

Portacion De Arma De Fuego De Uso Civil Idoneidad Del Arma Absolucion

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Portación de arma de fuego de uso civil. Idoneidad del arma. Absolución Se absuelve al encartado con relación al hecho calificado como portación de arma de fuego de uso civil, pues si bien la pistola que detentaba durante la detención resultó apta en sí misma para el disparo, la falta de certeza respecto de la misma capacidad respecto de los proyectiles impide considerar a ese objeto como un arma de fuego.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 1 días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Luis F. Niño y Eugenio C. Sarraibayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 187/207 por la defensa oficial; en la presente causa n° 6989/2015/TO1/CNC1, caratulada 'Prado, Franco s/recurso de casación', de la que RESULTA: I.- El Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad, con fecha 29 de mayo de 2015, resolvió, en lo que aquí interesa: ?I.- CONDENAR a FRANCO CHRISTIAN PRADO (...) a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, en concurso real con portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, en calidad de autor (arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 166, inciso 2°, tercer párrafo, y 189 bis, art. 2°, tercer párrafo del Código Penal; arts. 403, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación). II.- REVOCAR la libertad condicional que le fue concedida (...) por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3, en el legajo n° 143.608, el 18 de julio de 2014, con relación a la condena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15, en la causa n° 4256 (...).III.- CONDENAR(LO) a la PENA ÚNICA DE SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN (...), comprensiva de la impuesta en el punto I de este pronunciamiento, y de la también pena única de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas, dictada en la causa n° 3536 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 de esta ciudad, con fecha 22 de diciembre de 2014, que abarcó a su vez, la pena de un año de prisión y costas recaída en esas actuaciones por el delito de robo en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades, y la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas, impuesta en la causa n° 4265 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15, el 20 de febrero de 2014, por el delito de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa (arts. 55 y 58 del Código Penal). IV.- NO HACER LUGAR a la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal. V.- DECLARAR REINCIDENTE a FRANCO CHRISTIAN PRADO, en los términos del art. 50 del Código Penal...? (cfr. fs. 165/165 vta. y 167/184 vta.). II.- Contra dicha decisión, el defensor oficial ad-hoc Nicolás P. D'Onofrio interpuso recurso de casación (cfr. fs. 187/207), el que fue concedido por el a quo (cfr. fs. 208/209) y mantenida la voluntad recursiva por el imputado (cfr. fs. 219/225). III.- El 8 de septiembre del 2015 se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle al recurso de casación interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 226). IV.- Una vez notificadas las partes del término de oficina, conforme lo estipulado en los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN (cfr. fs. 242), se presentó el defensor oficial Mariano P. Maciel, quien, tras reiterar lo manifestado por su colega de la anterior instancia en el recurso de casación, agregó nuevos agravios (cfr. fs. 229/242vta.). V.- El 24 de febrero de 2016 se celebró la audiencia prevista por el art. 468 en función del 465, CPPN, a la que compareció el defensor oficial ante esta instancia, Mariano P. Maciel, quien reiteró los agravios expuestos en el recurso de casación, de todo lo cual se dejó constancia a fs. 245. Y CONSIDERANDO: El juez Daniel Morin dijo: 1.- Al momento de resolver, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 tuvo por probado que ?...el 5 de febrero de 2015, alrededor de las 20.00 hs. Franco Cristian Prado -vestido con una bermuda de color azul y una camisa a cuadros y llevando consigo una mochila- junto a otro sujeto, aún no identificado -vestido con pantalón de jean y con el torso desnudo- ingresaron al supermercado denominado 'Anie?', sito en Alcaraz 5349 de esta ciudad, y mediante la exhibición de un arma de fuego que, en la ocasión, esgrimió el encartado Prado, le exigieron a Yuxin Yang -propietario del local- la entrega de la recaudación diciéndole 'dame la plata, dame la plata', a la vez que -también Prado- le propinaba golpes en la nuca con una de sus manos. Ante ello, Yuxin Yang se vio obligado a entregarles la suma de \$1000, conformada en billetes y monedas. Luego de lo cual Franco Prado y su compañero salieron corriendo del negocio, en dirección a la calle Moliere. Fue así que en momentos en que el Cabo Rogelio García se desplazaba por la calle Elpidio González a bordo del móvil asignado al sector 4, en misión de prevención de ilícitos, al llegar a la intersección con Moliere un transeúnte -de sexo femenino- le señaló a dos sujetos quienes caminaban juntos por Moliere en dirección a Agustín García. Por tal motivo, el Cabo García a bordo del móvil procedió a acercarse a ambos sujetos a fin de identificarlos, quienes al advertir la presencia policial se separaron, cruzando uno -el de torso desnudo- hacia la mano izquierda de la misma arteria Moliere, en tanto el otro -con bermudas y camisa a cuadros, a la postre Franco Prado- mantuvo su

mano, acelerando el paso. Fue así que al llegar ambos a la intersección de aquella arteria con la calle Agustín García, el primero dobló hacia la izquierda en dirección a Lope de Vega y en tanto el encartado lo hizo hacia la derecha, momento en que comenzó a correr, siendo alcanzado por el Cabo García, quien antes de proceder a su detención, pudo observar que Franco Prado arrojaba su mochila al suelo. Se verificó con posterioridad y en presencia de los testigos Marcelo Iglesias y Lucio Campagnucci, que en el interior de la mochila se hallaba, entre otros efectos, un arma de fuego -pistola marca Gunther modelo 60, calibre 22 largo rifle-cargada con seis cartuchos a bala del mismo calibre 22 largo?. 2.- El recurrente se presentó ante esta instancia y se agravó por los siguientes motivos: 2. A .1.- Arbitrariedad en la valoración de la prueba. La defensa indicó que el tribunal había realizado una valoración parcializada respecto de los elementos probatorios que se sustanciaron en la audiencia y que dieron por acreditada la responsabilidad de su asistido. En particular, entendió que el a quo no tuvo en cuenta el contexto en el que el damnificado reconoció a su asistido como uno de los autores del robo que sufrió en su comercio, que -a criterio de la defensa- carecía de las mínimas formalidades exigibles. En esta línea, la parte expuso los siguientes argumentos: i. En primer lugar, sostuvo que eran poco claros los motivos por los que el Cabo García detuvo a Prado ya que, pese a que refirió que una mujer le había realizado un gesto mientras conducía el móvil policial, que interpretó como un señalamiento de su asistido y de su presunto acompañante, no pudo explicar ningún tipo de denuncia o imputación concreta por parte de esa persona, ni explicó por qué no intentó ubicar a esa mujer luego de detener a Prado para constatar los motivos que habría tenido para realizar dicho gesto. ii. Asimismo, se agravó de que la fuerza de seguridad había realizado un reconocimiento personal de su asistido sin las formalidades del art. 270, CPPN. Explicó que una vez que se detuvo a su asistido, la policía llamó a la víctima para que fuera a identificarlo. La parte hizo hincapié en que las circunstancias del caso pudieron haber influenciado al damnificado y llevarlo a la confusión de reconocer a Prado como uno de los autores del ilícito, ya que la víctima admitió que conocía a las personas que le habían robado del barrio, sumado a que fue llevado a reconocer a una única persona -sin que dicho acto tenga las características aleatorias de la mencionada normativa-, y que ese individuo se encontraba rodeado de policías. Añadió que los agentes tenían un motivo autónomo para detener a Prado -la posesión de un arma de fuego sin autorización-, por lo que perfectamente se podría haber realizado con posterioridad un reconocimiento en fila de personas. iii. Por su parte, entendió que el tiempo que medió entre el suceso investigado y la detención de su asistido constituye una prueba importante que demuestra la ajenezidad de Prado en el hecho, pues resultaba poco probable que media hora después del hecho el autor estuviese a solo 5 cuadras de donde se cometió el delito, sobre todo cuando éste se domicilia a la vuelta del lugar donde finalmente se procedió a su detención. iv. A su vez, indicó que existió una contradicción entre lo manifestado por el damnificado y por el Cabo Rogelio García, quien indicó que la persona que se dio a la fuga estaba con el torso desnudo; mientras que la víctima no declaró que en el momento del atraco alguno de los autores estuviese en esas condiciones. v. Además, señaló que a Prado no se le secuestró ni el arma utilizada en el robo, ni el botín que se sustrajo, ya que la víctima refirió que le habían sustraído mil pesos (\$1000) y monedas, y su asistido solo tenía monedas. Por último, refirió que el damnificado había manifestado que Prado tenía un arma al momento del hecho, mientras que en la audiencia no reconoció el arma que se le exhibió como la que utilizó el nombrado en el hecho que se le atribuye. Concluyó que el hecho de que su supuesto compañero -quien se dio a la fuga- se encontraba con el torso desnudo y que no se lo haya observado con un bolso o una mochila, alejan la posibilidad de que aquél se llevara el arma que se utilizó en el robo. En virtud de lo expuesto, la defensa solicitó que se absuelva a su asistido con relación al delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, en atención a la aplicación del principio in dubio pro reo, consagrado en el art. 3, CPPN. 2.A.2.- Del análisis de las constancias de la causa, se advierte que el primer agravio invocado sólo traduce la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de juicio. Cabe destacar que los planteos que hoy trae la defensa, fueron contestados debidamente por el a quo en la resolución puesta en crisis. i. Así, con relación a los motivos que llevaron al agente policial a detener a Prado sin orden judicial, el tribunal entendió que existieron indicios vehementes de culpabilidad para llevarla a cabo. De esta forma, los colegas de la instancia anterior refirieron que ?... No adviert(ían) ninguna irregularidad en el proceso de identificación personal que decidió llevar a cabo el policía Rogelio García ante el señalamiento que le efectuara la ocasional transeúnte, por la sola circunstancia de que éste último no fuera identificado. Rogelio García había sido comisionado para recorrer la jurisdicción en específica función de prevención del delito. En ese contexto la sindicación del transeúnte y la propia actitud del encartado y su compañero, se presentaron como motivos suficientes para habilitar la intervención policial y proceder a su identificación. Y fue precisamente la acción de fuga del encartado frente a la actuación policial la que se erigió en razón suficiente para suponer que esa persona -el aquí acusado- se encontraba en posesión de elementos vinculados con la comisión de un delito. En este punto debo recordar que el testigo de actuación Marcelo Iglesias también hizo referencia a esta circunstancia cuando señaló que la persona que resultó detenida venía corriendo por la calle Agustín García y que el patrullero ingresó de contramano. De manera que entiendo que existieron indicios objetivos suficientes para fundar el estado de sospecha necesario para que el preventor procediera a la detención del encartado, a su

