



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso de casación de la defensa y casó la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal n°4 de San Martín en lo que se refiere al suceso que tuvo como víctimas a José P y Amanda G y condenó a Brian Juan Cruz C, Federico Ezequiel P y Sergio Matías L como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado por el número de intervinientes, en grado de tentativa, en concurso ideal con robo calificado por el uso de armas de fuego y por haber sido cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa; apartó al tribunal y remitió las actuaciones al origen para que otro, previa audiencia *de visu*, dicte una nueva pena respecto de los condenados.

El tribunal oral mencionado —en lo que aquí interesa— había condenado a C L y P por el delito de secuestro extorsivo agravado por el número de intervinientes, en grado de tentativa, en concurso ideal con el de robo calificado por el uso de armas de fuego y por haber sido cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa; además, a L por resistencia a la autoridad y a P por portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, por resistencia a la autoridad y abuso de armas agravado por haberse perpetrado para procurar la impunidad y por haberse cometido contra miembros de la seguridad pública, todos en concurso real.

II

En la decisión impugnada el *a quo* recordó que el tribunal de juicio tuvo por probado que C L P y el fallecido V C intervinieron en el secuestro extorsivo de José P y Amanda G que se apoderaron ilegíti-

mamente mediante el uso de arma de fuego del vehículo propiedad de P y que P —que portaba un revólver sin la debida autorización legal— y C , con la finalidad de lograr la impunidad, efectuaron disparos con armas de fuego contra los agentes policiales que les habían impartido la orden de detención.

En ese contexto, estimó que era procedente el agravio que la defensa introdujo en el término de oficina, vinculado a la forma en que el tribunal de juicio hizo concursar los delitos. Así, descalificó que a P se le reprochara la portación de arma de fuego sin la debida autorización legal en concurso real con los otros delitos atribuidos porque no se acreditó que la finalidad de la detentación del arma fuera otra que su utilización para la comisión de los sucesos investigados, por lo cual concluyó que se configuraba un supuesto de concurso aparente entre las figuras involucradas.

Por otra parte, planteó que el tribunal de mérito había excedido su jurisdicción respecto de P porque el fiscal lo había acusado por resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de armas y fue condenado por esas dos figuras en concurso real, agravado el abuso de armas por haberse perpetrado para procurar su impunidad y por haberse cometido contra miembros de la seguridad pública.

Asimismo, la cámara señaló que no se constató una “disolución de continuidad en el periplo delictivo” desde el comienzo de su ejecución hasta que fueron detenidos, como para establecer una escisión del suceso y la posibilidad de un concurso real de delitos. Afirmó que el tribunal había seccionado el último tramo del episodio como si se tratase de un hecho independiente cuando se trató de un suceso pluriofensivo y remarcó que después de desapoderar a los damnificados del vehículo, y tras circular dos cuadras, un móvil policial comenzó a seguirlos, impartiendo la voz de alto y, con la finalidad de lograr la impunidad P y C efectuaron los disparos con armas de fuego contra el personal policial. Luego de recordar que



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

en el concurso aparente se aplica uno solo de los tipos penales concurrentes y que la violencia propia del robo puede tener lugar antes, durante o después de la sustracción, para lograr la impunidad, expresó que al no acatar la voz de alto y disparar, los nombrados tuvieron por finalidad lograr la impunidad del robo agravado por el uso de armas de fuego. En definitiva, interpretó que no debía desdoblarse el accionar de los imputados, que configuró el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en el cual se ejecutaron varios actos constitutivos de la violencia propia de la figura, desde el comienzo de ejecución hasta la procura de su impunidad.

III

En su apelación federal el fiscal general fundó sus agravios en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Adujo que el *a quo* incurrió en un exceso de jurisdicción y se apartó de la solución prevista por la ley para el caso, efectuando una interpretación de las normas en juego que las desvirtúa.

Señaló que el agravio vinculado al modo de concursar los delitos no había sido invocado al momento de interponer el recurso de casación, sino que fue un motivo nuevo introducido por la defensa durante el término de oficina y por ello, al ingresar a su conocimiento la cámara inobservó los artículos 463 y 466 del código procesal.

