

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 390/2015

/// la ciudad de Buenos Aires, al primer día del mes de septiembre de 2015, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces doctores Carlos A. Mahiques, Horacio L. Días y Pablo Jantus, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 393/409, en este proceso n° CCC 53971/14/TO1/CNC1, "*Díaz Leonardo Demián s/ portación de arma de uso civil*", del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 de esta ciudad, con fecha 16 de marzo de 2015, resolvió condenar a Leonardo Demián Díaz como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de guerra, a la pena de tres años y seis meses de prisión, y mantener la declaración de reincidencia del nombrado.

II. Contra esa resolución, la defensa pública, representada por el doctor Claudio Martín Armando, interpuso recurso de casación (fs. 393/409), que fue concedido por el tribunal de origen (fs. 410/411).

III. La Sala de Turno de esta Cámara evaluó la admisibilidad del recurso presentado y le otorgó el trámite previsto en el art. 465 del C.P.P.N (fs. 419).

IV. En el término de oficina, establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N, se presentó la defensora oficial ante esta sede, doctora María Florencia Hegglin (fs. 426/443), con cuya intervención se llevó a cabo la audiencia del art. 468 del código citado.

Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizado ese acto, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO

El señor juez doctor Carlos A. Mahiques dijo:

I. En el primero de sus agravios, la defensa sostuvo que el fallo es arbitrario pues las pruebas producidas en el debate resultaron insuficientes para fundar la incriminación decidida por el *a quo*. Argumentó que sólo obra en contra de su asistido la solitaria

declaración del agente de la Policía Federal Argentina, Alan Yamil Escalante, quien fue el único testigo que dijo haber visto a Díaz llevar consigo el arma, sin que tales manifestaciones fueran corroboradas por su compañero, el agente de esa misma fuerza de seguridad, Fernando Ismael Pérez.

De otro lado, expuso la recurrente que el testigo de la prevención Eduardo Antonio Bonelli no presencié la persecución del imputado sino sólo el secuestro del arma, diligencia que reveló circunstancias que llevan a presumir animosidad por parte del personal policial que intervino en el procedimiento, al punto que el tribunal ordenó la extracción de testimonios por las lesiones que Díaz habría sufrido durante su detención.

II. La doctrina judicial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Casal*” (Fallos: 328:3329), explicita la necesidad de realizar jurisdiccionalmente el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, y de agotar la “revisión de lo revisable” (cfr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

Cumple aquí recordar —toda vez que la defensa ha invocado una arbitraria apreciación de la prueba de cargo—, que el intercambio, fruto de la inmediación y de la oralidad, confiere a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y lo oído en el debate, permitiéndole extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de quienes declaran en tal oportunidad procesal, siendo la arbitrariedad el límite de dicha facultad.

Es que aun interpretándose al recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, habilitando la revisión integral de la sentencia recurrida, de ella se encontrará naturalmente excluida la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso, y especialmente la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, en la medida en que la misma haya sido fundada (cfr. fallo

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

cit. C.S.J.N., C.1757.XL *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*, causa N° 1681).

La ley, en efecto, no impone normas generales para comprobar algunos ilícitos, ni fija en abstracto el valor de cada prueba, dejándolo al arbitrio del sentenciante y en libertad de admitir la que tenga por útil y conducente a los fines del proceso, asignándole, dentro de los límites fijados por la razonabilidad, el valor que asumen para la determinación de los hechos.

Conforme a lo expuesto, es cierto que cuando la prueba de cargo se sustenta en una declaración, es exigible una especial cautela que debe tener como referencias o elementos de contraste la falta de credibilidad subjetiva del testigo, la verosimilitud de su declaración y la coherencia o persistencia de la misma, pero bien entendido que estas no constituyen condiciones para la validez de la declaración, sino meros instrumentos funcionales o guías de referencia para su valoración y confronte (confr. doctrina judicial del Tribunal Supremo de España, Sentencia Nro. 1689/2003, rta. 18/12/03, ponente D. Juan Saavedra Ruiz).

Nuestro Código Procesal Penal de la Nación se rige, en efecto, por la libertad de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica (arts. 206 y 398, segundo párrafo del C.P.P.N), lo cual significa que no hay regla alguna que imponga un modo determinado de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos de prueba. Sin un sistema de prueba tasada, la valoración de la prueba no depende necesariamente de la existencia de un mayor o menor número de elementos de prueba, por caso, de un número plural de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, por lo que puede incluso bastar el valor convictivo de un testigo único (confr. desde la perspectiva comparada, M. Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 184).