requisa y al secuestro de la mochila que arrojó en su trayecto previo...?. Bajo tales parámetros, tal como indicó el tribunal, el gesto que le realizara el transeúnte al agente policial, sumada a la actitud de Prado y su compañero ante la presencia de personal de la fuerza de seguridad, de darse a la fuga, se presentaron como motivos suficientes para habilitar la intervención policial. Cabe recordar que la parte no solicitó la nulidad del procedimiento detención y posterior requisa de Prado, sino que simplemente mencionó que no habían quedado claros los motivos por los cuales habían detenido a su asistido. De todas formas, el tribunal ha dado las razones suficientes para considerar al procedimiento como legítimo, en los términos del art. 284 -inc. 3-, CPPN. ii. Asimismo, en atención al reconocimiento que hiciera Yuxin Yang sobre la participación de Prado en el robo del supermercado, luego de que el nombrado fuera aprehendido por las fuerzas de seguridad, el a quo señaló que "...[la individualización que había] efectuado(o) en la audiencia, erigida como prolongación de su testimonio, resultó coincidente con la puntual referencia que también el damnificado había efectuado aquel día cuando inmediatamente después de haber sufrido el robo se dirigió al lugar donde Prado había sido detenido -en Moliere y Agustín García- y allí lo sindicó como uno de los autores del hecho que lo había damnificado. Destacó que este señalamiento fue cuestionado por la defensa en su valor probatorio por no haberse observado -según sostuvo- las previsiones establecidas por el art. 270 del C.P.N. Al respecto debo decir que -tal como se ha sostenido- la individualización de uno de los autores del hecho en observación directa efectuada por el testigo que dio lugar a la detención, no se encuentra reglada por el art. 270 del rito -como parece entenderlo la defensa- ya que éste contempla una situación fáctica distinta a la del reconocimiento in situ que constituye la hipótesis que en autos se plantea...?. Ahora bien, el planteo de la defensa pretende atacar el valor categórico que se le otorgó a la individualización que realizó la víctima sobre Prado, momentos después de que cometiera el ilícito, y no al procedimiento en sí que llevaron a cabo los agentes policiales, quienes obraron en cumplimiento de su deber de "individualizar a los culpables" de un delito, conf. al art. 183, CPPN. Así, el hecho de que el damnificado se haya acercado al lugar donde detuvieron al responsable del ilícito -que quedaba a solo 5 cuadras del lugar del hecho-, en modo alguno obsta a que señale a una de las personas que le había robado momentos antes, sin que el contexto que lo rodea pueda influenciarlo y generarle una confusión de creer que Prado no era quien pensaba que era. De todas formas, el a quo también valoró que la víctima volvió a marcar a Prado en la audiencia de juicio, como aquella persona que había robado en su supermercado, ratificando los dichos que había realizado hacía 4 meses atrás, al momento de la comisión del hecho. Asimismo, lo reconoció como aquél que portaba el arma de fuego con la que había sido intimidado y como el que lo había golpeado en la nuca. En cuanto a la credibilidad de su testimonio, el a quo "... [no advirtió] ninguna circunstancia que pudiera poner en duda la veracidad del testimonio brindado de Yuxin Yang. Repárese que, pese a haber atribuido a Prado un rol específico, connotado por el empleo de un arma de fuego, afirmó -al serle exhibida la incautada en autos- que no era la que había visto en el momento del despojo. Y así lo expresó en el dibujo que a mano alzada hizo en la sala?. En efecto, tal como concluyó el tribunal, el relato de la víctima resultó contundente. Así, el nombrado señaló en la audiencia de juicio a Prado como aquél que había robado en su supermercado, que resultó coincidente con la individualización que había realizado inmediatamente después de haber sufrido el hecho delictivo; a la vez que describió en forma clara y precisa el modo en el que fue desposeído de la recaudación de su negocio y la intervención que tuvo Franco Prado en el hecho. iii. Por su parte, si bien la defensa indicó que resultaba poco probable que el autor del hecho, media hora después de haberlo cometido, se encuentre a solo 5 cuadras de donde cometió el ilícito, ello no presupone su ajenidad al delito, máxime cuando de las constancias de autos surge que entre ambos sucesos no medió ese tiempo, sino uno menor. En virtud de este planteo, el a quo indicó que "... resultaba necesario contextualizar en tiempo y espacio la dinámica secuencial tanto de la acción desposeimiento ilegítimo y armado que sufriera Yuxin Yang -alrededor de las 20, en Alcaraz 5349-, cuanto el momento en que Prado y su ignoto compañero fueron avistados por el Cabo Rogelio García, a instancia de un ocasional transeúnte -Moliere y Elpidio González- como así también aquel en que se procedió a detener a Franco Prado, incautándose de su mochila -a las 19.50 y 19.53 respectivamente en Moliere y Agustín García-. Datos estos que surgen de las actas de detención y secuestro de fs. 7 y 8 y de las referencias que tanto el damnificado como el preventor García efectuaron en la audiencia...?. En esta línea, el tribunal entendió que "...La escasa distancia entre el lugar en el que se produjo el robo -Alcaraz 5349- y aquél en el que se materializó la detención del encartado -Moliere y Agustín García-, unido al corto tiempo transcurrido entre una y otra situación, aparecen como datos objetivos que de manera inequívoca me permiten afirmar que el encartado Prado fue uno de los autores del hecho...?. En efecto, a diferencia de lo que plantea la defensa, el hecho de que Prado se haya encontrado a 5 cuadras del supermercado, a escasos minutos de que se llevara a cabo el ilícito, no hace más que reforzar la responsabilidad que se le atribuyó. iv. A su vez, la defensa señaló que existía una contradicción entre los dichos de Yang Yuxin y del Cabo Rogelio García, en atención a que éste último había indicado que la persona que se dio a la fuga estaba con el torso desnudo, mientras que de los dichos de la víctima no se desprende que al momento del atraco, alguno de los autores estuviese con su torso desnudo. En primer lugar, el hecho de que el damnificado no haya dicho nada al respecto, no convierte en contradictorios los relatos, y que por ello, corresponde quitarles credibilidad, como pretende la defensa. Tampoco se advierte que

implicancia traería a que el damnificado haya visto vestido o con el torso desnudo a la persona que se profugó, a los efectos de desacreditar la responsabilidad del imputado, máxime teniendo en cuenta que pudo estar vestido al momento del hecho y, una vez cometido el robo, sacarse la ropa para que no lo reconozcan. En efecto, lo único que se desprende del planteo es que el imputado se encontraba acompañado, tanto al momento de la comisión del hecho como instantes previos a su detención, por otro sujeto que no logró ser hallado. v. Por otro lado, con relación al planteo de la defensa consistente en que a su asistido no se le secuestró ni el arma utilizada en el robo, ni el botín que se sustrajo, resulta plausible la valoración efectuada por los jueces de grado conforme a lo cual "...el secuestro de la mochila que llevaba Prado consigo, y que instantes antes de su detención había arrojado, resultó un elemento de juicio de decisivo valor probatorio no sólo porque en su interior se halló la pistola marca Gunther, modelo 60, calibre 22 largo cargada con seis cartuchos, sino también por las treinta monedas de dos pesos -dinero en cambio sencillo, frecuente en este tipo de comercio-; y los cuatro precintos de plástico de color negro -elementos utilizados con frecuencia para inmovilizar a las personas-. Elementos que apreciados en el contexto en que se produjo su incautación y según las reglas de la sana crítica (lógica, experiencia y sentido común) conllevan necesariamente a concluir que el encartado fue uno de los sujetos que intervino en el robo...?. Por su parte, el hecho de que el imputado no haya reconocido el arma que se le exhibió en la audiencia, como aquélla que fue utilizada para perpetrar el robo, no hace más que reforzar la credibilidad de los dichos de la víctima, a la vez que esa cuestión fue tomada en cuenta por el a quo para la calificación del hecho que a continuación se analizará. De esta forma, tal como valoró el tribunal, todas estas circunstancias, unidas a "...la directa imputación -mantenida a lo largo de toda la investigación- que le dirigió el damnificado al identificarlo como uno de los autores; el escaso lapso y distancia que medió entre el despojo armado y su detención; la circunstancia de haber estado acompañado tanto al momento de la comisión del hecho cuanto instantes previo a su detención por otro sujeto que tenía el torso desnudo...?, no hacen más que confirmar la responsabilidad que le atribuyó el tribunal a Prado en la participación del robo del supermercado. Por lo tanto, corresponde rechazar el recurso de casación con relación al presente agravio.

2.B.1.- Calificación jurídica. Portación de arma de uso civil. La defensa se agravio de que no hubo ninguna constancia que determine si los cartuchos hallados dentro del arma calibre 22, que fuera secuestrada a su asistido, eran aptos para el disparo, a fin de determinar si efectivamente se trataba de un arma de fuego, cfr. el ar. 3 inc. 1° del decreto 395/75. Ante la ausencia de pericia para determinar si las municiones eran aptas para sus fines específicos, indicó que no estaba demostrada la utilización en los hechos de un arma de fuego en condiciones operativas inmediatas, por lo que no se encontraba probado el sustrato del tipo penal escogido. Asimismo, indicó que el razonamiento del a quo se fundó en estadísticas, lo que, al albergar alguna duda, llevaba a la absolución. Además, señaló que el tribunal había invertido la carga de la prueba al afirmar que la defensa debía acreditar el defecto o idoneidad de los proyectiles, cuando ello debió probarlo el acusador. Indicó que esa falencia no podía subsanarse trasladando la carga de la prueba a la defensa. Por su parte, refirió que tampoco se había valorado otra cuestión fáctica que impide tener por acreditado otro de los elementos de la portación: las condiciones inmediatas de uso. Recordó que Prado no llevaba consigo el arma secuestrada, sino que se había sido encontrada dentro de una mochila. En este sentido, indicó que eran necesarios diversos movimientos corporales para hacerse de un arma que está en una mochila, por lo que no se podía considerar a su hipotético uso como inmediato. Sobre esta base, concluyó que no se podía considerar que hubo una portación de armas. Subsidiariamente, abordó la posibilidad de que se aplique la figura de tenencia de arma de uso civil. En esta línea, indicó que ese delito configura un delito de peligro concreto. Sin embargo, indicó que -tal como sucede en el caso- un arma de la que se desconoce la idoneidad de su munición no permite sostener fundadamente peligro concreto alguno. Por lo tanto, encuadrar la conducta en tenencia de arma de fuego importa punir conductas que son contrarias al art. 19, CN. En consecuencia, entendió que ante la inviabilidad de sostener que el arma pudiera tener alguna posibilidad de ser utilizada -porque no se sabe si poseía municiones idóneas y aptas para su utilización-, sumado a la falta de lesividad concreta de la conducta, debía absolverse a su asistido.

