

///nos Aires, 25 de septiembre de 2012.

Y VISTOS:

Se celebró en autos la audiencia que prescribe el art. 454 del Código Procesal Penal, con motivo del recurso de apelación deducido por la defensa de A. A. T. contra la resolución documentada a fs. 9/11, que no hizo lugar al planteo de nulidad impetrado a fs. 1/5.

El juez Mauro A. Divito dijo:

En mi opinión, en supuestos como el del *sub examen*, media entre la portación ilegítima de un arma de guerra (artículo 189 *bis*, inciso 2º, párrafo cuarto, del Código Penal) y el robo -en el caso, en grado de tentativa- cometido con aquélla, una relación concursal de carácter formal, conforme al criterio que expuse en ocasiones anteriores (causas n° 36.820, “C., W.”, del 24 de junio de 2009 y n° 40.758, “M., R. M.”, del 11 de mayo de 2011).

Ello es así pues, de acuerdo con la imputación formulada, la portación del arma, además de integrar la violencia propia de la figura prevista en el artículo 166, inciso 2º, párrafo segundo, del Código Penal, representó el medio comisivo allí contemplado, de modo que se ha verificado la superposición que caracteriza al concurso ideal, en tanto “los tipos que convergen presentan una especial conexión -a partir de ciertos elementos comunes- que hace que funcionen como círculos secantes”, mientras que en el concurso real se carece de esa conexión y los tipos funcionan como círculos independientes (Pessoa, Nelson R., *Concurso de delitos*, Hammurabi, 2006, Buenos Aires, p. 131).

En función de ello, cabe entender que las conductas reprochadas al causante constituyen un hecho único desde la perspectiva jurídico penal, siempre que la portación del arma utilizada quedó temporalmente circunscripta al período que insumió el apoderamiento intentado (cfr. C.N.C.P., Sala IV, causa n° 6.414, “P., M. Á.”, del 20-02-2007; más recientemente, el mismo tribunal, causa n° 12.347, M. M., J.”, del 14-08-2012).

En consecuencia, entiendo que el sobreseimiento parcial del imputado en orden a la portación del arma que se le atribuyera impide llevar adelante el procedimiento con relación al conato de desapoderamiento, siempre que -más allá de que habría sido el menor A. D. T. quien esgrimió el arma- aquélla no podría estimarse como un hecho independiente del suceso por el que se procesó a A. A. T. (fs. 136/143, punto dispositivo I), en tanto al rendir declaración indagatoria se le reprochó la portación del arma en cuestión (ver fs. 116vta.).

Por lo expuesto, concluyo en que no procede responsabilizar a A. A. T. por el mismo suceso histórico por el que se dictó su sobreseimiento –sin importar la subsunción legal allí escogida–, toda vez que ello afectaría el principio constitucional *ne bis in idem*.

Voto entonces para que se revoque la resolución recurrida en apelación y se declare la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al sobreseimiento decretado a fs. 136/143, punto III.

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:

A. A. T. se encuentra procesado en orden al delito de robo agravado por el empleo de un arma de fuego y por la participación de un menor de dieciocho años de edad, en grado de tentativa. Entre dicha figura legal y la portación de un arma de guerra sin la debida autorización legal –hecho por el que se dispuso el sobreseimiento parcial del causante– (ver fs. 136/143, puntos dispositivo I y III), media un concurso material, aun cuando las conductas se superpongan temporalmente durante el robo, porque no pierden su autonomía al resultar acciones física y jurídicamente separables e independientes.

En tal sentido, la portación de un arma de uso civil condicional constituye un delito de carácter permanente y de peligro abstracto que se configura sólo con la voluntad de detentar el arma sin la autorización para ello, con independencia de la motivación del sujeto -aun cuando no se emplee-, lo que equivale a sostener que tiene autonomía intelectual. Por el contrario, el robo, que tutela la propiedad, es de carácter instantáneo y se consuma en el momento de su comisión (causas números 36.820 “C., W.”, del 24 de junio de 2009 y 29.064 “G., A. C.y otros”, del 17 de abril de 2006).

En consecuencia, sin perjuicio de que, además, no se desconoce que quien esgrimía el arma aludida en el desapoderamiento resultó ser el menor A. D. T., entiendo que el sobreseimiento dispuesto no afecta el principio constitucional *ne bis in idem* y voto por confirmar el rechazo de la nulidad decidido a fs. 9/11.

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:

Habiendo escuchado la grabación de la audiencia, participado de la deliberación y no teniendo preguntas para formular, respecto al modo en que debe concursar el delito de portación de un arma de guerra sin la debida autorización legal con el robo con armas en grado de tentativa, he sostenido en anteriores ocasiones que la cuestión se limita a una discusión dogmática en cuanto a la forma de concurrencia de delitos de ejecución permanente y aquellos de consumación instantánea, cuando esta última se superpone temporalmente con parte del proceso consumativo de aquél.

Poder Judicial de la Nación

Entiendo que esa superposición temporal no conduce *per se* a sostener un concurso ideal o aparente. Lo contrario llevaría a considerar que mientras se sigue ejecutando el delito permanente (“tal el caso “tenencia de un arma sin la debida autorización”) los distintos hechos que pudieran cometerse (la receptación en un principio, y otros posteriores -robos, homicidio, etc.-) concurrirían cada uno en forma ideal con aquél, con la posible conclusión, entonces, de que todos conformen un único delito, lo que entiendo desacertado.

No desconozco, por cierto, que dicho supuesto fue tratado en doctrina bajo la denominación de “concurso ideal por enganche” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, “*Derecho Penal. Parte General*”. Editorial Ediar, 2000, pág. 830.) o “unidad de acción por abrazadera” (Jescheck, Hans Heinrich, “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”. 4ta. ed. Editorial Conares, 1993, pág.659), mas no comparto dicha postura; si dos hechos son diferenciables entre sí, no puede cada uno constituir un mismo hecho con una tercera conducta (ver C.C.C. Sala V, voto del suscripto “L. R., J. E.” rta. 10 de noviembre de 2010).

Conforme lo expuesto, adhiero al voto del juez Cicciaro.

En mérito del Acuerdo que antecede, esta Sala RESUELVE:

CONFIRMAR el auto documentado a fs. 9/11, en cuanto fuera materia de recurso.

Devuélvase y sirva lo aquí proveído de respetuosa nota de remisión.

El juez Rodolfo Pociello Argerich integra esta Sala VII por disposición de la Presidencia del 5 de agosto de 2009.-

Mauro A. Divito
(en disidencia)

Juan Esteban Cicciaro

Rodolfo Pociello Argerich

Ante mí: Maximiliano A. Sposetti