Por otra parte, consideró que aplicó en forma errónea las reglas concursales. Así sostuvo que, entre el robo agravado por el uso de arma de fuego y la portación ilegítima de arma, media un concurso real porque las conductas son típicamente independientes y escindibles; que los tipos penales tutelan bienes jurídicos diferenciados y se consuman en momentos distintos, por lo cual no es posible que uno desplace al otro. Expuso que el artículo 189 bis del Código Penal protege la seguridad común; que la portación ilegal de arma de fuego es un delito de peligro que

afecta a un colectivo indeterminado que puede no concordar con la potencial víctima en caso de que se utilice el arma, y permanente en tanto el estado consumativo se mantiene mientras que el autor porte el arma sin autorización, cualesquiera sean sus motivaciones y con independencia de su empleo; mientras que el robo agravado por la utilización de armas es un delito contra la propiedad, de resultado y de consumación instantánea. Afirmó que en el *sub judice* las conductas de portación ilegal de un arma de fuego y robo con arma de fuego se superponen solo parcialmente en el tiempo. Citó en apoyo de su postura los dictámenes de esta Procuración General emitidos en el precedente publicado en Fallos: 331:1332 y en la causa B. 133, L XLIX “B Alejandro David y R V Sebastián y otro s/causa 15070”, del 28 de marzo de 2014. Agregó que tratándose de un delito instantáneo (robo con arma de fuego) cometido en ocasión de uno permanente (portación ilegal de arma de fuego) no pueden concurrir en forma ideal salvo que exista una verdadera identidad de los elementos objetivos y subjetivos de la acción, pues si la portación ha sido anterior al comienzo de ejecución del robo se verifica un concurso real; que la exclusión de una acción no supone la de la restante y que puede configurarse el delito de robo con armas sin incurrir en el otro si el poseedor tiene la licencia correspondiente. En virtud de lo cual concluyó que, en el *sub lite*, respecto de P , el delito de robo con armas concurre en forma real con la portación ilegítima de arma de uso civil.

Similar objeción dirigió a la decisión en cuanto dejó sin efecto la condena por los delitos de resistencia a la autoridad y el abuso de armas. Adujo que el *a quo* “al declarar que el caso debía abordarse bajo la óptica del delito continuado”, omitió considerar que para que una pluralidad de acciones se presente como un aumento del contenido del injusto de un mismo delito es imprescindible que se afecte al



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

mismo bien jurídico; asimismo, para que puedan ser consideradas dependientes y objeto de un único desvalor jurídico penal deben encuadrar en el mismo tipo penal o en tipos con igual núcleo típico. Añadió que la unidad de lesión jurídica demanda identidad del sujeto pasivo del delito. En otros términos, que no se aplica cuando los actos afectan bienes jurídicos diferentes o de distintos titulares y a ese respecto expuso que las acciones se dirigieron contra la propiedad (robo), la integridad personal (abuso de armas) y la administración pública (resistencia a la autoridad) y mientras que el primer tramo tuvo como víctimas a P y G, el segundo afectó a los oficiales de policía. Esos extremos –señaló el recurrente– no fueron contemplados por el *a quo*, que tampoco intentó explicar porqué podía considerarse abarcado el desvalor de unos delitos en los otros. Concluyó que incluir en la violencia del robo la impunidad que se procuró obtener con los disparos contra la policía, importa otorgar un excesivo alcance al tipo en cuestión y la derogación de los delitos de resistencia a la autoridad y abuso de armas; que la violencia excedió la propia del robo y que el propósito de fuga mediante el empleo de arma podría, a lo sumo, dar lugar a la aplicación a las reglas del concurso ideal pero no quedar subsumido en el delito contra la propiedad.

IV

Si bien la interpretación y aplicación de las normas del Código Penal que regulan los concursos de delitos constituye una cuestión de derecho común que corresponde, en principio, a los jueces de la causa y resulta ajena a la instancia extraordinaria (Fallos: 306:925; 324:3269), excepcionalmente procede su análisis con base en la doctrina de la arbitrariedad, que procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las

constancias efectivamente comprobadas en la causa (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 331:2077), que también amparan a este Ministerio Público (doctrina de Fallos: 199:617; 237:158; 299:17 y 308:1557).

En ese sentido el Tribunal ha sostenido que “la inadecuada inteligencia del derecho común, capaz de dejar en letra muerta las disposiciones penales constituye una causal de arbitrariedad” (Fallos: 314:787; 316:1753, entre otros); que cabe su intervención “si el fallo impugnado propone una exégesis irrazonable de la norma aplicada que la desvirtúa y torna inoperante” (Fallos: 325:1571; 326:1864 y 4515; 330:4841). Asimismo, que “por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación del derecho, el principio de la separación de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no autoriza a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto” (Fallos: 329:1586; 321:3583).

En mi opinión, el *sub judice* es uno de esos supuestos que justifican la intervención de V.E.

V

En lo atinente a la introducción de los agravios relativos a los concursos de delitos con posterioridad a la interposición del recurso de casación, cabe recordar que en Fallos: 341:1075, la Corte sostuvo que si bien es cierto que, en principio, la determinación de las cuestiones comprendidas en la *litis* es materia ajena al ámbito del recurso extraordinario, ello no constituye óbice para su apertura cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal ha excedido los límites de su jurisdicción (Fallos: 341:1075). En particular, se ha considerado que la extensión de la garantía de la revisión de la sentencia condenatoria reco-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

nocida en el Fallos: 328:3399 no obliga al tribunal interviniente a tratar los motivos introducidos luego de interponer el recurso de casación, en tanto en ese precedente no se examinó la constitucionalidad de las normas relativas a los plazos y oportunidad en que aquéllos deben ser formulados (conf. voto doctora Argibay en Fallos: 333:1619).

