

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 20464/06 STJ

SENTENCIA Nº: 109

PROCESADO: BUSTAMANTE CARLOS ALBERTO

DELITO: ROBO CON ARMAS – PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO
CIVIL SIN AUTORIZACIÓN

OBJETO: RECURSO DE REVISIÓN

VOCES:

FECHA: 16-08-06

FIRMANTES: LUTZ – SODERO NIEVAS – BALLADINI EN ABSTENCIÓN

///MA, de agosto de 2006.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “BUSTAMANTE, Carlos Alberto
s/Recurso de Revisión” (Expte.Nº 20464/05 STJ), puestas a despacho para resolver,
realizada la deliberación según constancia de fs. 17; y- - - - - CONSIDERANDO:-

- - - - - El señor Juez doctor Luis A Lutz dijo:- - - - -

-----1.- A fs. 1/4 se presentan los doctores Oscar Raúl Pandolfi y Carla Pandolfi en
representación de Carlos Alberto Bustamante con el fin de interponer recurso de
revisión de la sentencia definitiva Nº 3 dictada el 28 de febrero de 2002 por la Cámara
Segunda del Crimen de General Roca en los autos "Bustamante, Carlos Alberto s/Robo
calificado por el uso de armas y portación de arma de fuego de uso civil sin
autorización, todo en concurso real" (Expte. Nº 2071/01-CCII), por la que resultó
condenado a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, como coautor
del delito de robo con armas y portación de arma de fuego de uso civil sin la debida
autorización (arts. 45, 166 inc. 2º, 12 y 29 inc. 3º C.P.)- - - - -

----- En la misma sentencia, la pena que antecede se unificó con la impuesta en la causa
Nº 1125 del Juzgado en lo Correccional Nº 16 de la misma jurisdicción, en la pena
única de diez años de prisión, con accesorias legales y costas, cuya condicionalidad se
revocó, como coautor de los delitos de robo con armas en concurso real con portación
de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, en concurso real con lesiones
leves en concurso real con robo calificado (arts. 166 inc. 2º, 189 bis tercer párrafo, 89,
///2.- 167 inc. 4, 27,55, 58, 12 y 29 inc.3º C.P. y 499 C.P.P.)- - - - -

- - - - -

-----2.- Como fundamento de su pretensión, la recurrente menciona la doctrina legal sentada por este Cuerpo en el antecedente “ANAYA” (Se. 136/02 STJRNSP) que -a su entender- declara que la portación de arma de fuego sin la debida autorización concurre idealmente con el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego, y señala que la portación “... queda satelizada [sic] por la figura mayor, que la contiene. Pues uno de sus elementos típicos es—precisamente- la portación del arma...”. Asimismo, aclara que su petición no está expresamente incluida en el art. 448 inc. 5° del Código Procesal Penal, pero que por una interpretación analógica “in bonam parte” de la norma del inc. 5° corresponde la petición en virtud de que la doctrina jurisprudencial de este Superior Tribunal tiene fuerza legal y obligatoria (art. 43 Ley 2430) y favorece la situación del imputado. Finalmente, solicita que se modifique la pena impuesta en la sentencia originaria.-----

-----3.- Corrido el traslado a la señora Procuradora General doctora Liliana Laura Piccinini, ésta se expide a fs. 8/14 y propugna hacer lugar al recurso de revisión interpuesto. Como fundamento menciona y cita los fallos “MORALES” (Se. N° 53/00 y 44/01), y sostiene que se debería revisar la línea jurisprudencial que se ha seguido hasta el momento, “... permitiendo que por vía del inc. 5° del Art. 448 del CPP se revisen no sólo las situaciones en la que corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia, sino también aquellas en las ///3.- cuales la variación de la doctrina de ese Cuerpo, tuviere como resultado que la actual interpretación de la ley sea menos gravosa que la tenida en cuenta por los Tribunales el momento de sentenciar”. Agrega que el criterio restrictivo imperante lleva a situaciones de manifiesta inequidad, y refiere jurisprudencia de distintas jurisdicciones, como el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Amplía su postura manifestando que, de adoptar el nuevo criterio, éste garantizaría el principio de igualdad de los iguales en iguales circunstancias, como así también el debido proceso y defensa en juicio (arts. 16 y 18 C.Nac. y 22 C.Prov.). Luego ingresa en el tratamiento propiamente dicho del caso, para lo cual analiza fallo “ANAYA” (Se. 136/02 STJRNSP) en lo que aquí interesa, esto es, en lo relativo al modo concursal entre las figuras penales en trato. Transcribe parte de este antecedente y señala que de la lectura de los fundamentos del fallo al abordar la calificación legal no aprecia la situación de “plus fáctico” que permita el concurso real. Por ello, solicita que se admita el recurso y que se aplique a Bustamante la consecuente reducción de la pena impuesta, fijándosela en seis años de prisión, accesorias y costas, siguiendo los mismos

parámetros utilizados por el sentenciante; asimismo, propone que se reenvíen los presentes al tribunal que dictó la unificación de pena, a efectos de readecuarla, respetando el adecuado criterio compositivo.- - - - -