2.B.2.- El a quo encuadró los hechos que tuvo por probados en los delitos de "robo agravado por el empleo de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada en concurso real con portación ilegítima de arma de fuego de uso civil", en calidad de coautor y autor, respectivamente (arts. 45, 55, 166 inciso 2° tercer párrafo, y 189 bis, art. 2°, tercer párrafo, CP; arts. 403, 530 y concordantes, CPPN). En cuanto a la figura de robo agravado por el empleo de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, el a quo entendió que "...pese a que el damnificado afirmó que el suceso había sido perpetrado con un arma de fuego, manifestó en el debate que la incautada en autos no era aquella que le había sido exhibida durante el ilegítimo desapoderamiento del que resultó perjudicado...?, por lo que "...la existencia de un prófugo -el sujeto de torso desnudo- introduce una duda razonable, a la luz de lo dicho por Yuxin Yang?. Y consideraron que el hecho fue consumado porque "...sólo se recuperó una parte de la suma de dinero desapoderada en poder del encartado, y no obstante el escaso lapso que medió entre la comisión del robo y su detención, (...) el encartado y su ignoto compañero tuvieron un efectivo poder de disposición sobre lo sustraído...?. Respecto del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, los jueces valoraron que Prado "...portaba una pistola semiautomática de simple

acción calibre 22 largo calificable como de uso civil en los términos de la ley 20.429 y del decreto reglamentario n° 395/75 (art. 5, inc. 1°)...?, la que ?...tenía el potencial ofensivo que funda la prohibición de su portación, tal como se desprende de los informes periciales de fs. 56 y 80/83...?. Expusieron que aquella está ?...sujeta a la necesidad de autorización por el Registro Nacional de Armas (ley 25.086, art. 4°) ...?, y que ?...la ley penal conmina con prisión la simple portación de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización (art. 189 bis, inc. 2°, párrafo 3°, del Código Penal)...?. En esta línea, mencionaron el informe de la División Armas y Agencias de fs. 81, el informe del RENAR de fs. 85/86, y el informe del REPAR de fs. 87/88, los que a su criterio ?...dan cuenta que el encartado no era legítimo portador de armas de fuego y que el arma incautada no se encontraba registrada ante los organismos estatales...?. Asimismo, que ?(n)o ha demostrado autorización alguna para portar armas respecto de las cuales la ley requiere tener autorización a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.086? por lo que ?la portación ha de reputarse ilegítima?. Especificaron que ?la acción típica de portar un arma de fuego consiste en llevarla en condiciones de uso en lugares públicos, en mantenerla corporalmente en su poder, en lugares públicos, y en condiciones de inmediato uso?, conducta que ?en el caso está acreditada por el hecho de que el imputado la tuvo en su poder mientras estaba en la vía pública, en condiciones de disponer de ella para su utilización en forma inmediata, sin que la circunstancia de haberla portado en el interior de su mochila pueda impedir su configuración típica?. Concretamente, afirmaron que el arma ?estaba cargada habiéndose comprobado su aptitud para el disparo y determinándose que los seis cartuchos que poseía eran del mismo calibre 22 largo resultando compatibles para ser utilizados en la pistola marca Gunther calibre 22 largo incautada?. Luego descartaron el planteo de la defensa vinculado a que ?la falta de peritación de las municiones impedía acreditar que la pistola incautada se hubiera encontrado en condiciones de inmediato uso? porque ?fue detenido, instantes después de haber cometido junto a otro sujeto el robo a mano armada en el supermercado de Yuxin Yang, portando consigo un arma de fuego cargada con seis cartuchos. Así, y si se tiene en cuenta el uso a que dicha arma estaba destinado - independientemente de la prueba de su efectiva exhibición en el atraco- no resulta lógico, en el orden normal de las cosas, presumir la inidoneidad de su carga?. En esta dirección, estimaron que ?(s)e verificó en el caso que: a) el arma estaba cargada con una munición acorde a su calibre; b) a la observación externa esa munición no presentaba signos que permitieran sospechar acerca de su inidoneidad (antigüedad o daños), c) la experiencia indica que no es común que la munición de tales características falle al intentar ser disparada y que d) estadísticamente resulta casi imposible que seis cartuchos a bala fallen en forma sucesiva...?. Agregaron que ?si la defensa seriamente albergaba la firme convicción de que los cartuchos no eran aptos para el disparo, nada le hubiera impedido poner en evidencia que, por defecto o inidoneidad de los proyectiles, el arma no se encontraba en condiciones de inmediato uso?. Y que ?(e)l imputado tenía conocimiento de que portaba un arma de fuego, y voluntad de tenerla a disposición, ambos aspectos del tipo subjetivo que quedaron evidenciados cuando le hizo saber al preventor que en el interior de su mochila aquella se encontraba?.

2.B.3.- En este punto, entiendo que corresponde hacer lugar al planteo introducido por el impugnante, con relación a la adecuación típica que se le ha asignado al caso bajo examen. Es que, si tal como correctamente se afirma, la ausencia de un peritaje impide saber si los proyectiles resultaban aptos para el disparo, la consecuencia necesaria es la directa atipicidad de este tramo de la conducta. En ese sentido, comparto lo afirmado por la mayoría de la Cámara del Crimen en el plenario ?Costas? en el que se señaló: ?...un arma de fuego, tomada su expresión jurídica y conceptualmente, debe estar en condiciones de ser utilizada para hacer fuego, lo cual conduce inexorablemente a la situación que si no se encuentra cargada no podrá ser tenida como tal, por más que su sola ostentación puede llevar a engaño a la víctima obligándola a hacer entrega de aquello que se le requiere? (del voto de Abel Bonorino Perú). ?Ningún objeto lanzador y ningún proyectil pueden, por sí solos, comportarse como un arma en sentido propio, pues un arco sin flechas, o una honda sin piedra no satisfacen la aludida función. Esta sólo puede ser satisfecha por el conjunto debidamente estructurado y, por lo tanto, no puede predicarse a ninguna de las ?partes? las propiedades que son privativas del ?todo?. Se trata de una imposibilidad lógica...? (del voto de Guillermo Ouviaña). En pocas palabras, si bien la pistola que detentaba Prado durante la detención resultó apto en sí mismo para el disparo, la falta de certeza respecto de la misma capacidad respecto de los proyectiles impide considerar a ese objeto como un arma de fuego. En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente al planteo y absolver al imputado Prado, con relación al delito de portación de arma de fuego de uso civil.

2.C.1.- Arbitrariedad de la pena impuesta por falta de fundamentación En este sentido, la defensa señaló que el tribunal no dio razones de por qué se le aplicó a su asistido una pena que se alejó sensiblemente del mínimo legal correspondiente a los delitos que se le atribuyen. Con relación a los atenuantes, indicó que aunque el a quo evaluó la temprana edad en la que empezó a trabajar y su adicción a estupefacientes, ello no tuvo un efectivo correlato en la sanción dictada. Asimismo, señaló que el a quo tomó en cuenta como agravantes los golpes en la nuca que supuestamente se propinaron a la víctima, lo que ya estaba contemplado en el tipo penal escogido y que no puede utilizarse nuevamente para agravar la pena, ya que la violencia ejercida sobre la persona está ínsita como uno de los elementos típicos del delito. Señaló que, en todo caso, las supuestas cachetadas en la nuca de la víctima no revisten una entidad tal que amerite el agravamiento pretendido. En este sentido, solicitó que se revoque la pena impuesta y que se le aplique

el mínimo de tres años de prisión, o una pena sensiblemente menor a la de cinco años. 2.C.2.- Al graduar la pena a imponer, el a quo consideró ¿la naturaleza de las acciones desarrolladas por el encartado?, en particular ¿los golpes en la nuca propinados al damnificado como dato que demuestra una intensificación innecesaria de violencia; como así también la actuación en dupla, en cuanto pone en evidencia cierto grado de planificación?. Como atenuantes, evaluó ¿su condición de hombre de trabajo desde temprana edad -14 años- como así también su problema de adicción a sustancias tóxicas?. Asimismo, hizo referencia a ¿(su) historia de vida personal y social (en cuanto) proviene de una familia bien integrada, destacándose que tanto su niñez y cuanto adolescencia transcurrió en el ¿seno de una familia armónica, de clase trabajadora, con escasa comunicación y límites poco firmes' pero con muy buen vínculo con sus progenitores y hermanas?. También, ¿su pertenencia a un estrato socio-cultural medio y con instrucción secundaria incompleta -cursó hasta cuarto año- que le ha permitido desempeñarse como empleado de comercio, encontrándose en condiciones de solventar sus propias necesidades y ayudar económicamente a su propio núcleo familiar, no obstante estar separado de la madre de su hija de cinco años?. Sobre esta base, concluyó que estaba ¿en una situación en la que es fácil apreciar que contaba con recursos suficientes para evitar caer en conductas desviadas. Así, la relación inversamente proporcional que se establece entre los recursos con los que cuenta el justiciable y el esfuerzo que debe realizar para internalizar las normas prohibitivas, neutraliza -en este caso la posibilidad de que aquellas circunstancias personales sean valoradas como pautas de atenuación?. Asimismo, mencionó que ¿registra una condena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas en orden al delito de robo agravado por el uso de armas, en grado de tentativa, -hecho cometido el 16 de setiembre de 2013- impuesta el 20 de febrero de 2014, en la causa n° 4265 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15? y ¿la causa n° 3536 ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22, en la que el 22 de diciembre de 2014 fue condenado a la pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento y costas en orden al delito de robo, en grado de tentativa, reiterado -dos hechos cometidos el 17 de noviembre de 2010- y en definitiva a la pena única de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas, comprensiva de la impuesta en esa misma causa nro.3536 y de la de tres años de prisión y costas impuesta en la causa n° 4265 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15?. 2.C.3.- Cabe destacar que la solución propuesta en el punto ¿2.B.3?, torna inoficioso el tratamiento del agravio desarrollado en el presente punto. En consecuencia, corresponde disponer el reenvío de las presentes actuaciones a un nuevo tribunal a fin de que fije la pena que corresponda imponer a Franco Prado, previa audiencia contradictoria, en atención al hecho cuya condena se mantiene, consistente en el delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditado, en calidad de coautor.

