239, 277 inc. 1º apartado 'c' e inc. 3º apartado 'b' del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); "III. **DECLARAR a CLAUDIO ANDRÉS VÁZQUEZ** [...] **REINCIDENTE** (art. 50 del Código Penal); "IV. **CONDENAR a HÉCTOR MATÍAS QUINTEROS** [...] por considerarlo coautor de los delitos de portación de arma de guerra sin la debida autorización agravada -por mayoría de votos- por encontrarse gozando el nombrado de una excarcelación, encubrimiento agravado -también por mayoría de votos- por el ánimo de lucro y resistencia a la autoridad, los que concurren realmente entre sí, a la pena de **CINCO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 189 bis inc. 2º párrafos 4º y 8º, 239, 277 inc. 1º apartado 'c' e inc. 3º apartado 'b' del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)" (Vid. fs. 665/666, y fundamentos agregados a fs. 675/723).

Contra la sentencia, las defensas de los imputados interpusieron sendos recursos de casación (fs. 734/756 y fs. 757/781), que fueron formalmente concedidos (fs. 786/788vta.) y mantenidos (fs. 810 y 812).

2º) Que en el escrito de interposición, los recurrentes expresaron motivos de agravio contemplados en ambos incisos del art. 456 del rito.

Como primera cuestión, la defensa de Fernández planteó la arbitrariedad de la sentencia en orden a la acreditación de la autoría de su defendido. Sostuvo que el

tribunal no contaba con elementos suficientes para dar preeminencia al reconocimiento que hiciera uno de los damnificados respecto de su asistido, por sobre las dudas que expresó al declarar como testigo.

Relató que en un primer momento el testigo Cattaneo sostuvo que en el momento en que su familia estaba siendo asaltada por un grupo de personas reconoció a uno de los autores como un ex compañero de trabajo, llamado Carlos Alberto Fernández, y lo increpó en ese momento, dando cuenta de que lo conocía. Adujo la defensa que su pupilo es efectivamente ex compañero de trabajo del testigo pero que, sin embargo, no se acreditó que fuera él quien participó en el ilícito.

Al respecto, memoró que el mismo Cattaneo sostuvo frente a los jueces durante la audiencia de juicio que no estaba seguro de que la persona que él creyó haber reconocido en aquel momento fuera efectivamente Fernández. Sindicó la defensa que los jueces tuvieron por probado que el testigo en realidad no albergaba dudas respecto del primigenio reconocimiento debido a que, de conformidad con todos los testimonios de los damnificados, el grupo de asaltantes decidió huir y abandonar el propósito de ingresar a la casa de Lusardi cuando oyeron que Cattaneo llamó a uno de ellos por su sobrenombre "Cabritos" o "Carlitos"; se sostuvo también que el testigo se encontraba atemorizado por llamadas amenazadoras que habría recibido, y porque no creyeron lo dicho por Cattaneo en orden a que hacía un tiempo había visto a una persona parecida a Fernández en un bar y tal suceso motivó sus dudas acerca del reconocimiento.

El casacionista criticó la instrucción de la causa, debido a que -a su ver- no se realizó un reconocimiento en rueda con el fin de comprobar la seguridad que tuviera Cattaneo respecto de la identidad de quien le había robado.

En ese orden, sostuvo que la huída del grupo de personas que asaltó a Cattaneo y su familia pudo realizarse debido a razones distintas del reconocimiento, como ser -por ejemplo- que habría pasado un camión de basura por el lugar.

Como segundo motivo de agravio, refirió que se aplicó erróneamente el art. 54 CP, debido a que las lesiones leves realizadas en el contexto del robo deberían ser consideradas como incluidas en el tipo penal de robo y no como un concurso ideal.

Planteó asimismo la inconstitucionalidad del art. 55 CP, debido a que la concurrencia material habilita la imposición de penas desmesuradas que llegan hasta los 50 años de prisión, constituyendo escalas penales desmesuradas, irracionales e indeterminadas, que atentan contra el principio de legalidad y de resocialización como finalidad de las penas.

Refirió la defensa que no corresponde aplicar la circunstancia agravante del delito de robo prevista 167 inc. 2 del Código Penal, debido a que ella debe ser considerada como desplazada por el tipo penal del art. 166 inc. 2º.

Se agravio también de la calificación del robo como agravado por el uso de armas, debido a que al no haberse secuestrado tales objetos no pudo constatarse la ofensividad, de manera tal que, si bien se acreditó la mayor vulnerabilidad de las víctimas, no se comprobó que hubiera existido objetivamente una ofensividad incrementada por el uso de tales instrumentos.

En cuanto al segundo hecho, calificado como portación de arma, encubrimiento y resistencia a la autoridad, sostuvo que no existe prueba incriminante más allá de los testimonios policiales no avalados por elementos independientes. Adujo que los policías que realizaron el procedimiento ostentan un interés en la causa y que, por ello, no es posible dar crédito a sus versiones sin que sean corroboradas por otros elementos.

En cuanto a la calificación jurídica, sindicó que la portación requiere que el arma se encuentre en condiciones de ser utilizada y que la que se encontró a 20 cm de la mano de su pupilo se encontraba sin cargador. Asimismo, señaló que no es posible sostener que los cargadores encontrados a algunos metros de Fernández y el que se encontraba en la mochila, dentro del automóvil en el que se transportaba su defendido,



MARÍA JIMENA GONZÁLEZ  
SECRETARÍA DE CASACIÓN

fueran necesariamente los que correspondían al arma, puesto que ellos son compatibles con cualquier arma calibre 9 mm.

En cuanto a la tipificación de resistencia a la autoridad, sindicó que para que ella concorra debe haber una orden clara y reconocible, y que ello no ha sido probado en la especie sino que, por el contrario, su pupilo se detuvo cuando los policías se lo indicaron.

Respecto del encubrimiento, sostuvo que el delito no puede tenerse por acreditado por el solo hecho de que la numeración del arma se encontrara erradicada.

La defensa de Quinteros y Vázquez señaló que la sentencia fue arbitraria, debido a que -según su parecer- no se contó con prueba suficiente para desvirtuar la categórica negativa de sus defendidos en orden a la materialidad de los hechos. Sobre ello, alegó que existieron declaraciones contrapuestas de policías -interesados en el resultado de la pesquisa- y de sus defendidos, de todo lo que resulta que no se ha podido alcanzar en el caso la convicción suficientemente fundada en orden a lo sucedido, debido a que uno de los testigos del acta de secuestro falleció y el otro llegó al lugar cuando los imputados ya se encontraban detenidos. Por tal motivo, denunció la falsedad ideológica del acta de secuestro y su nulidad.