En ese sentido, es oportuno recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado” (casos “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C n° 4, párrafo 67; y “Fiaren Garbi y Solís Corrales vs. Honduras”, sentencia del 15 de marzo de 1989, serie C n° 6, párrafo 92).

No obstante y si bien la circunstancia observada bastaría para descalificar lo resuelto, en resguardo de las garantías constitucionales reconocidas al imputado estimo que ese óbice formal puede ser soslayado. Por esa razón, habré de ingresar al fondo del asunto.

VI

Ahora bien, discrepo con el *a quo* en punto a que el tribunal de juicio incurrió en un exceso de jurisdicción al condenar a P en orden a los delitos de resistencia a la autoridad en concurso real con abuso de armas agravado porque había sido acusado por el fiscal por resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de armas. En efecto, en la sentencia aquí impugnada se afirmó en forma dogmática que los hechos juzgados por el tribunal eran distintos al sustrato fáctico de la imputación respecto del cual la defensa pudo ejercer su ministerio; por lo cual carece de funda-

mentación la pretensa afectación al principio de congruencia y consecuente lesión de garantías constitucionales. Sin perjuicio de ello, el Tribunal ha señalado que en ciertos casos la modificación de la calificación legal podría importar un agravio constitucional en la medida en que dicho cambio provoque el desbaratamiento de la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos (ver dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 330:4945). A ese respecto, no ha expresado cuáles serían las defensas que habrían sido impedidas por ese proceder y en qué medida habrían influido en la solución adoptada, déficit que resiente la fundamentación del fallo.

De otra parte, coincido con el fiscal recurrente en cuanto a que los argumentos con los cuales el *a quo* pretendió respaldar la existencia de un concurso aparente entre los delitos atribuidos a los imputados no cumplen el estándar de fundamentación vigente en la materia, ni se ajustan a las circunstancias probadas en el *sub judice*, lo que hace procedente la vía federal de acuerdo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

Para el *a quo* existió un concurso aparente entre el robo con armas de fuego y la portación ilegal de arma de fuego y entre el robo con armas de fuego y la resistencia a la autoridad y el abuso de armas. A fin de evitar reiteraciones innecesarias me remito a la caracterización de las figuras involucradas realizada por el magistrado en su presentación (bien jurídico protegido, clasificación del delito como de peligro o de lesión, permanente o instantáneo).

En esa línea, estimo que no es posible el concurso aparente entre el robo calificado por el uso de armas de fuego y la portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, en primer término, por no verificarse una unidad de acción, pues la portación del arma (delito permanente) precedió y no fue sólo con-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

comitante con su utilización en el robo (delito instantáneo); es decir no existió un mismo y único acontecimiento cuyo contenido delictivo podría ser comprendido en todos sus aspectos mediante varios tipos penales (conf. disidencia doctor Petracchi en Fallos: 325:2777, considerando 7º y sus citas).

Aunque en forma hipotética se aceptara que se trató de un hecho único tampoco es posible afirmar que concurrían los extremos indicados por V.E. en Fallos: 313:1565 donde señaló que existe concurso aparente de delitos cuando el contenido íntegro de ilicitud –objetivo y subjetivo– de uno de los tipos implicados ya se encuentra contenido en el otro y, por ello, causará una sola lesión de la ley penal y que esa circunstancia ocurrirá cuando se dé entre las figuras una relación de especialidad, de consunción o de subsidiariedad.

Por cierto, los tipos penales involucrados en el *sub lite* no se presentan con las características que en general definen al concurso aparente, desde que ninguno de ellos abarca conceptual o valorativamente el desvalor del otro, ni tutelan, tampoco, el mismo bien jurídico. En consecuencia, no corresponde aplicar un solo tipo penal, como erróneamente juzgó el *a quo*.