2.D.- Solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 50, CP La defensa se agravio de que el a quo había rechazado el planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP, toda vez que afectaba el principio de culpabilidad, proporcionalidad de la pena, reserva, legalidad, derecho penal del acto y la prohibición de la múltiple persecución penal, que aparecen reconocidos en las garantías consagradas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Sobre el punto, interesa señalar que este planteo ya fue introducido durante el debate por el recurrente, y el a quo lo rechazó sobre la base de diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia. Luego, concluyó que correspondía declarar reincidente a Franco Prado porque ¿cumplió pena como condenado en la causa n° 4256 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15?. En este sentido, tal como sostuve en los precedentes ¿Sarno(1)¿, ¿Medina(2)¿, ¿García(3)¿, entre otros, nuestro máximo tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica a resolver en este asunto, pues en el fallo ¿Arévalo¿ ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de ese tribunal, explicitada en ¿Gómez Dávalos¿ (Fallos: 308:1938), ¿L' Eveque¿ (Fallos: 311:1451) y ¿Gramajo¿ (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP. Por lo tanto, las objeciones introducidas por el recurrente ya han sido materia de análisis de nuestro más Alto Tribunal que como intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes subordinadas a aquélla, ha sostenido que su contenido en nada vulnera las garantías constitucionales cuestionadas por la parte (Fallos 308:1938). En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el presente agravio.

2.E.- Agravios nuevos introducidos en el término de oficina. Por último, en el término de oficina el defensor oficial, Mariano P. Maciel, introdujo nuevos planteos vinculados, por un lado, a la declaración de inconstitucionalidad del art. 166 -inc. 2°, último párrafo-, CP, pues entendió -con cita al voto en disidencia del colega Niño(4)- que el tipo penal en cuestión no utilizaba términos estrictos y precisos, que acoten la conducta punible, en colisión con el principio de legalidad. Asimismo, sostuvo que la capacidad ofensiva del arma no puede presumirse, sin que deba acreditarse de modo unívoco, que existió un real peligro de vida para la víctima. Por otra parte, refirió que el agravante configura un caso de irracionalidad en el ejercicio de la potestad legislativa, contraria al art. 1 de la Constitución Nacional, ya que carece de entidad lesiva autónoma que permita diferenciarla de la violencia típica de la figura básica de robo, y que su regulación legal con una escala penal diferenciada resulta contraria al principio de lesividad. A su vez, el defensor introdujo nuevos agravios con relación a la arbitrariedad del monto de pena única impuesta a Prado, por inobservancia de los arts. 40 y 41, CP; y en atención a la inaplicabilidad del instituto de reincidencia respecto de su asistido, ya que en el caso no se desprendían datos sobre el avance del nombrado en su

anterior condena dentro del régimen de la ley 24660. En cuanto a estos agravios, considero que no corresponde tratarlos, porque a este tribunal le corresponde limitarse al estudio de los motivos expuestos al interponerse el recurso de que se trate, salvo que el asunto traído a revisión una vez expirada esa oportunidad procesal verse sobre una cuestión federal dirimente o cuestione la validez de algún acto del proceso pasible de ser declarado de nulidad absoluta. En este sentido, resulta claro que la utilización de los verbos desarrollar y ampliar, contenidos en el art. 466, CPPN, reconoce la voluntad del legislador de brindar al recurrente una oportunidad para extender o profundizar los motivos introducidos en la oportunidad del art. 463, CPPN; lo que sin lugar a dudas contempla la posibilidad de completarlos o perfeccionarlos, pero de ningún modo la de incorporar o adicionar otros no vertidos en el recurso respectivo. Por este motivo, opino que corresponde declarar la inadmisibilidad de las cuestiones tardíamente introducidas por la defensa.

3.- En virtud de las consideraciones efectuadas, propongo al acuerdo: I.- DECLARAR INADMISIBLE el agravio introducido en el escrito presentado en el término de oficina, en función de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 166 -inc. 2, último párrafo-, CP; II.- HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el recurrente, CASAR PARCIALMENTE la sentencia puesta en crisis y ABSOLVER a FRANCO PRADO, con relación al hecho calificado como portación de arma de fuego de uso civil, SIN COSTAS. (arts. 3, 456, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). III.- RECHAZAR el recurso de casación interpuesto en los restantes agravios que motivaron la impugnación. IV.- DISPONER el reenvío de las presentes actuaciones a un nuevo tribunal a fin de que, en función de la nueva calificación legal asignada al hecho y previa audiencia contradictoria, FIJE la pena que corresponda imponer a Franco PRADO y a efecto de que IMPONGA una nueva pena única, comprensiva de la que se fijará en la instancia anterior y de la pena única de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas, dictada en la causa n° 3536 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 de esta ciudad, con fecha 22 de diciembre de 2014, que abarcó a su vez, la pena de un año de prisión y costas, recaída en esas actuaciones por el delito de robo en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades, y la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas, impuesta en la causa n° 4265 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15, el 20 de febrero de 2014, por el delito de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa (arts. 55 y 58, CP). El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo: 1.- En el recurso de casación de fs. 187/207 la defensa pública de Franco Christian Prado planteó: a) la arbitrariedad en la valoración de la prueba; b) la errónea calificación jurídica del hecho probado; b) la arbitrariedad de la pena impuesta por falta de fundamentación; d) la inconstitucionalidad del art. 50, CP. Luego, en el término de oficina (art. 466, CPPN), la defensa pública oficial pidió la declaración de inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2°, último párrafo, CP; se refirió a la arbitrariedad de la pena impuesta y reclamó la inaplicabilidad del instituto de la reincidencia, atento la falta de datos sobre el avance de Prado dentro del régimen progresivo de la pena, según la ley 24.660. 2.- Para un mejor análisis de los agravios planteados, se examinarán de acuerdo con el aspecto de la sentencia cuestionado por la defensa. 3.- Con respecto a la arbitrariedad en la valoración de la prueba por parte del a quo, adherimos, en lo sustancial, al voto del colega Morin. 4.- También coincidimos con su propuesta referida a la calificación jurídica del hecho, en tanto la falta de peritajes sobre los proyectiles secuestrados impide saber si eran aptos para el disparo. 5.- Lo hasta aquí señalado desplaza el tratamiento de los agravios vinculados con la medición de la pena, efectuados tanto en el recurso de fs. 187/207 como en la presentación efectuada en el término de oficina (art. 466, CPPN). 6.- Con respecto a los restantes planteos realizados en esta última oportunidad, en distintos precedentes se ha señalado que en el recurso de casación deben revisarse todos los agravios que resulten verosímiles. Sin embargo, esto no significa transformar al tribunal que examina la condena en una jurisdicción de consulta. Es que la competencia de esta Cámara es apelada y revisora, lo que significa que en todos los casos únicamente pueden escrutarse los agravios concretamente planteados, según los términos del art. 463, CPPN. 7.- Con respecto a la declaración de reincidencia, el tribunal de la instancia anterior, tras recordar las distintas condenas impuestas a Prado y decidir revocar la libertad condicional que se le había otorgado, rechazó el planteo de inconstitucionalidad de aquel instituto (fs. 181 / 183). Así, dijo en concreto: ?...teniendo en cuenta lo dicho precedentemente en cuanto a que el encartado cumplió pena como condenado en la causa n° 4256 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 en la que el 18 de julio de 2014, el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 le concedió la libertad condicional, en el legajo N° 143.608...?. También consideró otra pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22, el 22 de diciembre de 2014, de tres años de prisión, en la cual además dispuso mantener la libertad condicional concedida anteriormente. Como se anticipó, sobre la base de estos elementos, lo declaró reincidente de acuerdo con el art. 50, CP. Por su parte, la defensa cuestionó la constitucionalidad del instituto tanto en el recurso de casación (punto VII, fs. 202/206) como en la presentación del término de oficina (fs. 240, punto VII, b). En esta última, planteó la inaplicabilidad al caso del instituto, pues de las actuaciones no se desprendía ?...dato alguno respecto del avance que Prado alcanzara en su anterior condena dentro del régimen progresivo contemplado en la ley 24.660. En atención a ello es que este Ministerio ha iniciado los trámites necesarios para certificar esta circunstancia, la cual actualmente no ha podido ser recabada debido a lo acotado de los términos procesales con que se cuenta para realizar esta presentación en términos de oficina, pero que será oportunamente informada al momento de llevarse a cabo la

audiencia prevista en el art. 465 CPPN...? (fs. 240). 8.- Ahora bien, en el precedente ?Salto?(5), interpretamos que, de acuerdo con las etapas en que se divide el régimen penitenciario según la ley n° 24.660, el período de prueba aparecía como aquél en el que el condenado evidenciaba un avance en su tratamiento, pues estaba en condiciones de ?comenzar a autogobernarse?. En cuanto a la solución del presente, de la compulsa del Legajo de Ejecución Penal n° 143.608 correspondiente a la condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15, surge que el encausado alcanzó la fase de socialización el 16 de junio de 2014 y permaneció en ella hasta la concesión de su libertad condicional el 18 de julio de 2014 (cfr. fs. 67 y 69/72 del legajo de ejecución mencionado). De allí que asiste razón al planteo de la defensa por cuanto Prado nunca alcanzó el periodo de prueba, lo que impide su declaración de reincidente, motivo por el cual debe casarse la sentencia en este punto y dejar sin efecto la declaración prevista en el art. 50, CP, lo que torna abstracto el tratamiento de la constitucionalidad de este instituto.

