



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los cinco días del mes de julio del año dos mil once, siendo las horas, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Benjamín Ramón Sal Llargués , Carlos Ángel Natiello y Horacio Daniel Piombo bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° **38.715** de este Tribunal, caratulada "**A. L., S. M. s/ recurso de Casación**". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **SAL LLARGUES – PIOMBO - NATIELLO**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

A N T E C E D E N T E S

Llegan estos actuados a conocimiento del Tribunal, en virtud del Recurso interpuesto por Martín Andrés García Díaz, Defensor Oficial Adjunto del Departamento Judicial Lomas de Zamora, contra la Sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 del mismo Departamento Judicial, en la que se resolvió condenar a S. M. A. L. a la pena de siete (7) años de prisión, accesorias legales y costas, más declaración de reincidencia, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso real con portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, en carácter de autor en este último caso. Asimismo se le dictó una pena única de doce (12) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, comprensiva de la ut supra mencionada y de la impuesta en causa Nro. 1183/1 del mismo Tribunal.

En primer término, se queja por la errónea aplicación del art. 189 inc. 2do. párrafo tercero del CP, por cuanto el arma secuestrada entre ambos asientos del auto sólo constituye una mera tenencia.

En segundo lugar y en subsidio, el impugnante se agravia por la aplicación del art. 189 inc. 2do. párrafo octavo del CP, toda vez que considera que es violatoria de los principios de “ne bis in idem”, culpabilidad y proporcionalidad, legalidad, debido proceso y defensa en juicio.

Denuncia que la norma cuestionada, que agrava la pena, no se funda en el hecho cometido por el agente sino en los hechos anteriores, por lo que concluye que la misma resulta inconstitucional.

Trae en apoyo de sus dichos, citas jurisprudenciales.

Asimismo destaca que la agravante transgrede el principio de proporcionalidad, en tanto resulta más gravosa que la prevista en otros delitos que afectan en forma directa bienes jurídicos fundamentales como la integridad física y la vida.

En igual sentido, denuncia que la elevada pena que la agravante establece, no se basa en la gravedad del hecho sino sólo en los antecedentes condenatorios que registra el encausado.

Solicita se case la sentencia atacada y se recalifique el hecho como tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal, o, en subsidio, se deje sin efecto la aplicación de la agravante del art. 189 bis inc. 2do. párrafo octavo del CP. Hace reserva del caso federal.

A fs. 37, el Defensor Adjunto ante esta instancia, Dr. Hernández, presenta un escrito en el cual mantiene el recurso interpuesto y se expone respecto de la inconstitucionalidad de la agravante cuestionada (art. 189 bis inc. 2do. párrafo octavo del CP), la inconstitucionalidad de la reincidencia y la ilegalidad de la pena única impuesta, por haberse unificado una condena anterior que al momento de la sentencia en crisis se encontraba ya vencida.

A fs. 49/50, la Sra. Fiscal Adjunta ante esta sede, Dra. Moretti, propicia el rechazo del presente recurso, toda vez que entiende que la defensa no demuestra el absurdo en el razonamiento del *a quo* que alega.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, la Sala I del Tribunal dispuso plantear y resolver las siguientes:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Se acreditan las violaciones legales denunciadas?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Previo expedirme sobre el fondo del pedimento traído, debo dejar a salvo mi opinión en punto a la inconstitucionalidad de la figura por la que se condenara a A. L., portación ilegal de arma de uso civil sin la debida autorización, art. 189 bis del CP, por tratarse de una ley penal en blanco que ve completada su descripción de la conducta prohibida mediante un decreto del Poder Ejecutivo (causa Nro. 12.516 "Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa 3113 seguida a Paez, Ivan Emanuel").

No obstante, encarnando la minoría en la Sala que integro, otro análisis se impone a fin de constatar si se verifican las violaciones planteadas por el recurrente.

1. En primer término, el recurrente se agravia por la calificación legal, en tanto sostiene que en autos existió una tenencia y no una portación del arma de uso civil.