Sostuvo que es de público y notorio que la policía suele armar causas, "plantando" armas con el fin de solicitar dinero a quienes resultan incriminados, más aún cuando los imputados tienen antecedentes condenatorios o causas penales pendientes de resolución.

Adujo que además el relato del testigo del acta de secuestro resulta poco creíble, debido a que sobre algunas cosas recuerda con gran detalle, en tanto respecto de otras no.

Planteó asimismo la errónea aplicación de la agravante del art. 189 bis CP motivada en los antecedentes condenatorios de uno de sus defendidos y en la causa penal en la que se encuentra imputado el otro. Afirmó que aquella disposición constituye derecho penal de autor y que es

inadmisible en un Estado de Derecho.

Por último, sindicó que no es correcta la agravación del encubrimiento por el ánimo de lucro, ya que no es concebible que toda receptación califique como encubrimiento agravado y que, en el caso concreto, no se ha probado sino presumido el ánimo de lucro.

3º) Durante el término de oficina se presentó la defensa (fs. 958/977), oportunidad en la que planteó que debió calificarse el robo como agravado en los términos del art. 166 inc. 2º tercer párrafo, ya que las armas utilizadas no fueron secuestradas y no se pudo comprobar su aptitud para el disparo. En tales condiciones refirió que tipificarse el hecho como robo con arma impropia.

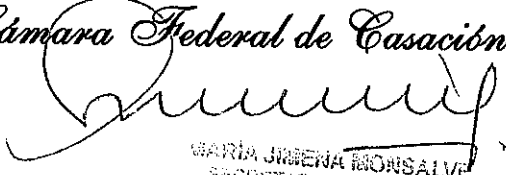
Asimismo, planteó la errónea aplicación del art. 167 inc. 2º, ya que el concepto de "banda" resulta sumamente indeterminado y, por tal motivo, no puede considerarse aplicable al caso. Sindicó que, en todo caso, no corresponde la aplicación de la agravante en los casos en los que existe una organización para un hecho puntual, sino que deben concurrir todos los elementos exigidos por el art. 210 CP.

4º) Que a fs. 1070 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa procesal prevista en el art. 468 del CPPN, oportunidad en la que la defensa presentó breves notas a fs. 1069, por lo que las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

#### -II-

Que los recursos de casación interpuestos son formalmente admisibles. Están dirigidos por la defensa de los imputados contra la sentencia de condena, la presentación casatoria satisface las exigencias de interposición (art. 463 del CPPN) y de admisibilidad (art. 444).

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la

  
MARÍA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CÁMARA  
revisión de lo revisable (cfr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

-III-

Que abierta como se encuentra la instancia, y con anterioridad a cualquier otra consideración, corresponde consignar que la prescripción es de orden público y se produce de pleno derecho, de tal suerte que debe ser declarada de oficio, por cualquier tribunal, en cualquier estado de la causa y en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Vid. Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310: 2246; 311:1029,2205; 312:1351; 313:1224; 322:300; 323:1785; 333:1987, entre otros).

En este orden, y en base a los fundamentos expuestos en la causa n° 12.932 caratulada: "Arano, Miguel Ariel s/ recurso de casación" (reg. n° 19.641, rta. 30/12/11) y sus precedentes -a los que cabe remitirse en lo pertinente en razón de brevedad- siendo que en la especie ha transcurrido el lapso de dos años desde el dictado de la sentencia condenatoria, operará la prescripción de la acción penal en orden al delito de resistencia a la autoridad (art. 239), de no mediar la comisión de otro delito (arts. 59, 62 y 67 del Código Penal), extremo que -como será de postulación- deberá verificarse en la instancia de grado para que se haga efectiva su formal declaración.

-IV-

Que razones de orden expositivo invitan al trato en primer término de los agravios sobre la alegada arbitrariedad de la fundamentación en la acreditación de la participación del encausado Fernández en el suceso calificado como robo doblemente agravado por haber sido cometido con armas y en poblado y en banda, para luego abordar el cuestionamiento de la sentencia en punto a la adecuación típica del evento en función de las agravantes consideradas.

Así, liminarmente, corresponde considerar las

censuras relacionadas con la valoración de la prueba. Al respecto el tribunal consideró el testimonio del damnificado Cattaneo en orden a que tenía dudas respecto de que Fernández fuera uno de los coautores del robo que sufrió junto con su familia, y concluyó que tal expresión se debía a que se encontraba atemorizado por las amenazas recibidas.

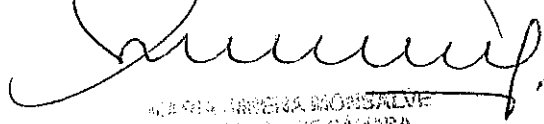
En efecto, el *a quo* realizó una pormenorizada valoración de las declaraciones de las víctimas en orden a que fueron abordadas por un grupo de varios jóvenes con armas largas y cortas, que les exigieron la entrega de dinero y efectos de valor y se proponían ingresar a la casa de Lusardi. Asimismo, todos fueron contestes en que Cattaneo reconoció a uno de los participantes y le dijo: "Qué hacés Cabritos".

El tribunal tuvo por probado, sobre la base de aquellos testimonios, que los asaltantes emprendieron la fuga luego de oír que habían reconocido a uno de ellos, y relevó que el testigo Lavaggi, incluso, recordó haber escuchado que dijeron "lo reconoció, vámonos".

El damnificado Cattaneo sostuvo que entonces pensó que uno de los asaltantes era Carlos Fernández, ex compañero de trabajo suyo en una juguetería, y que en aquel momento estaba seguro pero que, hacía un tiempo, luego de la citación a juicio había visto a una persona muy parecida al mentado Fernández y comenzó a dudar acerca de aquella identificación debido a que, según había leído en la citación a juicio, el encartado se encontraba preso, por lo que a partir de entonces comenzó a dudar. Asimismo, sostuvo que el encuentro fue el 22 de marzo.