9.- La situación resulta sustancialmente diferente en lo que hace a la petición de inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2°, tercer párrafo, CP. En primer lugar, no puede pasarse por alto que la cuestión constitucional introducida en el término de oficina no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, en la sentencia del tribunal a quo, de modo tal que le hubiera impedido a la defensa efectuar un planteo oportuno. La calificación del hecho, ahora cuestionada por su inconstitucionalidad, fue propuesta por el fiscal general en su alegato (ver fs. 159) y ello no provocó ninguna consideración desde esa perspectiva en aquella oportunidad. Por lo tanto, no se aprecia ni ha sido alegado algún motivo que dispense de la carga del planteamiento oportuno de la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2°, último párrafo, CP. Sobre la subsunción jurídica del caso, la sentencia recurrida señaló: ?...Los hechos examinados y probados configuran los delitos de robo agravado por el empleo de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada...Ello en razón de que pese a que el damnificado afirmó que el suceso había sido perpetrado con un arma de fuego, manifestó en el debate que la incautada en autos no era aquella que le había sido exhibida durante el ilegítimo desapoderamiento del que resultó perjudicado. Y si ello es así - más allá de mi íntima convicción al respecto- lo cierto es que la existencia de un prófugo -el sujeto de torso desnudo- introduce una duda razonable, a la luz de lo dicho por Yuxin Yang, en cuanto a que el arma de fuego que portaba el encartado al tiempo de su detención no fuera la que exhibiera al tiempo de perpetrar el ilegítimo despojo...? (cfr. punto 4° de la sentencia, fs. 178 vta. / 179).

Por su parte, el planteo efectuado en el término de oficina y bajo el título ?encuadramiento legal del hecho imputado a Franco Christian Prado? (fs. 233 vta.), comienza afirmando ?...sobre este punto entiendo que, se verifica en el sub lite una analogía extensiva para el caso en concreto del tipo penal en análisis, que se encuentra en franca contradicción con el principio de legalidad y el principio de máxima taxatividad interpretativa. Específicamente sobre la figura agravada prevista en el art. 166 inc. 2, último párrafo, se han sucedido varias discusiones en razón de los problemas de índole constitucional que podría presentar la norma...?. Pues bien. La defensa propone directamente que este tribunal examine las infracciones constitucionales en las que habría incurrido el legislador al sancionar la norma en cuestión, sin explicar cuál habría sido el impedimento para plantear este mismo asunto ante el tribunal que se encontraba habilitado a juzgar el caso. Tampoco menciona infracción alguna en cabeza del juzgador, que posibilitara considerar una omisión de expedirse oficiosamente sobre el asunto que, producto de una reflexión tardía, acerca ahora a esta instancia de casación. Más allá del desarrollo teórico posterior realizado en el punto (fs. 234 y sigs.), no hay ninguna referencia ni crítica a la forma en que el tribunal a quo aplicó el tipo penal cuestionado, mucho menos se argumentó acerca de si dicha norma era de pertinente adecuación típica al caso, ni qué consecuencias constitucionales se derivaban de ello. Es decir que la pretensión fue introducida de un modo completamente desvinculado de las circunstancias del caso y de la fundamentación de la sentencia impugnada. Conviene reiterar, como se dijo en el punto anterior, que éste no es un tribunal de consulta ni mucho menos uno que ejerce un control de constitucionalidad concentrado. Aun admitiendo el sistema difuso y la posibilidad de que los jueces dicten de oficio la inconstitucionalidad de una regla, esto no exime a la parte de plantear oportuna y correctamente cuál es el conflicto constitucional y su directa incidencia en el caso a resolver. En efecto, la competencia de esta cámara es apelada y no originaria, y tiene por objeto corregir un error atribuido a una decisión recurrida. En este sentido, incluso admitiendo la declaración de inconstitucionalidad de oficio, no puede soslayarse el límite que implica para este tribunal pronunciarse, por primera vez, sobre cuestiones no decididas en la instancia precedente. Si, como se dijo, el objeto del recurso es la sentencia considerada errónea, ello limita a esta instancia, en tanto aquí se introduzca una cuestión no sometida a la decisión del anterior tribunal, pues ello implica que éste no pudo analizarla. La parte que intente soslayar este confín debe realizar un esfuerzo de argumentación adicional que muestre la existencia de un error u omisión tal que permita eventualmente superar aquella frontera. Por último, cuando se habla de la gravedad institucional que implica la declaración de inconstitucionalidad, esa expresión debe interpretarse como un esfuerzo a realizar para no invadir las esferas propias del legislador y no extralimitar el poder de los jueces. Ésta fue una de las luchas de la Ilustración: limitar la arbitrariedad de éstos y que no impongan sus preferencias o gustos personales sobre las leyes, expresión de la voluntad general. Esta concepción, a su vez, se encuentra en la génesis histórica del predominio de la interpretación literal, el papel de los jueces y el nacimiento del recurso de casación, tal como se lo conoció en nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco

tiempo. (6) En este aspecto, la discusión sobre el alcance de los principios constitucionales abre paso a un amplio margen de discrecionalidad: la única forma de limitarla es mediante la argumentación, esto es, la explicación de las razones por las cuales los jueces deciden como deciden, lo que permite a su vez, controlarlos. En definitiva, se trata de que todo el enorme poder que implica la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes sea acompañado por una gran responsabilidad y mesura en su ejercicio. Por lo demás, tampoco se ha puesto de resalto en ninguna porción del escrito de la defensa que la infracción constitucional denunciada pueda ser calificada de palmaria u ostensible en su afectación; de un modo tal que justifique su tratamiento oficioso. Las deficiencias expuestas precedentemente eximen de mayores consideraciones sobre el cuestionamiento constitucional de la agravante del tipo penal aplicado y sellan así definitivamente el asunto. Lo dicho, nos conduce a coincidir con la solución que en este punto propone el colega Morin en orden a la admisibilidad del planteo. 10.- En virtud de lo expuesto, corresponde declarar inadmisibile el agravio relativo a la inconstitucionalidad del art. 166 - inc. 2, último párrafo-, CP, hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, casar el punto I de la sentencia de fs. 167 / 184 vta., absolver a Franco Prado con relación al hecho calificado como portación de arma de fuego de uso civil, dejar sin efecto la declaración de reincidencia del nombrado y reenviar las actuaciones para que otro tribunal fije una nueva pena y la unifiqué con la anterior, de acuerdo con lo dicho precedentemente. Sin costas (arts. 456 inc. 1º, 469, 470, 530 y 531, CPPN). El juez Luis Fernando Niño dijo: 1.- El Tribunal Oral en lo Criminal nº 23, por sentencia del 29 de mayo de 2015, tuvo por acreditado que el 5 de febrero de 2015, alrededor de las 20.00 hs. Franco Cristian Prado -vestido con una bermuda de color azul y una camisa a cuadros y llevando consigo una mochila- junto a otro sujeto, aún no identificado - vestido con pantalón de jean y con el torso desnudo- ingresaron al supermercado denominado 'Anie', sito en Alcaraz 5349 de esta ciudad, y mediante la exhibición de un arma de fuego que, en la ocasión, esgrimió el encartado Prado, le exigieron a Yuxin Yang - propietario del local- la entrega de la recaudación diciéndole 'dame la plata, dame la plata', a la vez que -también Prado- le propinaba golpes en la nuca con una de sus manos. Ante ello, Yuxin Yang se vio obligado a entregarles la suma de \$1000, conformada en billetes y monedas. Luego de lo cual Franco Prado y su compañero salieron corriendo del negocio, en dirección a la calle Moliere. Fue así que en momentos en que el Cabo Rogelio García se desplazaba por la calle Elpidio González a bordo del móvil asignado al sector 4, en misión de prevención de ilícitos, al llegar a la intersección con Moliere un transeúnte -de sexo femenino- le señaló a dos sujetos quienes caminaban juntos por Moliere en dirección a Agustín García. Por tal motivo, el Cabo García a bordo del móvil procedió a acercarse a ambos sujetos a fin de identificarlos, quienes al advertir la presencia policial se separaron, cruzando uno -el de torso desnudo- hacia la mano izquierda de la misma arteria Moliere, en tanto el otro -con bermudas y camisa a cuadros, a la postre Franco Prado- mantuvo su mano, acelerando el paso. Fue así que al llegar ambos a la intersección de aquella arteria con la calle Agustín García, el primero dobló hacia la izquierda en dirección a Lope de Vega y en tanto el encartado lo hizo hacia la derecha, momento en que comenzó a correr, siendo alcanzado por el Cabo García, quien previo a proceder a su detención, pudo observar que Franco Prado arrojaba su mochila al suelo. Se verificó con posterioridad y en presencia de los testigos Marcelo Iglesias y Lucio Campagnucci, que en el interior de la mochila se hallaba, entre otros efectos, un arma de fuego -pistola marca Gunther modelo 60, calibre 22 largo rifle- cargada con seis cartuchos a bala del mismo calibre 22 largo?. El evento descrito fue subsumido bajo la figura legal de robo agravado por el empleo de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, en concurso real con portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, y mereció la condena de Franco Christian Prado a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 55, 166 inc. 2º, tercer párrafo, y 189 bis, apartado 2º, tercer párrafo del Código Penal; arts. 403, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación). Asimismo, se impuso al nombrado la pena única de siete años y seis meses de prisión, comprensiva de la asignada en la presente causa y de otros pronunciamientos condenatorios recaídos en su contra, dentro de esta misma jurisdicción. Finalmente, el a quo no hizo lugar a la declaración inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, mocionada por la defensa, y declaró a Prado reincidente en los términos del citado precepto legal. 2.- He de comenzar mi voto señalando que adhiero a las propuestas formuladas por el colega Daniel Morin en el punto '2.A.2)' de su exposición, en tanto y cuanto el tratamiento de las pruebas analizadas por el a quo, se ajustan bajo estricto apego a las reglas de la sana crítica y los principios que la conforman. Consecuentemente, corresponde rechazar la petición del recurrente en lo que a la arbitrariedad de la valoración de la prueba respecta y confirmar la sentencia en este punto. 3.- En lo atinente al encuadramiento legal de los hechos señalados en el primer apartado, la defensa solicitó la absolución de su defendido en relación al delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, mientras que, cursando el término de oficina, postuló la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2º, último párrafo, del Código Penal, por lo que correspondería enmarcar el acto de desapoderamiento que damnificara al propietario del supermercado sito en Alcaraz 5349, de esta ciudad, dentro del tipo penal regulado en el art. 164, del mismo cuerpo de normas. 3.a.I.- Sobre la primera cuestión, el recurrente alegó que la pistola calibre 22 lr., secuestrada en poder del imputado, no puede ser considerada efectivamente como un arma de fuego, toda vez que no obran en la causa constancias que acrediten la aptitud de los

proyectiles hallados en su interior. Tal falta de certeza, concluyó, imposibilita subsumir la conducta reprochada a Prado en la figura legal de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil. 3.a.II.- En mi tarea como juez ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 de esta Capital Federal, tuve la oportunidad de fallar - en disidencia con la mayoría del pleno- en un caso de aristas similares al presente con la salvedad de que, en esos actuados, tanto el armamento como la munición peritada resultó apta para el tiro(7). En tal ocasión, hube de fijar ciertas pautas de análisis que, a mi juicio, resultan determinantes para la conformación del referido tipo penal.