En el caso de la tenencia de armas, la acción que requiere este tipo penal es "tener el arma", en el sentido que el agente puede disponer físicamente del arma en cualquier momento, llevándola en su poder o dejándola guardada en algún lugar y teniéndola a su disposición, por ejemplo escondida.

En cambio, la acción típica de la portación consiste en portar sin autorización un arma de fuego de uso civil o de guerra, es decir, el traslado del arma en condiciones de ser utilizada efectivamente como tal: cargada y al alcance del agente.

Es un delito de propia mano, porque, a diferencia de la tenencia, la portación no es susceptible de ser compartida, pues si bien la tenencia sólo implica contar con la posibilidad de disponer del arma, la portación requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso.

Por lo tanto, de la descripción del hecho, surge que el arma secuestrada se encontraba en el interior del auto que conducía el imputado, en el costado derecho (entre ambos asientos), cargada y en condiciones de ser utilizada, por lo que entiendo que es correcta la calificación legal aplicada, portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal.

2. En segundo término, denuncia la inconstitucionalidad del delito por el cual fue condenado. En este punto sí voy a acompañar el planteo defensorista.

La ley 25.886 introdujo al CP, entre otras regulaciones, una figura agravada del delito de portación de armas de cualquier calibre cuando el autor contara con antecedentes penales o tuviera vigente una resolución que dispone su libertad durante un proceso penal en trámite.

La norma reza: *“El que registrare 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 portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años.”*

Sostengo que la figura del art. 189 bis inc. 2do., párrafo octavo CP, es inconstitucional, en tanto lesiona los principios ne bis in idem y de culpabilidad, y este último en sus dos derivados: principio de proporcionalidad y su manifestación en un derecho penal de autor.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En primer lugar, el principio ne bis in idem, expresamente establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de los arts. 14.7 del PIDCyP y 8.4 de la CADH, prohíbe ser sancionado dos veces por el mismo hecho. Por lo tanto, no es posible que el delito anterior ya juzgado, tenga influencia respecto del monto de pena del nuevo delito, puesto que de lo contrario, se estaría castigando por segunda vez aquella primera acción.

Es decir, con esta agravante, se está imponiendo un "plus" de pena, como consecuencia de la valoración de la conducta ya realizada, por la sola existencia de indicadores que el legislador ha valorado como indicios de peligrosidad y por ello de enemistad al derecho.

Respecto del principio de culpabilidad, entiendo que esta agravante implica un claro derecho penal de autor, en tanto lo que se evalúa es la peligrosidad del agente por haber realizado hechos ilícitos previamente. El aumento de castigo sólo se fundamenta en condenas anteriores, por lo que es y no por lo que hizo.

La norma cuestionada, al considerar que quien porta un arma, con antecedente penales condenatorios o estando en libertad con procesos penales en trámite, demuestra como un síntoma, "*un grado de peligrosidad que sobrepasa el umbral de lo aceptable socialmente*" y que, por ello debe ser excluido mediante un encierro prolongado, se contrapone con la jurisprudencia internacional y de la CSJN.

En primer lugar, me refiero al fallo de la CIDH en el caso "Fermín Ramírez c/Guatemala", en el cual sostuvo: "*la incorporación de la peligrosidad como descripción de la conducta típica es contraria al principio de legalidad, que dispone la punición de hechos o conductas ilícitas culpablemente realizadas, pero no autoriza la sanción a partir de una*

combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras”.

En el mismo sentido estableció: *“la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanción, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”.*

Por su parte, la CSJN, en el fallo “Gramajo”, también sostuvo: *“la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal.”*

En igual sentido, en vínculo a la transgresión del principio de proporcionalidad, debe destacarse que existe una marcada desproporcionalidad entre la pena prevista y la magnitud de la lesión, comparando la escala penal de la figura agravada con la de otros tipos penales, cuyo bien jurídico afectado es la vida o la integridad física.

Por último, conforme al principio de culpabilidad, la pena no puede superar la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor, por lo que no es constitucionalmente válido invocar criterios de prevención general o especial para imponer penas desproporcionadas, en tanto se estaría “usando” al autor como instrumento con fines preventivos, vulnerando el principio de dignidad humana.