Luego del relato de Cattaneo, el fiscal sostuvo que el testigo manifestó aquellas dudas debido a que había sido intimidado mediante llamados telefónicos amenazantes en su domicilio. Sobre ello, el tribunal valoró que la víctima intentó relativizar el contenido de las llamadas y que su cónyuge fue evasiva respecto de la cuestión. También tuvo por probado que Cattaneo llamó a la fiscalía con anterioridad al 22 de marzo para informar que había recibido llamadas intimidatorias vinculadas con su testimonio, y que no surgía de





JUAN CARLOS ARANCIBIA  
JURADO DE CÁMARA

la citación para la declaración que el incuso estuviera privado de su libertad. Sobre la base de aquellas consideraciones, los judicantes fundaron su convicción en orden a que el mentado encuentro con una persona de apariencia similar a Fernández no habría ocurrido.

Asimismo, el a quo valoró pormenorizadamente el testimonio de Cattaneo sobre la base de la actitud que advirtieron en la audiencia. Sostuvieron que el testigo se veía atemorizado, nervioso, que miraba hacia abajo, contestaba de manera evasiva y, por tal motivo, consideraron que los llamados telefónicos fueron amenazantes, tal como lo indicó el fiscal, por lo que la duda expresada por Cattaneo no existía. También se tuvo en cuenta que al haber trabajado juntos durante un lapso prolongado de tiempo durante los fines de semana, se habrían visto unas 72 veces, razón por la cual el reconocimiento original no puede ser dudoso.

En definitiva, la convicción del a quo aparece como debidamente fundada y, con base en los argumentos traídos a consideración, no puede ser rechazada puesto que no existen fisuras lógicas en su razonamiento. La crítica de la defensa no demuestra más que una mera discrepancia con la valoración de los testimonios oídos en el juicio y, en ese orden, este tribunal -que no percibió aquellas declaraciones directamente- no puede reemplazar el juicio de quienes presenciaron aquella declaración, por lo que el mayor esfuerzo de revisión se cumple con el control de logicidad y no contradicción del razonamiento del a quo, junto con la constatación de la suficiencia probatoria de conformidad con el principio *in dubio pro reo* (cfr. Causa N° 8.660 -Sala II- "Rubisse, César Augusto s/recurso de casación", rta. 23/5/2012, reg. N° 19.968; Causa N° 12.684 -Sala II- "Arancibia, Carlos Ignacio s/ recurso de casación", reg. n° 20.557 rta. 11/10/2012, entre otras).

En definitiva, con los elementos evaluados de conjunto, corresponde rechazar el recurso en punto a esta cuestión.

Que en lo atinente a la censura por la calificación del desapoderamiento bajo la agravación de "banda" prevista, entre otros tipos penales, en el art. 167 inc. 2º CP, anticipo que cabe estar a la pretensión del casacionista. En ese orden, llevo dicho que: "a mi ver -y sólo por derivación que guía la máxima taxatividad interpretativa- debe ser reputado robo simple aquel no perpetrado por tres o más personas asociadas para cometer delitos en forma indeterminada, en modo equivalente a las previsiones del art. 210 CP -con sus notas de concierto, organización y permanencia-, de manera que si el agrupamiento no reúne estas características, la intervención en la ejecución de uno o más delitos determinados debe regirse por las reglas de la participación" (cfr. mi voto en causa n° 15.429 "Díaz, Emmanuel Matías s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. n° 20.408, rta. 10/09/2012, con sus citas; también "Arancibia" ya citado, entre otros).

En consecuencia, corresponde evaluar si en la hipótesis *sub examine* puede predicarse la concurrencia de los requisitos exigidos en cuanto la preexistencia de una organización con fines ilícitos para cometer delitos en forma indeterminada, y -en mi opinión- no se desprende de las constancias de la causa ningún elemento de prueba que permita acreditarlo.

Si bien el tribunal refirió a un cierto grado de organización del grupo de aproximadamente siete personas que llevaban armas para realizar el robo y, tal como se relevó, algunos llegaron a pie y luego otros arribaron con un automóvil con el fin de apoyar el emprendimiento, nada se comprobó ni se afirmó respecto de la existencia de un agrupamiento criminal que tuviera pretensión de permanencia en el tiempo, ya que solamente se refirió el objetivo preordenado de la comisión de este ilícito en concreto.

Por esos motivos propugno hacer lugar al recurso en relación a este agravio y casar la sentencia en orden a la calificación del hecho bajo la agravante "en banda" del art. 167 inc. 2º CP.

-VI-

Que en relación al agravio formulado por la defensa en punto a la calificación jurídica del hecho como robo con arma en los términos del art. 166 inc. 2º, primer párrafo, se impone rechazar el recurso, habida cuenta que llevo dicho que: "La agravación del art. 166, inc. 2º, primer párrafo del C.P., básicamente radica en que mediante el empleo del arma se crea un peligro concreto para la vida, la salud o la integridad corporal del sujeto pasivo del desapoderamiento, peligro concreto que se ve aumentado porque el agente se vale del poder ofensivo del adminículo" (Cfr. mi voto en causa n° 8568 "Sibilla, Alberto J. s/ recurso de casación" de esta Sala reg. N° 19.554; rta. el 13/12/11).

En la especie, como ya se dijo, no está en duda que el objeto utilizado durante el robo se trató de un arma. El tribunal subsumió el hecho en el art. 166 inc. 2º CP, debido al uso concreto que se le dio al lesionar con ella a una de las víctimas. Por ello, en particular, su caracterización como arma está definida por el concreto empleo del elemento que permitió concluir que existió un objetivo incremento del poder ofensivo del agente, resultando insuficiente para ello la amenaza genérica de su uso, pues ella no se diferencia de la intimidación o vis compulsiva de la figura básica (Cf. mi voto en Causa N° 11.047 de esta Sala, "Ochoa, Alfredo Fabián s/recurso de casación" reg. n° 19.774, rta. 29/3/2012 ) .

Por estos motivos, estimo correcta la aplicación de la agravante y, así, propongo al acuerdo rechazar este agravio.

-VII-

Que el recurso interpuesto a favor de Fernández invoca también la errónea aplicación del art. 55 CP.

Respecto del planteo referido a la norma que regula el concurso real, la defensa no cuestiona elementos fácticos, sino que pretende la declaración de inconstitucionalidad en abstracto de la moldura legal habilitada por el mentado dispositivo legal debido a que posibilita la imposición de penas de hasta 50 años de prisión. No obstante, se advierte que

en el presente caso no se verifica la desmesura denunciada —y la defensa no se agravia del *quantum* punitivo efectivamente impuesto—, más allá de la disminución que postula debido a los cambios de calificación que propone. Nótese al respecto que la sanción impuesta, aunque elevada, no alcanza siquiera el máximo del robo con arma (art. 166 inc. 2º), y apenas supera el máximo previsto para la portación de arma de guerra (art. 189bis ,2 párrafo, apartado 4).