A modo liminar, dejé sentado que la cuestión relativa a la constitucionalidad de los delitos de mera tenencia, en la medida en que resulta arduo conciliar el "hacer" y el "no hacer" -a los que se refiere el Constituyente histórico en el texto del artículo 19 de nuestra ley fundamental- con la mera relación de un sujeto con un objeto, nos obliga -cuando menos- como intérpretes de la ley, a proceder con la máxima cautela a la hora de enfrentar el análisis de las conductas traducidas, en suma, en una relación real de tenencia o posesión; y, en esa senda, a redoblar la atención en punto a acreditar si ha existido un peligro concreto para el bien jurídico que se entiende afectado. No concuerdo con quienes afirman la admisión lisa y llana de los llamados delitos de peligro abstracto como pasibles de superar un test de constitucionalidad. Tampoco encuentro asidero para penar el peligro de un peligro a un bien jurídico, entendido éste como relación de disponibilidad entre un sujeto o una generalidad de sujetos y determinadas entidades relevantes para su existencia y para su realización en coexistencia. Más allá de la ya clásica demostración por el absurdo de que el acogimiento de tal categoría de delitos guiaría, en caso de tentativa, a la punición del peligro de un peligro de un peligro, es de toda evidencia que el virtual apartamiento del legislador penal de la amarra óntico-ontológica que debe ligar las conductas que escoge para prohibir con alguna de las relaciones de disponibilidad que componen, en su conjunto, la esfera de autonomía del individuo en una comunidad jurídicamente organizada, debe ser corregido por el intérprete, retrotrayéndose al examen del caso con la mira puesta en determinar si existió lesión o riesgo real para una o más de tales relaciones, si no se quiere derivar rumbo a abstracciones que desembocarían fatalmente en penar como delito la mera desobediencia a un precepto, con independencia de que exista o no el perjuicio para un tercero reclamado por el recordado axioma constitucional. Ricardo Núñez supo discernir con claridad meridiana la naturaleza jurídica de la tenencia de armas, en épocas en que la pasión por el expansionismo punitivo no había añadido aun la portación al hipertrofiado elenco: "(e)ste hecho es científicamente una contravención?, porque sólo implica violación de una ley de policía administradora de la tenencia de dichos objetos? (NÚÑEZ, R.: "Tratado de Derecho Penal", Parte Especial, T. 5°, Vol. I, Lerner, Córdoba, 1992, 69), apuntando también, al referirse al acopio, tras destacar la naturaleza igualmente contravencional de la figura, que "(e)l dolo propio de esta figura, de artificiosa creación legislativa, supone el conocimiento de que se trata de armas y la voluntad de acumularlas en su poder? (op. cit., p. 77). 3.a.III.- En tren de diferenciar las dos relaciones reales a las que el inciso 2° del art. 189 bis, CP, alude, se conviene en estimar que portar un arma de fuego consiste en llevarla en condiciones inmediatas de uso en lugares públicos, siguiendo el texto de la resolución 17/1991 del Registro nacional. Lo que equivale a decir que porta un arma de fuego quien la mantiene corporalmente en su poder, en lugares públicos y en condiciones inmediatas de uso (C.N.Casación Penal, Sala 1ª, 26/2/2003, "Aguirre, Horacio", J.P.B.A. 120-233; ídem C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, 18/9/2003, "Benedettelli, Juan?"; ídem Sala 6ª, 19/7/2004, "Juarez, Rubén?"; ídem Sala 7ª, 28/2/2001, "Toranza, Ricardo J.?"; ídem Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 2ª, 3/3/2003, "Fiscal vs. Breesi Escalante, Raúl?"; ídem C.N.Crim. y Correc Fed, Sala 1ª, 13/11/2000, "Villalba, Ricardo?". Se ha dicho, en ese orden de ideas, que el clásico caso de portación de arma de fuego sucede cuando el imputado la lleva a la cintura (C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, 24/9/2002, "Rodríguez Miranda, César Javier?"), lo que equivale a decir que ".....la portación requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso..."(C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, causa 30216, 5/9/2006, "Piñeiro Perez, Gustavo R.?"). Paralelamente, en el intento de descifrar la distancia conceptual entre la portación y la tenencia consignadas en el texto legal, se ha apelado a definir a esta última argumentando que no requiere la detención corporal del objeto u objetos, sino apenas que se encuentre dentro del ámbito de custodia, de manera de ejercer un poder de hecho tal que permita al agente, disponer de ella por su sola voluntad y sin necesidad de intervención de terceros (C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, 18/9/2003, "Benedettelli, Juan?", entre otros muchos). La corporalidad, pues, aparece como el indicador de un mayor riesgo para el bien jurídico de la seguridad pública, y si también ahora recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española nos encontramos con que "corporalidad" es "cualidad de corporal?", y que "corporal" es "perteneciente o relativo al cuerpo, especialmente al humano?". Se entiende que quien lleva en sus manos o en su vestimenta un elemento vulnerante de esa clase genera un riesgo mayor para la seguridad de terceros que el que meramente lo tiene en su domicilio o en su rodado; siempre, vale dejar en claro, atendiendo a las particularidades de cada caso. 3.a.IV.- Si nos atenemos a lo que el Tribunal Oral entendió plenamente probado, el encausado Prado intentó darse a la fuga luego de haber cometido el desapoderamiento indebido al supermercado antes señalado, logrando ser aprehendido, a las pocas cuerdas del lugar del hecho, en posesión de una mochila que contenía una pistola calibre 22 lr. cargada con seis proyectiles, respecto de los cuales se desconoce su aptitud para el tiro. Por todo lo expuesto, y con las reservas que impone esta clase de ilícitos, sucintamente expuestas en párrafos precedentes, entiendo que la conducta reprochada al nombrado deviene

atípica en el caso, en tanto y en cuanto no puede establecerse con la certeza que un pronunciamiento de condena requiere que el bien jurídico tutelado por la norma -la seguridad pública en este caso- haya corrido algún riesgo cierto. La falta de datos que corroboren que el elemento incautado resultó idóneo para producir daños a terceros, producto de haberse omitido peritar la munición que aquel contenía en su cargador, me impide hablar y catalogarlo como "arma de fuego" en los términos del art. 189 bis, segundo apartado del Código Penal. Formulo, pues, mi voto, propiciando casar la sentencia y absolviendo a Franco Christian Prado del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal por considerar erróneamente aplicada la ley sustantiva (art. 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

3.b.- En respuesta al agravio dirigido por el recurrente para que se declare la inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2º, último párrafo del código sustantivo, y subsumir parte del hecho probado en la figura del robo simple corresponde señalar lo siguiente.

3.b.I.- Aquí también, en diversas intervenciones como juez ante el aludido Tribunal Oral en lo Criminal n° 20(8), tuve la oportunidad de expedirme sobre el tópico cuestionado. En esas ocasiones, por cierto, hube de pronunciar me en disidencia respecto de la imposibilidad jurídica de considerar incluidos en el tortuoso enunciado del artículo 166 reformado por ley 25.882 diversos hechos que la realidad social nos acercaba para su debido conocimiento y decisión. En este caso, la visión crítica se dirigirá a uno de los párrafos que integran ese engendro normativo; y una vez más, entiendo que es útil recordar la génesis de esa infausta modificación legislativa.

La movilización social sucedida en los primeros años de este siglo en la Argentina se construyó a base de pulsiones, es decir de energías psíquicas profundas y emocionales, difundidas por la mimesis que contemporáneamente facilita el aluvión mediático, gestadas en episodios puntuales pero manipuladas y aprovechadas por los sectores más reaccionarios de nuestra sociedad. Y aunque no es éste el lugar para explayarse sobre el tópico desde puntos de vista diferentes del jurídico, es del caso señalar que dichas pulsiones, ávidas -por propia esencia- de una catarsis que las redimiera, arrojaron como saldo, al ser reinterpretadas por una clase política afectada por la declinación de su representatividad, más de una docena de reformas legislativas sucedidas vertiginosamente, carentes de la sana reflexión que hace de la racionalidad de los actos de gobierno uno de los axiomas más caros de una república que se precie de tal.

Incumbe a los jueces, integrantes del poder contrafáctico por excelencia y encargados de ejercer permanentemente el control de constitucionalidad de las leyes, redoblar la atención ante cuadros como el descrito, a fin de evitar que el poder punitivo del Estado materialice avances inaceptables sobre los derechos y garantías de los individuos, echando mano en cuanto fuere preciso del consolidado catálogo de los principios erigidos para delimitarlo convenientemente.

Uno de tales principios -y, cabría añadir, uno de los tres más importantes- es el de legalidad. Sin una ley previa, escrita, estricta y cierta que describa con total exhaustividad la conducta que se desea prohibir no existe la posibilidad de penar a nadie en un Estado de Derecho regido por una Constitución como la argentina de 1853, reformada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. A él corresponde hacer referencia central en este caso, sin perjuicio de que otros de similar envergadura, como el de lesividad, también concurran en el análisis de los tipos legales de que se trata.