Ello es así en tanto es evidente que entre las figuras en cuestión –robo con armas de fuego con portación ilegal de arma de fuego y con resistencia a la autoridad y abuso de armas– no hay una relación de especialidad, que requiere que un tipo penal abarque las características de otro y le agregue alguna nota que contemple otro punto de vista con relación a la lesividad, de modo que el tipo especial encierre conceptualmente al general y contenga integralmente su ilicitud. También hay que descartar la existencia de relación de subsidiariedad, que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la de menor intensidad; en otros términos, cuando se trata de "infracciones progresivas" en

las que el proceder del agente va recorriendo diferentes infracciones jurídicas de creciente gravedad, y respecto de las cuales la punición del grado más avanzado comprende el contenido del injusto de los pasos previos (conf. Carlos Nino, "El concurso en el derecho penal", Astrea, Buenos Aires, 1972, pág. 57). A ese respecto, cabe recordar que los tipos penales involucrados no se refieren a un mismo sino a distintos bienes jurídicos (propiedad, seguridad común, administración pública e integridad personal). Por último, tampoco sería plausible afirmar una relación de consunción entre los tipos penales, porque ninguno encierra a otro por consumir el contenido valorativo o material de su prohibición; uno no es una forma de agotamiento del contenido prohibitivo del otro ni el desvalor de una característica eventual de la conducta está ya comprendido o abarcado, en forma material o valorativa, por el tipo de que se trate. En ese sentido no es posible afirmar que el contenido prohibitivo del robo con arma de fuego abarque el peligro en que la portación de ese objeto colocó al colectivo indeterminado de personas que no coincide con la víctima del delito contra la propiedad, tampoco que englobe el correspondiente a la afectación a la administración pública o la integridad física de los policías. En el punto me remito, por compartirlos, a los argumentos del magistrado recurrente.

En relación con el robo con armas de fuego y la portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, considero que la situación suscitada en el *sub lite* se asemeja a la examinada en el dictamen de esta Procuración General del 28 de marzo de 2014 en la causa B. 133, L XLIX, "Bejarano, Alejandro David y Romero Vallejos, Sebastián y otro s/ causa 15070", citado por el recurrente, por lo que me remito a las consideraciones allí efectuadas. En esas actuaciones, el mismo tribunal que dictó la sentencia aquí impugnada, en relación con el robo con arma de fuego y la portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, había in-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

terpretado que la posesión del arma fue tomada en cuenta para agravar el robo y que el momento en que los imputados fueron detenidos no constituía un hecho distinto del intento de desapoderamiento en el que se usó el arma y, como el hecho principal no estaba consumado, el mantenimiento de la posesión no podía considerarse como hecho autónomo cuyo desvalor no estuviera comprendido en la agravación de la tentativa de robo. En contraste con ese criterio, este Ministerio Público señaló entonces que la portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal es un delito de peligro abstracto, contra la seguridad pública y que si bien los delitos de peligro quedan desplazados por el correspondiente de lesión, ello no rige para los delitos de peligro abstracto y común pues no se trata de una infracción progresiva sobre un mismo y único objeto de ataque y tampoco de un mismo bien jurídico. Se destacó que esa circunstancia —como en el *sub judice*— fue omitida por el tribunal que tampoco ensayó ninguna vía alternativa en orden a explicar por qué otra razón podría considerarse, así y todo, suficientemente abarcado en el caso el desvalor de un delito en el otro, a pesar de su diferencia estructural. El criterio se reiteró al dictaminar en la causa CCC 37245/2013/TO1/4/RH1, “Q Daniel Hernán s/robo con arma de fuego, etc.”, del 21 de abril de 2017, entre otros.

Además, es pertinente indicar que en diversos precedentes de la cámara que integra el *a quo* se ha considerado que si la portación del arma es anterior o posterior a la comisión de otro delito (por ej. robo) concurren en forma material (Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, c. 7516 “Pour Pour, Juan Domingo s/ recurso de casación”, reg. 171.07.3, 01/03/07 y c. 9800, reg. 52.09.3, “González Acevedo, Juan José y otro s/recurso de casación”, 9/02/09 y Sala IV, c. 12347, reg. 1356.12.4, “Moral Mendoza, José Antonio s/recurso de casación”, 14/08/12 entre otras).

En tales condiciones, en mi opinión, al dejar sin efecto la condena por delitos atribuidos conforme a derecho, como consecuencia de una arbitraria inteligencia de las normas que regulan los concursos de delitos, la sentencia ha desatendido reglas de interpretación establecidas por el Tribunal en punto a que “la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado” (Fallos: 324:2153) y que “el valor del resultado de la interpretación ocupa un lugar decisivo dentro de la teoría de la hermenéutica. La interpretación de las leyes debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial” (Fallos: 321:2767).

En síntesis, la decisión recurrida presenta defectos de argumentación que, de conformidad con la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por V.E., privan al pronunciamiento de fundamentos suficientes que lo sustenten y basta para descalificarlo como acto jurisdiccional válido (Fallos: 311:809 y 1516, 323:2461, entre muchos otros).

VII

Por lo expuesto, y demás argumentos del fiscal general recurrente, solicito que se haga lugar a la queja, se declare procedente el recurso extraordinario, se deje sin efecto la sentencia impugnada y se ordene dictar una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2020.