Por tal motivo, se impone el rechazo del planteo.

-VIII-

Que en cuanto al cuestionamiento referido a la errónea aplicación del art. 54 CP en la condena de Fernández por las lesiones en concurso ideal con el robo, debido a que las lesiones leves de encuentran incluidas en la tipicidad del desapoderamiento que supone "violencia en las personas", corresponde hacer lugar al remedio.

En efecto, en las particulares circunstancias del caso, la consideración referida a que las lesiones ocasionadas en el contexto del desapoderamiento concursan de manera ideal con el robo resulta incorrecta, puesto que —efectivamente— la tipificación del evento como robo supone el ejercicio de violencia sobre las personas, y las lesiones deben considerarse incluidas bajo aquella adecuación legal. El exceso o la innecesariedad de la violencia puede ser considerado al momento de mensurar la pena, con invocación de la extensión del daño, mas no puede duplicar la imputación de las lesiones.

Por tal motivo, a este respecto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa, casar parcialmente la sentencia y, en definitiva, calificar el hecho acaecido el 25 de octubre de 2005 como robo agravado por su comisión con arma (art. 166 inc. 2º, primer párrafo).

-IX-

Que seguidamente, corresponde abordar los agravios que resultan comunes a los tres imputados, esto es, la arbitrariedad de la sentencia en orden a la materialidad del hecho calificado como portación de armas, resistencia a la

autoridad y encubrimiento agravado, errónea calificación del encubrimiento y de su agravación por el ánimo de lucro y, respecto de Vázquez y Quinteros, la agravación de la portación de arma.

En primer lugar corresponde atender la pretendida insuficiencia probatoria debido a que la condena se basó en testimonios de los preventores.

A este respecto, se advierte que los recurrentes no logran poner en crisis la decisión recurrida, habida cuenta que ella se encuentra adecuadamente fundada conforme a las reglas de la sana crítica. En efecto, los jueces hicieron mérito de los testimonios concordantes de los agentes policiales que intervinieron en el procedimiento y del testigo del acta de secuestro que confirmó sus dichos.

Para fundar su convicción, los judicantes sostuvieron que el alegado "complot policial" no aparecía sustentado de manera alguna en la presente. Así, sindicaron que los testimonios policiales resultaron espontáneos y creíbles, además de concordantes y avalados por el del testigo del acta (Polito).

Asimismo, se descartó la veracidad de la versión de los tres imputados en orden a que ellos se dirigían a encontrarse con tres mujeres que habrían conocido telefónicamente, debido a que si bien la testigo Orellano -que tenía una relación sentimental con Fernández desde hacía dos años antes del hecho- refirió que esa noche iba a reunirse con los tres imputados y que los estuvo esperando junto con dos amigas, lo cierto es que mencionó los nombres de sus dos acompañantes y ellos no resultan siquiera concordantes con los que habían invocado los encartados en su declaración indagatoria. La sentencia tuvo en cuenta, además, que sobre esas tres mujeres no se han aportado datos durante la investigación y que los encartados refirieron que habían conocido a estas tres mujeres por teléfono, aunque Orellano sostuvo que tenía una relación amorosa con Fernández y se veían semanalmente, de manera tal que ello no concuerda con la

versión del conocimiento telefónico.

Se relevó también que aún si fuera cierto que Fernández, Vázquez y Quinteros se encontrarían con tres mujeres, ello no era incompatible con el hecho que se les imputa.

Por lo demás, si bien es cierto que el testigo Polito no presencié la persecución, avaló en un todo lo dicho por los policías y refirió que llegó inmediatamente después de que los imputados hubieran sido detenidos. El segundo testigo del secuestro no declaró en el juicio debido a que falleció poco después de haber recibido la citación a juicio; no obstante, concurrió su hijo, que reconoció la firma asentada en el acta de secuestro.

Así las cosas, no se advierte la arbitrariedad de la sentencia en orden a la entidad probatoria de los testimonios recogidos durante el debate respecto del hecho y, nuevamente, se evidencia una mera discrepancia de la defensa con la conclusión del *a quo*, mas no se observan fisuras lógicas ni insuficiencia probatoria que imponga la duda invocada por la defensa.

Por tales razones, propongo al acuerdo rechazar los recursos interpuestos en lo relativo a la arbitrariedad de la sentencia respecto del hecho ocurrido el 24 de enero de 2007.

-X-

Que corresponde dar trato al agravio invocado en el recurso interpuesto por la defensa de Fernández en orden a la errónea calificación jurídica de la portación de arma respecto de su pupilo, puesto que el arma que se encontró en su poder no tenía cargador y los que se hallaron en una mochila y en el suelo podían corresponder a las armas de sus consortes de causa.

Sobre ello, corresponde relevar que la decisión del *a quo* resulta correcta, debido a que se estimó que no existen dudas acerca de que Fernández estaba en condiciones de poder utilizar el arma antes de emprender la huída. Se consideró, en tal sentido, que el cargador hallado fuera del automotor se

encontraba tirado en el trayecto recorrido por Fernández, de manera que razonablemente se conjeturó que pudo haberse caído mientras intentaba huír y que -en cualquier caso-, mientras el encartado se encontraba dentro del coche estaba en posesión de ambos cargadores que le permitían utilizar el arma de manera inmediata.

Considero que, sobre aquella base, se encuentra debidamente acreditada la portación del arma y que la hipótesis según la cual ambos elementos pertenecían a los consortes de causa Vázquez y Quinteros carece de sentido, debido a que las armas halladas en poder de ellos contaban con sus respectivos cargadores.

Propongo, por ello, rechazar el recurso de la defensa de Fernández en orden a la calificación jurídica de la portación de arma.

-XI-

Que como siguiente motivo de agravio se invocó la errónea aplicación del derecho en orden al encubrimiento agravado por ánimo de lucro. Sobre ello, asiste razón -aunque sólo parcialmente- a la defensa.