-----4.- Ingresando en el estudio de las presentes actuaciones y sus constancias, entiendo que en el recurso ///4.- sub examine no se dan los expuestos motivos que autorizan la concesión de la revisión.- - - - -

----- En efecto, el recurrente cimienta la viabilidad de su pretensión en lo dispuesto en el art. 448 inc. 5° del Código Procesal Penal, que dispone que el recurso procederá cuando "corresponde aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia".- - - - -

----- Si bien se pretende una interpretación analógica del art. 448 inc. 5° de nuestro código adjetivo, con fundamento en el precedente "ANAYA" ya citado y en el art. 43 de la Ley 2430, dado el carácter excepcional del remedio ensayado, éste sólo ha de proceder en las situaciones previstas en forma taxativa (motivos específicos e inextensibles) por el art. 448 del Código Procesal Penal Provincial, únicos supuestos que permitirían modificar las conclusiones de una sentencia condenatoria pasada por autoridad de cosa juzgada material.- - - - -

----- En autos "MORALES" (Se. 53/00), este Cuerpo ha sostenido que "... el concepto de ley debe interpretarse en su cabal sentido material y formal, pues solamente es el Poder Legislativo el habilitado para acuñar los delitos, de tal modo que deben considerarse excluidos del mismo las opiniones jurisprudenciales, tanto plenarias como emanadas de la Corte Suprema por la que se declara la inconstitucionalidad de una norma" (cf. Guillermo Navarro y Roberto Daray, "Código Procesal Penal", pág. 248), y no encuentro en este caso argumentos novedosos para apartarme de dicha doctrina legal.- - - - -

----- En este orden de ideas, considero que el supuesto en ///5.- estudio no es encuadrable en el inc. 5° del art. 448 del código de forma –que alude al dictado de una ley penal más benigna-, toda vez que se invoca una posterior sentencia como base de la pretensión –la que sólo configura una modificación en la doctrina del tribunal de mérito-. Tengo también en cuenta que, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema, la retroactividad de la ley establecida en el citado art. 2° del Código Penal no puede alcanzar por analogía a la variación jurisprudencial (conf. "VILLADA", causa V.77.XXIII, del 09-10-90, en LL 1991-B,499, entre otros).- - - - -

----- En este sentido aprecio que dicho precedente no vulnera la garantía constitucional contenida en los arts. 16, 18 y 22 de la Carta Magna –en contra de lo que sostiene la señora Procuradora-, en virtud de que el máximo Tribunal Nacional ha expresado que “... la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 101:401; 124:122; 126:280; entre muchos otros), principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales; pero no puede alcanzar por analogía a la variación de jurisprudencia...” (conf. causa “VILLADA” ya citada, considerando noveno).- - - - -

----- El recurrente no logra probar que ha cumplido con el precepto legal del art. 448 inc. 5° del Código Procesal Penal. En este orden de ideas, es dable remarcar que la defensa intenta asimilar un caso jurisprudencial para hacer aplicar el instituto mencionado (el precitado fallo///6.- “ANAYA”), que versaba acerca de la concurrencia material o ideal de delitos.- - - - -

----- Sin embargo, este Cuerpo ya ha tratado situaciones similares y ha manifestado: “... la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa ‘FELICETTI’ (del 23-11-00), ha resuelto un planteo similar de revisión por extensión del inc. 5° del art. 479 del C.P.P., semejante a nuestro texto, el que fue rechazado conforme con los fundamentos que en su parte pertinente se transcriben: ‘... Que, en primer término, resulta necesario puntualizar que, tal como lo ha sostenido la doctrina, la revisión es un recurso dirigido a modificar una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada que supone la verificación de alguna circunstancia nueva -hecho, sentencia o ley- que permita la revisión y la que sólo procede cuando se verifica alguno de los supuestos previstos en el art. 479 del código de forma, los cuales son específicos e inextensibles, sin que puedan ser ampliados por la Cámara de Casación, órgano habilitado para su conocimiento y resolución... Desde esta perspectiva y como lo ha reconocido reiteradamente este Tribunal, obsta a la prosperabilidad del reclamo cuando la petición se fundamenta en motivos que no se encuentran entre los previstos legalmente... Tal sujeción a lo que taxativamente marca la ley, tiene como factor determinante la seguridad jurídica... Desde otra perspectiva, resulta ajeno al caso que nos ocupa la invocación de un supuesto del inciso 5° del art. 479 mencionado, por tanto una ley tiene un carácter más benévolo cuando desincrimina