El Congreso Nacional, actuando en las condiciones antes aludidas, se inclinó, mediante la ley 25.882 -una de las tantas leyes referidas- por sustituir el criterio objetivo, que regía jurisprudencialmente, en materia de violencia contra las personas propia del delito de robo, por el subjetivo, según el cual debe atenderse a la impresión personal de la víctima de considerarse amenazada en su integridad física por el empleo de un elemento vulnerante en el momento del desapoderamiento, en lugar de reparar en el riesgo verdaderamente corrido por ese bien jurídico. No será necesario, empero, en esta ocasión, cuestionar primariamente la disposición contenida en el artículo 166, inciso segundo, párrafo tercero, primera hipótesis, del Código Penal desde la óptica del principio de lesividad u ofensividad, porque bastará con atenerse al de legalidad.

Por mucho esfuerzo que los legisladores -y sus coyunturales propulsores- hayan desplegado en su raid de criminalización primaria, la plasmación de sus intenciones no siempre ha coincidido con sus designios; y, dado que apelar a la "voluntad del legislador" para ensanchar las redes del control social formal no es propio de un Estado constitucional de Derecho sino de regímenes autoritarios de cualquier signo, el único material disponible y en condiciones de ser estudiado y -eventualmente- aplicado es el consistente en el texto de cada disposición legal.

En ese orden de ideas, forzoso es concluir que la figura agravada contenida en el precepto individualizado precedentemente colide sin solución a la vista con el mandato de determinación del hecho punible, mandato de certeza o *lex certa*, derivado del principio de legalidad y vinculado con el principio de responsabilidad por el hecho. Sabido es que, a tenor de tal mandato, el legislador debe confeccionar los preceptos penales describiendo con claridad y precisión la conducta que releva para prohibirla, en el caso de la tipicidad activa, o para ordenarla -prohibiendo cualesquiera otras diferentes a ella- en el caso de la tipicidad omisiva.

Luego, al penar con una escala agravada el robo cometido "con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada" (la cursiva me pertenece), como enfáticamente se pronuncia en tal disposición de fondo, no sólo abandona la claridad y precisión conceptual requeridas, sino que carga en los hombros del sujeto activo del robo una imposibilidad probatoria que, en homenaje al carácter excepcional de la legislación punitiva, debería servir exclusiva y excluyentemente para retrotraer el encuadre de la conducta analizada a la figura básica. El legislador puede penar acciones u omisiones, no vengarse de antemano de la impotencia procedimental de los aplicadores de la ley,

endureciendo su reacción frente al individuo imputado. Si no es posible acreditar un extremo cualquiera del supuesto fáctico previsto, descrito y asociado a una pena, la situación sobre ese particular es de duda acerca de su real concurrencia. No es posible compaginar una situación de imposibilidad absoluta de comprobación de la aptitud para el disparo de un determinado objeto con la afirmación apodíctica de que ese objeto era, en rigor, un arma y -por añadidura- un arma de fuego. La duda, en cualquier caso, favorece al reo, salvo que se haya decidido soslayar el principio de inocencia que deriva de la letra del artículo 18 de la Constitución Nacional. Al respecto, apenas advertir la ligereza con que en su hora se trató el tópico en el Senado de la Nación, al pontificarse que la modificación legal propiciada cubre un vacío legal vinculado con el uso de las armas de fuego de idoneidad no acreditada, incorporando al respecto un tercer párrafo a la norma citada, que sigue la moderna interpretación de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que establece que el uso de un arma de fuego idónea se puede probar no solamente con la realidad fáctica del arma en sí, sino también por elementos de juicio, indicios y derivaciones lógicas de pura sana crítica?. Que en un caso dado se haya podido probar la idoneidad para el disparo de un arma de fuego no secuestrada no autoriza a avanzar agravando genéricamente la escala penal en los casos en que, precisamente, no se haya logrado de ningún modo tal acreditación. Cuestión de lógica, claro. Es del caso recordar, en paralelo, que la ley penal, además de previa, escrita y cierta, debe ser estricta, con el fin de eliminar el arbitrio judicial, exigencia que veda toda interpretación analógica de su texto. Y huelga redundar en que es un error trágico integrar la ley con alusión a las reales intenciones del legislador, pues posibilita la expansión arbitraria de la potencia punitiva estatal en desmedro de la exigencia rectora de la legalidad y de sus cuatro cualidades. Como se anticipara, el óbice señalado exime de adentrarse en el terreno del principio de ofensividad o lesividad, en el que si -por mera hipótesis- cupiera ingresar, nos hallaríamos con un plus de pena basado en una mera probabilidad de mayor riesgo para un bien jurídico, alternativa que desconoce groseramente el juego armónico de los principios de legalidad y reserva contenidos en los artículos 18 y 19 de nuestra ley fundamental. No acaban allí las objeciones, aunque las que anteceden sean las de mayor peso. El insólito recurso de agravar la respuesta punitiva a raíz de una declarada incapacidad adquisitivo-probatoria trastorna inesperadamente el ponderado equilibrio político y jurídico representado por las autonomías provinciales, en una Nación que adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal (CN, art. 1º) y que, en consecuencia, reconoce a las Provincias su potestad para organizarse institucionalmente, asegurando su propia administración de justicia (idem, art. 5) y conservando todo el poder no delegado al Gobierno Nacional (art. 121 ibidem). Al avanzar sobre temas de prueba desde la letra de un cuerpo de leyes sustantivo aparecería forzando a una hipotética uniformidad de criterios, a riesgo de propiciar, en caso contrario, distintas soluciones para casos análogos acontecidos en una u otra jurisdicción provincial.

3.b.II.- Por lo demás, y más allá de que la defensa no solicitó ante el a quo la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal en cuestión y aquel fue interpuesto en término de oficina, corresponde, de todos modos, declarar su admisibilidad por dos razones: la primera, en función de que si bien es cierto que la presentación de nuevos agravios en el aludido lapso es contraria a la letra del art. 463 in fine del digesto ritual, entiendo que el planteo debe ser de recibo a partir de los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), hito jurisprudencial a partir del cual han menguado las formalidades y exigencias pétreas que regulan el exceso al recurso del imputado, en función de brindar plena operatividad a los arts. 8.2. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁹⁾; y la segunda, en tanto desde el lejano precedente "WASZYLSZYN, Miguel Angel"⁽¹⁰⁾ -del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20- vengo sosteniendo que es facultad jurisdiccional ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes, cualidad común, por cierto, de nuestro ordenamiento y del derecho constitucional federal estadounidense. Todos los jueces podemos -y, en su caso, debemos- ejercerlo, sin perjuicio de que el caso llegue a conocimiento de la Corte Suprema como tribunal último, por la vía del recurso extraordinario legislado en el art. 14 de la ley 48, tal como nos enseñara el profesor Germán Bidart Campos en su clásico "Manual de Derecho Constitucional Argentino" (Ediar, B.A., 1972, p. 63). Esa máxima instancia judicial ha puesto de relieve, en consonancia con tal carácter difuso del control, que el deber de los tribunales inferiores frente a la jurisprudencia por ella generada no importa un acatamiento puro y simple, sino el reconocimiento a la autoridad de su investidura y de la necesidad de controvertir sus argumentos cuando la decisión del a quo se aparte de aquélla (Fallos 212:51 y 312:2007). Sabido es -por otra parte- que el efecto del control se limita al caso resuelto, descartando la aplicación de la norma declarada inconstitucional a las partes que en él intervienen, pero dejando subsistente su vigencia fuera de aquél. Ello, sin perjuicio de la ejemplaridad que pudieren cobrar las sentencias y de su consiguiente proyección como precedentes en la jurisprudencia. Es indudable la gravedad institucional de un pronunciamiento judicial declarativo de la inconstitucionalidad de una ley, a la luz del caro axioma republicano de la división de las funciones del Estado. La doctrina del Alto Tribunal se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de considerarlo la "ultima ratio" del orden jurídico. De manera que sólo cabe acudir a él con la convicción de que más grave daño depararía a la República la aplicación, en el caso sometido a juzgamiento, de una disposición legal que se reputa seriamente repugnante a la Constitución Nacional. No se trata, pues, de arrogarse el control de las facultades de política criminal que el