Efectivamente, respecto de la acreditación del extremo cognoscitivo del dolo, llevo dicho que: "la limadura de la numeración del arma, constatable a simple vista y sin necesidad de ser experto en la materia, permite fundar suficientemente el conocimiento requerido por el tipo. Por ello, [...] no se han logrado rebatir los argumentos del *a quo* que fundaron la existencia del dolo en la mencionada circunstancia" (mi voto en "Causa N° 10.004 -Sala II-, "Judiche, Ricardo M. y otro s/ rec. de inconstitucionalidad", reg. n° 19.763, rta. 27/3/2012). En efecto, se constató en la causa que la numeración de las armas se encontraba erradicada y que habían sido sustraídas de sus legítimos dueños, en tanto ningún descargo se esgrime respecto del extremo. Por tal razón, considero que el encubrimiento por receptación (art. 277 inc.1 CP) se encuentra debidamente acreditado en el *sub examine*.

No obstante ello, asiste razón a la defensa en punto

a lo sostenido en orden a la falta de acreditación y errónea aplicación de la circunstancia agravante, debido a que se consideró que la mera receptación suponía ya la presunción de ánimo de lucro. Aquella interpretación no puede ser convalidada, puesto que la receptación de la cosa de origen ilícito funda la tipicidad y, según la interpretación de la mayoría del a quo, también la agravación del tipo básico, mas el ánimo de lucro debe ser probado y no presumido, debido a que -tal como lo interpretó el tribunal- ninguna receptación podría no ser agravada por esa circunstancia.

Más aún: no es suficiente para considerar acreditado el "ánimo de lucro" el mero uso de la cosa para sus fines naturales, sino que la utilización debiera tender a generar algún tipo de lucro (Cf. D'Alessio, José A. (dir.), Divito, Mauro A. (coord.), "Código Penal de la Nación comentado y anotado", T. II, 2da ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 1403). Pues bien, en el caso, no se fundó -ni se advierte claramente- que el "uso" del arma haya excedido su portación y, eventualmente, su exhibición. Por lo demás, la exhibición de las armas ni siquiera fue invocada por el a quo y no se encuentra probado en la especie quién o quiénes las esgrimieron mientras se conducían en el auto.

Descartada como se encuentra la tipicidad agravada, se advierte que la pena máxima prevista para el encubrimiento es de 3 años (art. 277 inc.1 CP). Así, corresponde relevar que ha transcurrido ese plazo desde el dictado de la sentencia condenatoria (8 de abril de 2008, y lectura de sus fundamentos el 15 de abril). Por tal motivo, y en razón de los fundamentos expresados en el punto III del presente voto, también corresponde remitir la causa con el fin de que, descartada la concurrencia de la comisión de otro delito, se declare la prescripción de la acción penal en orden al delito de encubrimiento.

-XII-

Que la defensa de Vázquez y Quinteros se agravió respecto de la agravación de la portación de armas con motivo



de lo dispuesto en el art. 189bis (2) "portación de arma de guerra", agravado por registrar "antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior", y se establece, para este tipo de autores, una moldura legal más grave.

Al respecto, corresponde recordar que llevo dicho que: "cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia [...] deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (artículos 5°, 6° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)" (causa n° 14.423 "Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación", reg. N° 19.569, rta. el 21/12/2011, con sus citas).

En tales circunstancias, no puede dejar de consignarse que: "...la mera mención de los antecedentes del imputado, sin la indicación del modo concreto y específico en que podrían ser considerados relevantes en la presente causa, no resulta suficiente -ni mucho menos- para fundar una agravación" (esta sala en la causa n° 11.219, caratulada: "Castillo Carballo, Bruno Martín s/ recurso de casación", reg. n° 19.769, rta. el 28/3/2012).

Que, en definitiva, y con arraigo en los argumentos expuestos *in extenso* en los citados precedentes -a donde reenvío en razón de brevedad-, junto con los cuestionamientos doctrinarios y jurisprudenciales a la agravación introducida por la ley n° 25.886 (*Vid.*, por todos, D' Alessio-Divito, cit., p. 907 y ss.), tal como recepta el voto de la minoría, no puede aceptarse constitucionalmente el incremento de la reacción punitiva sobre la exclusiva base de los antecedentes condenatorios que pudiera tener el imputado y menos aún cuando el acusado se encuentra excarcelado, debido a que goza hasta la sentencia firme del estado de inocencia (arts. 18 CN, 8.2 CADH y 14.2 PIDCyP).

Por tal motivo, se impone declarar la inconstitucionalidad de la agravación del delito de portación de arma en razón de los antecedentes condenatorios o las excarcelaciones que tuviera el imputado, puesto que tal norma resulta contraria al principio de culpabilidad y constituye una derivación del derecho penal de autor, vedado por nuestra Constitución, a la vez de agravar las consecuencias punitivas de un hecho por la comisión de otro ya juzgado o aún pendiente de juzgamiento, infringiendo la garantía que prohíbe el *bis in idem*.

-XIII-

Que, *ad finem*, y abierta como se encuentra la instancia, se advierte que el tribunal tuvo en cuenta los antecedentes condenatorios de Vázquez con el fin de agravar la pena y lo declaró reincidente (punto resolutivo III de la sentencia) sin dar suficientes motivos para ello, ya que solamente se invocó que cumplió pena de prisión como condenado.

Al respecto, corresponde memorar que esta sala ha resuelto en un numerosos precedentes (causa n° 13.599, cartulada: "Bertolini, Gustavo Daniel s/ recurso de casación, reg. n° 19.791, rta. 4/4/12, causa n° 14.640 "Llanos González, Arcenio s/ recurso de casación", reg. n° 19.985, rta. 30/5/2012 y causa n° 14.573, "Mayo, Miguel Ángel s/ recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 20.193, rta. 5/7/2012, entre otros) que resulta necesario verificar que se hayan cumplido las dos terceras partes "como condenado" para que proceda el instituto de la reincidencia, sin perjuicio de la censura constitucional de toda agravación de las consecuencias penales fundada en el hecho de la reincidencia (cfr. causa 13.401, Sala II, "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación", reg. n° 19.911, rta. 8/5/2012, entre muchas otras), de tal suerte que corresponde dejar sin efecto la declaración de reincidencia.

-XIV-

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente y sin costas a los recursos de casación interpuestos (arts. 456, 470, 471, 530 y concordantes CPPN),

casar parcialmente la sentencia recurrida, declarar la inconstitucionalidad del art. 189 bis inciso 2º párrafo 8 CP y, en definitiva, condenar a Carlos Alberto Fernández como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2º, primer párrafo, CP), en concurso real con el delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización; Condenar a Claudio Andrés Vázquez como autor del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización, dejando sin efecto su declaración de reincidencia; y condenar a Héctor Matías Quinteros como autor del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización (art. 189bis, inciso 2º, párrafo 4º CP); apartar al tribunal actuante (art. 173) y remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule otro órgano con el fin de que verifique la subsistencia de la acción penal en orden a los delitos de resistencia a la autoridad y encubrimiento (arts. 59, 62, 67, 239 y 277.1 CP), de conformidad con la doctrina de la presente sentencia, y fije nuevamente las penas correspondientes a las calificaciones jurídicas aquí decididas.