el hecho juzgado, aplica menor pena o hace que ésta sea menos gravosa... supuestos que sin ///7.- lugar a duda no se dan en autos. Adviértase que el art. 479 del Código Procesal

Penal de la Nación debe conjugarse con lo preceptuado en el art. 2 del Código Penal, por constituir el primero una mera función instrumental respecto de la norma del código de fondo. De esa inteligencia surge que la noción de «ley penal más benigna» sólo alude a la modificación de una sentencia impuesta por la ley de fondo, lo cual como es a todas luces evidente no acontece en este caso, en tanto la ley -23984- y las normas constitucionales referidas a la garantía de la doble instancia cuya aplicación se pretende revisten un carácter netamente procesal... Es de la naturaleza del recurso de revisión la remoción de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, pero una medida de tal gravedad, que conmueve el esencial principio de la seguridad jurídica, sólo puede tener lugar en casos excepcionalísimos y expresamente determinados por el legislador, no encontrándose dentro de las atribuciones de esta Cámara invadir las esferas de otros poderes del Estado. En este sentido, la «autoridad de cosa juzgada penal, en cuanto la sentencia declara cuál es la voluntad de la ley en el caso concreto, es una autoridad absoluta, equivalente a la ley misma» (Manzini, Vincenzo, «Tratado de Derecho Procesal Penal», tomo IV, pág. 521...)\” (“MORALES”, Se. 44/01, entre otros).- - - - -

----- Igual criterio ha seguido en el fallo “MORALES” (Se. 53/00), donde sostuvo que “... es de aplicación la doctrina sentada por este Superior Tribunal in re ‘SOTO’ (Se. 51/97) y reiterada en ‘CHACON’ (Se. 129/99): ‘los incisos 4 y 5 suponen -para la procedencia del recurso- una norma penal ///8.- más benigna que la aplicada en la sentencia. No es posible realizar una interpretación amplia de tal concepto extendiéndolo de manera que sea posible la revisión de una condena por cambio en la jurisprudencia’”.- - - - -

----- En definitiva, la enumeración de las causas que dan pie al recurso de revisión es taxativa y no procede ampliarla por vía de interpretación ni por la aplicación de disposiciones análogas.- - - - -

-----5.- En consecuencia, y atento a que no encuentro motivos por los cuales deba apartarme de dicha doctrina legal, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de revisión interpuesto a fs. 1/4 de las presentes actuaciones, con costas. MI VOTO.- - - - -

- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:- - -

----- Adhiero al voto anterior en tanto el recurso de revisión tiene como fundamento una modificación de la doctrina del Superior Tribunal de Justicia en lo referido al modo concursal que vincula las figuras del robo calificado por el uso de armas y la portación de arma de fuego. En este sentido, el inc. 5° del art. 448 del rito se refiere a la

procedencia del remedio en estudio por el dictado de una ley penal más benigna, sin que tal supuesto alcance por analogía a la variación de jurisprudencia; ello es así incluso siguiendo una interpretación de los arts. 2 del Código Penal, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados de los que la Argentina es signataria y que integran el plexo normativo constitucional, conforme Se. 88/06 STJRNSP, con cita de la Corte Suprema de Justicia de ///9.- la Nación in re “CRISTALUX S.A.” (fallo del 11-04-06).- - - - -

----- Por lo demás, tampoco acierta el recurrente en su planteo vinculado con la revisión de la sentencia por la postura de este Cuerpo en cuanto al modo concursal antes mencionado, expuesta en los fallos “ANAYA” (Se. 136/02), “PLASENCIO” (Se. 01/03) y “MAGNIN” (Se. 07/03), que entiende más beneficiosa para su pupilo, por lo que procura la modificación de la decisión por la ocurrencia de un concurso ideal. Ello así pues, al dar tratamiento a la segunda cuestión -sobre la calificación legal del hecho-, el juzgador considera que Carlos Alberto Bustamante debe responder como coautor del delito de robo con armas en concurso real con portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización (arts. 166 inc. 2º, 55 y 189 bis tercer párrafo C.P.), pues el imputado obtuvo el arma tiempo antes de la ejecución del delito instantáneo y la empleó durante su perpetración.- - - - -