Parlamento nacional ejercite de acuerdo a los procedimientos establecidos para la sanción de las leyes?, sino de asumir, con prudencia pero con firmeza, el deber de constatar si se mantiene o no la supremacía constitucional en los casos sometidos a jurisdicción?, en caso de aplicar la ley vigente alusiva a los mismos (S.T. Entre Ríos, Sala en lo Penal y del Trabajo, 11-7-89, Rodríguez, M.A. y otros?, voto del Dr. Chiara Díaz; en el mismo sentido, T.S. Neuquén, 17-3-95, Valenzuela, Roberto c/ Compañía Naviera Pérez Companc?). Una última observación: nuestro derecho constitucional federal reconoce un marco para el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes: la existencia de una causa judicial. El control se ejerce sólo en el ámbito de un proceso judicial y se expresa mediante la modalidad normal de pronunciamiento jurisdiccional, que es la sentencia. No nos está dado actuar de oficio, si por ello se entiende ejercer el control sin causa judicial o al margen de la misma, sea en consulta, dictamen o declaración teórica o general o abstracta. Mas no opera oficiosamente el juez o tribunal que se expida sin que el titular del derecho agraviado haya solicitado la declaración de inconstitucionalidad. Aún cuando tal cuestión no haya sido propuesta por el titular actual de un derecho al que la aplicación de la ley vigente afectaría, al juez incumbe la debida aplicación del derecho, y en tal menester se mueve a tenor del adagio *iura novit curia*: el juez suple el derecho que las partes no le invocan o que le invocan erróneamente. En suma, el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar. Por eso, el control de constitucionalidad de normas y actos implicados en el derecho aplicable, debe ser efectuado por el juez en la misma causa, sin necesidad de petitorio de parte interesada. Se ha dicho, en tal sentido, que el control de constitucionalidad hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso y, por eso, debe efectuarse por el juez aunque no se lo pida la parte, porque configura un aspecto del *iura novit curia*, que significa: el juez suple el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal...En consecuencia, configurada la causa judicial, la declaración de inconstitucionalidad es procedente sin petición expresa, cuando en el derecho aplicable el juez descubre la inconstitucionalidad? (BIDART CAMPOS, Germán: *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Bs. As., 2016, p. 404. Con cursivas en el original). En conclusión, por violar groseramente los principios de legalidad y reserva, constitucionalmente consagrados (CN, arts. 18 y 19), desconocer el principio de culpabilidad por el hecho, patentizado en este último, y trastocar el orden institucional vigente (idem, arts. 1, 5, 121 y concordantes), corresponde casar la sentencia en lo que al tópico respecta, declarar inconstitucional el precepto legal contenido en el art. 166, inciso segundo, párrafo tercero, primera hipótesis, del Código Penal y, consecuentemente, encuadrar el hecho enrostrado a Franco Christian Prado en el tipo penal regulado por el art. 164 del Código Penal, por el cual deberá responder en calidad de coautor (artículo 475 del Código Procesal Penal de la Nación). 4.a.- En lo que refiere al planteo de inconstitucionalidad articulado por la defensa contra la declaración de reincidencia de su asistido, vale apuntar que la cuestión traída a estudio es esencialmente análoga a la resuelta por esta Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional en el precedente *Cajal*(11) -el cual, a su vez, remite a los considerandos expuestos en *Obredor*-, a la que me remito por razones de practicidad. En esa ocasión declaré la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, por entender que dicho instituto conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como el de prohibición del doble juzgamiento y/o punición (art. 33 de la Constitución Nacional y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU). 4.b.- Sentado ello, con independencia de la posición adoptada en el referido precedente *Obredor*?, lo cierto es que en el caso tampoco correspondería la declaración de reincidencia si tenemos en cuenta mi postura tradicional sobre los parámetros que debía tener presente el juzgador al momento de aplicar las prescripciones del art. 50 del digesto sustantivo, el que reiteradamente sostuve como juez ante los tribunales orales de esta Capital Federal y al que reiteradamente he recurrido con el objeto de conformar mayorías en anteriores precedentes de esta cámara (*Gutiérrez*? Reg. n° 443/2016, *Graff*? Reg. n° 752/16, *Mercorossian*? Reg. n° 912/2016 y *Acosta*? Reg. n° 913/2016) En efecto, la cuestión central consistiría, una vez más, en tomar partido dentro de las distintas tesituras, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto de qué tiempo de pena privativa de libertad debe considerarse para predicar acerca de su cumplimiento parcial. Con las salvedades antes expresadas cabe decantarse, por resultar la más restrictiva, aquella que toma como plazo el cumplimiento de los dos tercios de la condena firme -por analogía *in bonam parte*? con el art. 13 del Código Penal-, toda vez que es el que brinda un asidero legal al argumento de la virtual eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento. Cuadra recordar el voto del doctor Elbert en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, *Guzmán, Miguel F.*? del 8 de agosto de 1989, en el que como primera cuestión se trató la que aquí nos convoca. Allí sostuvo el aludido magistrado que *por fin*, se apoya el último criterio porque está tomado analógicamente de la ley penal, en lo referente a la libertad condicional, institución ahora vinculada fuertemente al instituto de la reincidencia. Cabe pensar que los dos tercios de la pena anterior sean el mínimo relevante de la eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento, y que este criterio sirve también para determinar cuándo se alcanza una magnitud importante de prevención especial. Por fin, es la más garantizante de las posibilidades, conforme a la Constitución, para proteger los intereses del

justiciable?. En análogo sentido, durante su voto en el citado plenario, el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni dijo: "(d)ado que la jurisprudencia de la Corte Suprema no recepta aún la inconstitucionalidad de la reincidencia que, como todo esfuerzo por el derecho penal de garantías, debe abrirse paso lenta y dificultosamente -según enseña la historia, mi voto por la tesis del doctor Elbert obedece a que es la más restrictiva del concepto de reincidencia...?". Más recientemente, se ha expedido la Dra. Ledesma, en los autos 5843 "Hernández Almada, José Washington s/ recurso de inconstitucionalidad"(12), retomando esa concepción reduccionista de un instituto que, al fundarse en elementos tales como "el desprecio que manifiesta por la pena quien pese a haberla sufrido antes, recae en el delito... demostrando una insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche" (CSJN, 16/10/86, "Gómez Dávalos, Sinfiorano", Fallos 308:1938, considerando 5º), revela su anclaje en el fondeadero del Derecho Penal de autor. 4.c.- Sentado lo anterior, a la luz de los antecedentes reseñados y retomando el criterio adoptado a partir del voto mayoritario incluido en el fallo recaído el 22 de Octubre de 2008 en la causa n° 2739, caratulada "Larrouturnon, Diego Gastón, s/robo con armas en concurso real con tenencia de arma de guerra", del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, considero que el caso presenta la particularidad de que el antecedente a tomar en consideración corresponde a una pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento. Así, el tiempo que habría permanecido Prado detenido en calidad de condenado y en cumplimiento de la sanción impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 de la Capital Federal en la causa n°4265 de esos registros, -según los datos consignados en la sentencia agregada en copia a fs. 5 y el acta de libertad de fs. 84, ambas agregadas al legajo de ejecución n° 143608 del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3- fue de tres meses y ocho días. Esto conduce a estimar que ni siquiera concurre en el caso la condición que permitiría dar relevancia a su hipotética reincidencia en el delito, pues no habría alcanzado, en cumplimiento del régimen progresivo, ni los dos tercios de dicha pena, ni -mucho menos- los ocho meses que reputa necesarios el art. 13, CP. Ello es así conforme al claro texto de dicha norma, tomado como punto de referencia en los votos mencionados a la hora de precisar el mínimo de eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento, y tras efectuar la simple suma aritmética del lapso en que el inculso permaneció en prisión efectiva desde que aquella sentencia adquirió firmeza -11 de abril de 2014-. Por todo lo hasta aquí expuesto, como anticipé, adhiero a la solución propuesta por el colega Sarrabayrouse. 5.- Visto el cambio de calificación y su consecuente impacto en la dosimetría de la pena considero pertinente, ante cualquier sospecha de parcialidad en el órgano juzgador, reenviar las presentes actuaciones a un nuevo Tribunal Oral en lo Criminal el cual deberá, tras la pertinente audiencia única, a la que deberán concurrir las partes y el afectado, fijar el monto punitivo de la sanción recaída a Franco Christian Prado, bajo las pautas mensurativas receptadas en los arts. 40 y 41 del Código Penal de la Nación. En razón del mérito del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE: I.- DECLARAR INADMISIBLE, por mayoría, el agravio relacionado con la declaración de inconstitucionalidad del art. 166 -inc. 2º, último párrafo, - CP; II.- HACER LUGAR, por unanimidad, al recurso de casación interpuesto por el recurrente, CASAR PARCIALMENTE la sentencia puesta en crisis y ABSOLVER a FRANCO PRADO, con relación al hecho calificado como portación de arma de fuego de uso civil. SIN COSTAS (arts. 3, 456, 469, 470, 530 y 531, CPPN); III.- DEJAR SIN EFECTO, por mayoría, la declaración de reincidencia del nombrado; IV.- RECHAZAR, por unanimidad, el agravio relacionado con la acreditación del hecho y, por mayoría, la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia; V.- DISPONER el reenvío de las presentes actuaciones a un nuevo tribunal a fin de que, previa audiencia contradictoria, FIJE LA PENA que corresponda imponer a Franco PRADO, en atención al hecho cuya condena se mantiene -consistente en el delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditado, en calidad de coautor- y a efecto de que IMPONGA una nueva pena única, comprensiva de la que se fijará en la instancia anterior y de la pena única de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas, dictada en la causa n° 3536 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 de esta ciudad, con fecha 22 de diciembre de 2014, que abarcó a su vez, la pena de un año de prisión y costas, recaída en esas actuaciones por el delito de robo en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades, y la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas, impuesta en la causa n° 4265 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15, el 20 de febrero de 2014, por el delito de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa (arts. 55 y 58 del Código Penal). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase a la Cámara Federal de Casación Penal a fin de desinsacule un nuevo tribunal, sirviendo la presente de atenta nota de envío. LUIS F. NIÑO DANIEL MORIN EUGENIO SARRABAYROUSE PAULA GORSO Secretaria de Cámara Notas: (1) "Sarno, Cristóbal Fayek s/ recurso de casación", n° 49.723/2013, rta. 8/10/2015, reg. 535/2015. (2) "Medina, Lucas y otros s/ robo agravado", n° 17733/2012, rta. 3/9/2015, reg. 406/2015. (3) "García, Oscar Efraín s/ recurso de casación", n° 19.979/2008, rta. 18/9/15, reg. 471/2015. (4) Voto en disidencia del juez Luis Niño en la causa n° 36875/2015, caratulada "Berghella, Amer Antonio y Noceti, Hernán Patricio", del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 de esta ciudad, sentencia de fecha 5/11/2014. (5) Sentencia del 27.08.2015, reg. n° 374 / 2015, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse. (6) Sobre la evolución del

recurso de casación, véase por todos, Daniel PASTOR, La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal, Ad - Hoc, Buenos Aires, 2001, en particular ps. 15 - 35; en la jurisprudencia, el leading case, "Casal" (Fallos: 328: 3329). (7) Causa n° 4174/4333, caratulada "Horacio Federico Chuliver y David Federico Maurig s/ portación de arma de guerra y encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro" (rta. 30.10.14). (8) V. gr. causa n° 4148 "Berghella, Amer Antonio" (rta. 5.11.2014)

(9) Causa 46517/2014, caratulada "MONASTERIO, Alan y RUOCCO, Alejandro Lucas s/ robo con armas" (rta. 11.9.15; reg. 453/2015). (10) Causa n° 454, TOC 20 (rta. 29.9.97) (11) Causa n° 31507/2014, "Cajal, Hugo Ernesto s/ robo" (registro 351/2015, rta. 14/8/2015). Allí se hace remisión, a su vez, al precedente "Obredor", también de esta Cámara de Casación (registro n° 312/2015, rta. 4/8/2015). (12) Resuelta el 19/10/2005, Reg. n° 872/05, Sala IV, Cámara Federal de Casación Penal. 035095E