Ello debe ser así, puesto que aquella actividad se encuentra condicionada a la intermediación previa, de conformidad con el art. 41 *in fine* CP (Cfr. CSJN *in re* "Niz, Rosa A.", N.132.XLV, del 15 de junio de 2010) y tal solución es la más favorable al derecho de los imputados a recurrir la sentencia que determine la nueva pena impuesta (arts. 14.5 PIDCyP y 8.2 CADH).

Así doy mi voto.-

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Al momento de dar respuesta a los recursos de los imputados cabe realizar las siguientes consideraciones.

En relación a los argumentos desarrollados en los puntos IV, V, VII, VIII, IX, X, XII y XIII adhiero a la solución que propone el doctor Alejandro W. Slokar (cfr., en lo que corresponda, los argumentos vertidos al votar en las causas 5131 "O'Connor, Eduardo Horacio s/ recurso de casación" resuelta el 15 de junio de 2005, registro 484/2005, 5843

"Hernández Almada José Washington s/ recurso de inconstitucionalidad", resuelta el 19 de octubre de 2005, registro 872/05, 6359 "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", resuelta el 22 de marzo de 2006, registro 228/06 todos de la Sala III de esta Cámara y causas 12.560 "Aranda, Adrián Gerardo s/ recurso de casación", resuelta el 17 de septiembre de 2012, registro 20.455 y 13.401 "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación", resuelta el 8 de mayo de 2012, registro 19.911 de esta Sala).

En lo atinente a la la prescripción de la acción penal postulada por el colega que lleva la voz en este Acuerdo en el punto III de su voto, a mi modo de ver, esta circunstancia debe ser resuelta en esta instancia ante la verificación del transcurso de su plazo (cfr., entre muchas otras, 12932, "Arano, Miguel Ariel s/ recurso de casación", reg. n° 19641, resuelta el 30 de diciembre de 2011). En nuestras actuaciones, desde la sentencia condenatoria no firme -15 de abril de 2008- hasta la fecha ha transcurrido el plazo máximo previsto para el delito de resistencia a la autoridad por el que fueran acusados Fernández, Vázquez y Quinteros.

En tercer lugar, y sobre el encubrimiento, asiste razón al doctor Slokar respecto de que no se puede encuadrar la conducta de los encausados en la figura agravada, pues "(...) el ánimo de lucro no podrá deducirse del mero uso de la cosa mal habida para su fin natural, sobre todo cuando una de las modalidades comisivas es adquirirla, es decir incorporarla al patrimonio, lo que conlleva su uso. (...) ha caducado la interpretación jurisprudencial (...) [que] tenía por configurado el ánimo de lucro reclamado por la figura, con el mero uso de la cosa proveniente de un delito" (Cevasco, Luis Jorge: *Encubrimiento y lavado de dinero*, Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2002, pp. 43/44).

Ahora bien, en relación a la figura básica, el colega preopinante propone que se declare extinguida la acción penal por prescripción. Sin embargo, deseo dejar sentada mi posición respecto de que, para la configuración de ese tipo penal, es

SECRETARIA DE JUSTICIA FEDERAL  
necesario establecer la procedencia ilegítima de la cosa  
receptada. No es suficiente su sola inferencia a partir de la  
erradicación de la numeración, pues esa circunstancia no  
prueba, con la certeza necesaria en este estado del proceso,  
cuál es el delito previo que se intenta ocultar por ese medio  
(cfr. mi voto en la causa 5487, "De Los Santos, Cristian Guido  
s/ recurso de casación", resuelta el 19 de diciembre de 2005,  
registro 1142/05 de la Sala III).

Los argumentos vertidos en el fallo impugnado -que  
van en esta dirección- no bastan para desvanecer el estado de  
inocencia que gozan los encausados, en lo que a este tópico  
atañe, dado que principios de índole constitucional -  
culpabilidad y legalidad- impiden asegurar que en el contexto  
repassado los imputados conocían la procedencia ilegítima de los  
instrumentos (cfr. mi voto en la causa de la Sala III nro.  
7972, "Domínguez, Maximiliano Ezequiel s/ recurso de casación",  
resuelta el 27 de agosto de 2007, registro 1186/07).

Por último, no comparto la solución que se propone en  
el punto VI en orden a que corresponde rechazar el recurso de  
casación en relación al agravante contenida en el artículo 166  
inciso 2º del Código Penal en el hecho por el que resultó  
condenado Fernández.

A mi entender, no existe certeza de que los objetos  
utilizados al momento del robo, posean las cualidades  
necesarias para ser considerados como "armas de fuego", en los  
términos exigidos por el Código Penal, pues en definitiva ellos  
no fueron secuestrados.

En el contexto observado, se conforma un supuesto de  
ausencia de pruebas de cargo para sostener el mentado tipo  
penal agravado de robo, actividad ésta que le compete exclusiva  
y excluyentemente al acusador. De esta manera, el tema se  
reduce a un problema de prueba en el cual rige el principio *in  
dubio pro reo* (cfr. Donna, Edgardo A.: *La imputación objetiva*,  
Editorial de Belgrano, Bs. As., 1997, pág. 35 y Kaufmann,  
Armin: *Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan.*  
*Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación*, en

Nuevo Pensamiento Penal, 1973, Ed. Depalma, Bs. As, pág. 20 y ss.).

La cuestión aquí planteada, a mi ver es clara, y no amerita que me explaye en demasía, sobre el carácter restrictivo que impera en la interpretación de la ley penal, la prohibición de la analogía *in malam partem*, principio de legalidad y culpabilidad -entre otros preceptos rectores- que rigen la materia en trato, puesto que ya fueron desarrollados en las causas 6799 "Fernández, Luis Miguel o Catrilaf, Ricardo s/rec. de casación", reg. 727/06, de fecha 3 de julio de 2006; 7144 "Méndez, Luis Sebastián s/rec. de casación", reg. 1546/06, rta. el 19 de diciembre de 2006; y 7980, "López, Héctor Fabián s/rec. de casación e inconstitucionalidad", reg. 1557/07, de fecha 12 de noviembre de 2007 -entre muchas otras-, de la Sala III, a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad.