----- De tal modo, en la determinación de tal aspecto de los hechos -si cierto tramo fáctico anterior al apoderamiento es conceptualizado como una tenencia previa-, la Cámara Criminal ha seguido la doctrina del Superior Tribunal expuesta en los fallos antes señalados, que fija el criterio general de la concurrencia ideal del robo con armas y la tenencia (portación ilegal) de arma en la medida en que la única tenencia considerada sea la del momento del apoderamiento, y para él, restricción que a juicio de la Cámara Criminal no se verifica en la materialidad comprobada, con lo que la relación de las figuras penales por el concurso real se ///10.- ajusta al derecho declarado.- - - - -

----- A mayor abundamiento, transcribo a continuación los párrafos pertinentes del precedente “ANAYA”, donde este Cuerpo abordó en profundidad el modo concursal entre las figuras penales en tratamiento: “... es sumamente esclarecedor el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa 80, caratulada ‘HEREDIA’, del 29-12-93 (en JPBA, T. 85, 168 y ss.), en donde la tesis minoritaria explica de modo adecuado lo sucedido en autos. Destaco que la mayoría entendía la ocurrencia del

concurso material interpretando que los autores del robo con arma habían recibido su tenencia ‘tiempo antes de iniciar la ejecución del delito contra la propiedad’ (pág. 171), punto en que se verifica la disidencia.-----

----- “Así, la mayoría decía, citando un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -Fallos 282:58- y la transcripción del dictamen del entonces Procurador General de la Nación, que ‘se descarta el concurso aparente... porque omite considerar una circunstancia... relevante, a saber, que la tenencia ilícita es un delito permanente y la defraudación uno instantáneo, de modo que las acciones sólo se superponen parcialmente. Por ello, si se aplicaran dos sanciones, cada una de ellas se referiría a conductas temporalmente diferenciadas y sólo coincidentes en un aspecto. Esto vale para los casos en que la coincidencia no sea total tanto objetiva como subjetivamente, pues de darse en un grado mayor cabría considerar la hipótesis de un concurso ideal, instituto que persigue la preservación del principio non bis in ídem’.- - -

----- ///11.-- “Luego el dictamen desecha el concurso de leyes en forma de relación consuntiva, para continuar con el concurso ideal, ‘cuya existencia entre delitos permanentes e instantáneos califica de «materia dudosa». No obstante, afirma que tal concurso es seguro en los casos de total coincidencia (objetiva y subjetiva, conviene aclararlo) entre ambos hechos; e inexistente en la hipótesis de «hechos punibles instantáneos que son ocasionalmente perpetrados mientras transcurre la comisión del hecho permanente, o los que resultan de una nueva resolución criminal adoptada a raíz del hecho permanente»’.- - - - -

----- “En atención a tales consideraciones, la mayoría sostiene que ‘las acciones típicas de la tenencia ilegal de arma de guerra y robo calificado mediante su empleo, sólo se superponen temporalmente en forma parcial de modo que la exclusión de una de ellas no supone la de la restante; y que se trata, pues, de acciones física y jurídicamente separables e independientes, que concurren en la forma prevista por el art. 55 del Código Penal’.- - - - -

----- “Por último finaliza adoptando tal criterio, en atención a los hechos comprobados, de los que merituaba una recepción del arma temporalmente previa al hecho del apoderamiento.- - - - -

----- “Por lo tanto, pese a que parecería que la mayoría señala un criterio general -para todos los casos- según el cual no puede existir una superposición total entre las figuras consideradas, lo que impide que confluyan de modo ideal, para el caso concreto tiene por establecida como dato relevante una tenencia del arma que excedía temporalmente a

///12.- la del robo. Esto es, se trata de una tenencia ‘previa’, que se suma a la realizada ‘durante’ el apoderamiento y que justifica la determinación del concurso real, en consonancia con las afirmaciones transcritas del Procurador, quien afirma –‘contrario sensu’- el concurso ideal en los casos de total coincidencia -objetiva y subjetiva- entre ambos hechos.- - - - -

----- “Avanzando en este razonamiento, luego la minoría -en total acuerdo con los principios generales mencionados- discrepa con la forma concursal a la que se arriba y se pronuncia por el concurso ideal, con fundamento en que los imputados habían recibido un bolso con armas ya cargadas para emplear en el hecho investigado, minutos antes y a poca distancia del lugar del hecho.- - - - -