En resumen, un Estado que se precie de ser Constitucional de Derecho, no puede admitir este tipo de agravantes que vulneran una pluralidad de garantías constitucionales, toda vez que los niveles normativos superiores incorporan no sólo límites formales, sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

3. Asimismo, me he pronunciado en soledad respecto de la inconstitucionalidad de la reincidencia en precedentes que cita el Dr. Hernández. A sus glosas me remito.

4. Por último, respecto de la pena única impuesta, asiste razón al defensor ante esta instancia, toda vez que se ha infringido el art. 58 del CP, al dictarse la pena única, integrándola con una pena ya vencida.

Ello, en tanto le dictaron esta última sentencia cuando el imputado estaba cumpliendo la libertad condicional de una pena de cinco años y ocho meses impuesta en la causa 1183/1 del Tribunal Criminal Nro. 1 departamental.

Me explico, al momento de dictarse la segunda sentencia y la pena única (30/4/09), la primer condena ya se encontraba agotada (venció el 27/6/07, ver fs. 218 de los principales), por lo que no quedaban restos de la primer condena para unificar.

Voto parcialmente por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero, en general, a lo expresado por el preopinante.

En particular, me separo en tres temas:

- a) Considero constitucional el art. 189 bis, inc. 2, del Código Penal, en cuanto sanciona más severamente la portación de un arma por parte de quien registra antecedentes por delito doloso contra las personas o cometido con armas. Adhiero a lo expresado por una Sala hermana el 22/05/2008 en causa 28.057.
- b) También reputo constitucional al instituto de la reincidencia, conforme lo reafirmara la mayoría en el precedente "Maidana".

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

- c) El enunciado por el doctor Natiello en su voto, del cual tomé conocimiento en el acuerdo previo, respecto a la ritualidad de la unificación realizada.

De ahí que se imponga el rechazo.

Voto por la negativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero a lo manifestado por el doctor Piombo, respecto de la constitucionalidad del artículo 189 bis inc. 2 del C.P. y el instituto de la reincidencia.

En cuanto a la pena única pronunciada por el *a quo* considero que la misma ha sido fundamentada y ajustada a derecho (artículo 58 del C.P.).

En efecto, deviene correcta la unificación de condenas dictada pues la pena acordada en la primera sentencia a unificar no se hallaba totalmente agotada al momento de la comisión de los delitos que dieron motivo al dictado del segundo laudo. Es decir, reitero, **a la fecha de comisión del segundo delito** el encausado se encontraba todavía cumpliendo la pena impuesta en la primera sentencia condenatoria, aunque sea en libertad condicional.

De no procederse a la unificación se estaría licuando, en desproporcionado beneficio a favor del imputado, la sanción impuesta en la primera condena con la prisión preventiva que pudiere potencialmente haber cumplido en la segunda causa.

Voto por la negativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Visto el modo como ha sido resuelta la cuestión precedente y dejando a salvo mi opinión corresponde: 1) por mayoría y los fundamentos dados, rechazar en todos sus términos el recurso de Casación interpuesto a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

favor de S. M. A. L., sin costas en esta instancia. (Arts. 210, 373, 530 y 532 del C.P.P.; 50, 58, 166 inc. 2° párrafo 2°, 189 bis inc. 2 párrafo 3° y 8° del C.P.); y 2) tener presente la reserva del caso federal planteada a tenor del art. 14 de la ley 48.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero al voto del doctor Sal Llargués expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes y doy el mío en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve:

I.- Por mayoría y los fundamentos dados, rechazar en todos sus términos el recurso de Casación interpuesto a favor de S. M. A. L., sin costas en esta instancia.

Arts. 210, 373, 530 y 532 del C.P.P.; 50, 58, 166 inc. 2° párrafo 2°, 189 bis inc. 2 párrafo 3° y 8° del C.P.

II.- Tener presente la reserva del caso federal planteada a tenor del art. 14 de la ley 48.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente remítase.

**FDO.: BENJAMÍN SAL LLARGUÉS – CARLOS ANGEL NATIELLO –
HORACIO DANIEL PIOMBO**

Ante mi: Gerardo Cires