Como colofón de lo expuesto, y con estricto apego a la doctrina que fluye de los precedentes evocados, cabe concluir que el primero de los sucesos juzgados, por el que debe responder Fernández, encuentra correlato en la figura básica de robo.

En consecuencia, estimo que debe hacerse lugar parcialmente a los recurso de casación interpuestos en favor de los imputados y remitir las presentes actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara a fin de que desinsacule el órgano jurisdiccional que, previa audiencia con las partes, deberá fijar la nueva sanción que corresponderá a Carlos Alberto Fernández, Claudio Andrés Vázquez y Héctor Matías Quinteros con el alcance que surge de esta propuesta.

Así es mi voto.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

Por razones expositivas, adelanto que habré de adherir en lo sustancial, a la solución propuesta por el juez que lidera el acuerdo en los puntos III, IV, VI, VII, VIII, IX, X y XI de su voto. Al respecto, habré de puntualizar lo siguiente.

1º) Que adhiero a la solución propuesta por el juez

que lidera el acuerdo en el punto III, por cuanto sigue los lineamientos que sostuviéramos al emitir nuestro voto conjunto en "Arano, Miguel Ariel s/ recurso de casación", causa n° 12.932, reg. n° 19.641, rta. el 30/12/11, en orden a la prescripción del delito de resistencia a la autoridad previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Asimismo, adhiero por los mismos fundamentos, al punto IV por el juez que lleva la voz, en orden a la autoría de Fernández en el primer hecho, por el que fuera condenado por el delito de robo doblemente agravado por haber sido cometido con armas y en poblado y en banda.

También habré de adherir a la solución propuesta en el punto VI, por cuanto sigue los lineamientos que sostuviera al emitir mi voto *in re* "Núñez, Mónica Fabiana s/ recurso de casación", causa n° 13.781, reg. n° 20.339, rta. el 16/08/12, donde analicé la cuestión del arma impropia, a cuyos fundamentos me remito. Ello por cuanto ha quedado debidamente acreditado el uso concreto de las armas de fuego con el que golpearon a las víctimas y que no fueron habidas, correspondiendo confirmar la sentencia en este orden.

Por su parte, también adhiero a la solución propuesta en el punto VII en orden al proceso de determinación de la pena aplicable para casos, que como el presente, media un concurso material de delitos. Ello por cuanto el recurrente no logra demostrar el perjuicio concreto que se habría producido en el caso *sub examine* a su pupilo.

Además, adhiero a la solución expuesta en el punto VIII por cuanto las lesiones leves que sufriera la víctima se encuentran previstas bajo la violencia propia del robo como modalidad comisiva. Tal es el criterio prácticamente unánime en la doctrina y jurisprudencia nacionales, no mediando por lo tanto, un concurso en los términos del artículo 54 del Código Penal.

También adhiero a los puntos IX y X, en orden a la acreditación de la materialidad del hecho de fecha 24 de enero de 2007 y a la calificación legal que el *a quo* imprimiera a

Fernández de portación de arma de fuego sin la debida autorización legal, a cuyos argumentos me remito, por cuanto la sentencia aquí recurrida se encuentra debidamente fundada, y constituye una derivación lógica y razonada de la valoración de la prueba de cargo.

Respecto a la aplicación del agravante del "ánimo de lucro" para el delito de encubrimiento, por las particularidades del caso, adhiero a la solución propuesta en el punto XI, atento que no se encuentra debidamente acreditado, la finalidad específica sobre las armas que la figura agravada requiere, conforme la actual redacción del tipo en cuestión. En consecuencia, y por los mismos argumentos expuestos en el punto 1º, cabe remitir la causa al tribunal de origen a fin de que, descartada la concurrencia de la comisión de otro delito, se declare la prescripción de la acción penal en orden al delito de encubrimiento.

2º) Sellada la suerte del recurso por el voto coincidente de los jueces que me anteceden, en torno a la aplicación del agravante banda, dejando constar mi disidencia con los jueces que me preceden en el acuerdo, reitero mi opinión al respecto, en cuanto tuve oportunidad de expedirme al emitir mi voto *in re* "Díaz, Emmanuel Matías s/ recurso de casación", causa Nº 15.429, reg. nº 20.408, rta. 19/09/12, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad.

3º) Asimismo, sellada la suerte del recurso en orden a la declaración de reincidencia que sobre Vázquez efectuare el *a quo*, sólo me limitaré a dejar a salvo mi posición contraria al respecto, tal como sostuviera al emitir mi voto, *in re* "Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación" (causa nº 12.299, reg. 19.639 del 30/12/11); "De Armas, Sergio Gastón s/ recurso de casación" (causa nº 14324 reg. 19.739 del 19/3/12); "Bertolini, Gustavo Daniel, Corzo, Ricardo s/recurso de casación" (causa nº 13599, reg. 19.791 del 4/4/12); y "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/recurso de casación" (causa nº 13.401, reg. 19.911 del 8/5/12).

Allí afirmé que ha entendido la Corte Suprema de



Justicia de la Nación, en Fallos: 308:1938 (caso "Gómez Dávalos"), que: "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". Allí la Corte Suprema avaló la declaración de reincidencia a partir del tiempo de la condena "cumplido efectivamente como penado (...) sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva" (conf. considerando 7°).

Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque", Fallos: 311:1451). Allí se afirmó que: "el distinto tratamiento dado por la ley a aquella personas que, en término del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso" (Considerando 9°).

Por último, pese a que a la época del dictado del precedente "Gómez Dávalos" todavía no se habían receptado los instrumentos internacionales que lucen en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en cuanto adhieren a la concepción de la reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad, debo señalar que aún teniendo en mira ese propósito, las condiciones particulares de Claudio Andrés Vázquez y, justamente, la proclividad delictual y la condena anterior que registra, constituyen conductas del quejoso que

manifiestan su desprecio por el derecho y que pese su privación de libertad, no obtuvo la reinserción que el sistema pretende.

Por tales fundamentos, resulta a mi juicio indudable que las normas que regulan la reincidencia no pueden conceptuarse como arbitrarias, sino que son fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa. El legislador nacional es quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al "test de constitucionalidad y convencionalidad", no resultan írritas o inconstitucionales.

Por lo expuesto, y en la medida que no cabe declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, considero que corresponde rechazar el recurso de casación en este punto, y en consonancia, cabe confirmar la declaración de reincidencia de Vázquez dispuesta en el punto dispositivo III de la sentencia aquí recurrida.