----- “De tal modo, dice que ‘[l]a manifestación temporal de la conducta criminal de los imputados y la finalidad en la recepción del arma son decisivos para dilucidar la especie del concurso aplicable. En efecto, la tenencia de arma de guerra exige para su consumación una prolongación de la acción contenida en la figura legal. El lapso en el presente prácticamente coincidió con la del robo tentado pues no se ha demostrado una tenencia anterior e independiente del que la vinculó a ese delito. En lo que se refiere al fin para el cual se recibió el arma, tampoco puede sostenerse, sobre la base de lo probado, que

esa tenencia hubiera tenido otro destino que no fuese el ataque a la propiedad que se intentó’. - - - - -

----- “Como se advierte, la diferencia entre ambas posiciones se centraliza en lo que en esta instancia///13.- casatoria sería una cuestión ajena de hecho y prueba -si determinado tramo fáctico anterior al intento de apoderamiento puede ser conceptualizado como una tenencia previa a la del delito instantáneo-, pero es relevante para los fines de la resolución de nuestro caso, en el que -como dije- se observa una carencia total de fundamentación en tal sentido.- - - - -

----- “No se prueba ni se dan razones para suponer tal tenencia previa, ni desde el punto de vista objetivo ni del subjetivo, con lo que el defecto es de motivación de la decisión - arts. 110, 369 y 370 C.P.P.-. - - - - -

----- “De tal modo, el juzgador impide que el Tribunal de Casación conozca el fundamento del concurso. Dice Jorge Alberto Sandro (‘El virtual oscurantismo del concurso de delitos’, en LL, t. 1998-B, 793), ante un caso similar de falta de justificación, que ‘seguramente ella responde a la práctica judicial que admite esa conclusión sin cuestionamiento o, a lo sumo, la expone con el razonamiento imperfecto

de la separabilidad de las lesiones jurídicas.- El tipo de concurso seleccionado no es compatible empero, con la fórmula que rige actualmente en la materia. La clase típica «robo con arma» se intersecta aquí con la clase típica «tenencia de arma de guerra», no sólo porque hay un comportamiento físico común (mientras el autor esgrime el arma para robar, necesariamente también la tiene o ejerce su tenencia irregular) sino por la razón adicional de que el «arma de guerra» mentada por el art. 189 bis es una subclase de «arma» e integra materialmente el universo típico del ataque a la propiedad calificado (art. 166 inc. 2º), bajo la ///14.- forma concreta de ejecución. El empleo intimidatorio del arma de guerra configura, simultáneamente, el tipo agravado del robo y el tipo básico de un delito contra la seguridad común (superposición en el tipo objetivo), con todas las modalidades propias del concurso ideal.- Los dos tipos penales que asisten a la llamada resultan encadenados por un nexo jurídico que unifica, incluso, a los elementos no comunes de ambas infracciones y es razón plausible para que las sanciones originariamente diferenciadas se fusionen, formando una penalidad única por el sistema de absorción (art. 54). Siempre que la tenencia ilícita del arma de fuego sirve para la perpetración del robo hay concurso ideal, porque el delito permanente establece los presupuestos para la comisión del otro delito.- La tesis favorable al concurso real (art. 55) no puede ocultar el defecto de la doble valoración del mismo hecho, que provoca la suma de las penas en perjuicio del imputado, ni el fenómeno ostensible de la doble persecución que recae sobre un sólo objeto procesal’.- - - - -

----- “En este orden de ideas, tengo para la sentencia el criterio general de la concurrencia ideal del robo con armas y la tenencia (portación) ilegal de arma en la medida en que la única tenencia considerada sea la del momento del apoderamiento, y para él”. Como señalé supra, idéntico criterio se ha seguido en autos “PLASENCIO” y “MAGNIN”, y ha sido respetado por la Cámara al dictar sentencia, por lo que no cabe reproche alguno. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada por los señores ///15.- Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de revisión interpuesto a

----- fs. 1/4 de las presentes actuaciones por los doctores Oscar Raúl Pandolfi y Carla Pandolfi en representación de Carlos Alberto Bustamante, con costas.- - Segundo:

Registrar, notificar, devolver la causa

----- principal agregada por cuerda con copia de la presente y, oportunamente, archivar.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 8

SENTENCIA: 109

FOLIOS: 1572/1586

SECRETARÍA: 2