4º) Respecto a los agravantes previstos en el último párrafo del inciso 2º del artículo 189 bis del Código Penal, que fueran impuestos a Vázquez y Quinteros, adhiero a la solución propuesta por los jueces preopinantes, aunque por distintos fundamentos.

En lo que respecta a la calificación legal impuesta a Vázquez, por registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas, si bien he tenido oportunidad de expedirme reiteradamente acerca de la constitucionalidad del artículo 50 del Código Penal (confróntese "Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación", causa nº 12.299, reg. 19.639 del 30/12/11; "De Armas, Sergio Gastón s/ recurso de casación", causa nº 14324 reg. 19.739 del 19/03/12; "Bertolini, Gustavo Daniel, Corzo, Ricardo s/recurso de casación", causa nº 13599, reg. 19.791 del 04/04/12; y "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/recurso de casación", causa nº 13.401, reg. 19.911 del 08/05/12), lo cierto es que distinta tesitura cabe adoptar respecto al agravante de "registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas" para el delito de portación de arma de fuego de cualquier calibre, previsto en el artículo 189

COMPLIA SISTEMA DE CONSUMALVE  
ARTICULO 29 DE LA LEY DE CASACION  
bis, inciso 2º, último párrafo del Código Penal.

Ello por cuanto si bien la sistemática del Código Penal prevé la posibilidad de valorar "las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales" del autor (artículo 41 CP), ello es posible en el proceso de determinación de la pena aplicable al caso concreto, y está vinculado con el juicio de reproche que a nivel de la culpabilidad, se formula al mismo por un injusto penal por él cometido.

Por lo tanto, tales extremos no pueden constituirse como un elemento del tipo penal, donde en este supuesto, agrava el tipo básico del delito de portación de un arma de fuego. Esto por cuanto constituye una inconsecuencia dogmática la construcción de un tipo penal con elementos que habrán de valorarse en su caso, luego de la constatación de un injusto penal, en la esfera propia de la culpabilidad.

Se aparta de un Derecho Penal de acto, y por lo tanto incompatible con la Constitución Nacional, la pretensión del legislador de tipificar algo más que una estricta conducta, no pudiendo construirse ni agravarse la escala penal del tipo prevista en abstracto, por cuestiones personales del autor. El juez penal, mediante un método dogmático de interpretación de la ley penal, debe efectuar un juicio analítico en el que constatado un injusto penal, habrá de meritarse su culpabilidad en base a un juicio de reproche. Así, siendo que los antecedentes personales tienen vinculación con la reprochabilidad de la conducta, dentro de la sistemática históricamente prevista en nuestro Código Penal, éstos sólo pueden ser tomados en consideración a nivel de la culpabilidad.

A mayor abundamiento, resulta necesario distinguir entre la individualización judicial de la pena aplicable al caso concreto (donde nuestro ordenamiento legal faculta al órgano jurisdiccional a tomar en cuenta los antecedentes penales del autor), y el hecho de construir un tipo penal agravado sólo por dichas cuestiones personales. A ello cabría agregar, la inconsecuencia del legislador nacional en este

supuesto, al crear un agravante que no tiene ninguna vinculación con la modalidad comisiva del tipo básico.

Por su parte, considero que compete únicamente al Poder Judicial la valoración de elementos del caso sujeto a su jurisdicción, no pudiendo el Poder Legislativo inmiscuirse en facultades que no le son propias, como es la *iurisdictio* (el derecho aplicable al caso concreto). Dentro de las pautas establecidas por el Código Penal para la determinación de la pena aplicable al autor en concreto, se encuentra la facultad del juzgador de tomar en consideración las circunstancias personales de aquél. Pero tal potestad, que ha sido puesta en cabeza del órgano jurisdiccional al sancionar el Congreso de la Nación el Código Penal, en rigor responde al principio republicano de división de poderes (artículo 1 de la Constitución Nacional), y por lo tanto, no puede el legislador obligar al juzgador a imponer un mayor ejercicio de poder punitivo sobre una persona, por la mera constatación de un agravante que requiere de una prudente interpretación y aplicación judicial en el proceso de determinación de la pena aplicable al caso.

Por otro lado, respecto al agravante impuesto a Quinteros, por haber gozado de excarcelaciones anteriores (artículo 189 bis, inciso 2º, último párrafo, último supuesto del Código Penal), cabe hacer lugar parcialmente al recurso de casación impetrado en este punto, por cuanto estimo que el mismo vulnera el principio constitucional de inocencia (artículo 18 CN y 75 inc. 22 CN; 18 y 26 DADDH; 8.2 CADH; y 14.2 PIDCyP).

Siendo que la regla es la libertad de la persona durante el proceso —siendo únicamente las medidas coercitivas personales la excepción, las que podrán ser revocadas por la imputación de un nuevo delito—, no puede el legislador prevér como agravante de un tipo penal, el ejercicio de un derecho de raigambre constitucional. Lo contrario, implica una violación al principio de inocencia por cuanto se estaría criminalizando lo que para nuestro ordenamiento jurídico es la manifestación y

consagración del principio constitucional de inocencia. En consecuencia, no puede el Poder Legislativo tipificar de un modo agravado –derecho de fondo–, la conducta de portar un arma de fuego sin la debida autorización legal, por una situación procesal previa que por cierto, nada tiene que ver con el hecho.

Al emitir mi voto *in re* "Isla, Benjamín Gustavo; Amarilla, Osvaldo Dario s/recurso de casación e inconstitucionalidad", causa n° 14.855, reg. n° 19.553, rta. el 12/12/11, tuve oportunidad de recalcar, además del abordaje que el órgano jurisdiccional debe efectuar para un correcto tratamiento de la cuestión para establecer válidamente en qué casos corresponde disponer la libertad personal durante el proceso, que ello constituye la regla en nuestro ordenamiento legal. Así, se colige de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general. Dicho criterio se encuentra receptado en el artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación que establece como regla general que la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley (artículos 14, 18 y 75 inciso 22 de la CN; 7 y 8 CADH; 9 y 14 PIDCyP).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha revisado su propia jurisprudencia y la de los órganos internacionales de derechos humanos para establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. En todos los casos debe tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual (confróntese Informe 2/97 y Informe 86/09, Caso 12.553 "Jorge, José y Dante Peirano Basso" República Oriental del Uruguay del 6/8/09).

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia según lo entendió la Corte Suprema