III. En el caso, efectivamente la determinación del hecho y la intervención de Díaz en su realización encuentran un primer sustento en la declaración prestada por el agente Escalante, quien efectuó un relato coherente de lo ocurrido, conforme consta en el veredicto impugnado. Según lo consigna el tribunal *a quo*, Escalante dijo que

cuando llegó al lugar donde fue requerido le señalaron a una persona que estaba armada en la esquina de las avenidas San Pedrito y Rivadavia. Al acercarse al lugar vio a un grupo de “cartoneros” y próximo a ellos, a un individuo que “sostenía algo” en su cintura, motivo por el cual y en función de autoridad, le dio la voz de alto. Que enseguida el sujeto comenzó a correr por la avenida San Pedrito y al cruzar la calle Ramón Falcón, arrojó un objeto que no logró identificar en ese momento. Refirió también Escalante que tras una breve persecución y luego de un forcejeo, logró aprehender al sospechoso. Agregó finalmente que, unos minutos más tarde, llegó su compañero el agente Pérez, que fue quien encontró el arma de la que se había desprendido Díaz durante la huida.

En la construcción discursiva del fallo, el *a quo*, estimó que las manifestaciones de Escalante guardan adecuado correlato —en lo sustancial— no sólo con el testimonio de Bonelli y su ratificación del acta de secuestro del revólver calibre 38, sino también con los dichos del agente Pérez, especialmente en cuanto a las circunstancias vinculadas con su intervención en la incautación del arma que Díaz había arrojado en el lugar indicado por Escalante.

No se advierte en el fallo ni ambigüedad ni vicios argumentativos o apartamiento de los criterios que regulan la valoración de la prueba, sino convergencia de sentido incriminatorio en las pruebas valoradas por el tribunal.

Tampoco la defensa aportó prueba alguna que ponga en crisis la verosimilitud de las declaraciones de los preventores o que permita presumir que las mismas hayan estado motivadas en algún interés distinto del ejercicio funcional o con ánimo de perjudicar al imputado.

De adverso, la verificación del hecho en examen y sus consecuencias en orden al fundamento de la imputación, si bien tiene al testimonio del personal policial como elemento principal de comprobación, también —como quedó expresado— ha integrado otros datos a la compulsión que, en el caso, resultan relevantes y coherentes, y dejan al fallo a cubierto de la crítica casatoria.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

La libertad probatoria asumida por el sistema procesal y la naturaleza de los argumentos volcados por el tribunal de juicio, permiten sostener que el *a quo* ha respetado el principio de razón suficiente y aplicado correctamente las reglas de la lógica y la experiencia común que, con toda rigurosidad, impone el sistema de valoración de la prueba acorde con la sana crítica racional.

En consecuencia, entiendo que, en la especie, el tribunal de juicio ha procedido de acuerdo con las reglas fijadas en los artículos 398 del Código Procesal Penal de la Nación, sin que la defensa haya logrado demostrar que en dicha operación se evidencie un vicio o defecto lógico que implique la vulneración de tales normas, razón por la cual este motivo de agravio debe ser desestimado.

IV. En el segundo de sus agravios, la defensa denunció la errónea aplicación del artículo 189 *bis* del C.P. Por un lado, sostuvo que no logró probarse que el arma estuviera en condiciones inmediatas de uso y, por el otro, que no se demostró que el imputado conociera su funcionamiento.

Si bien surge del peritaje balístico (fs. 141/143) que el funcionamiento del revólver calibre 38 era “anormal”, esta circunstancia, en el caso, no excluyó la afectación al bien jurídico tutelado por el delito imputado —seguridad pública— en tanto el arma en cuestión resultó ser igualmente “apta para el disparo”, lo mismo que uno de los proyectiles con la que estaba cargada (fs. 231/234).

En efecto, no resulta imprescindible para demostrar la aptitud ofensiva del arma de fuego incautada, que el examen pericial incluya una prueba de esta con los proyectiles secuestrados, bastando que todos los elementos —aun por separado— lleven a inferir aquella potencialidad. Por lo demás, de lo que se trata es de un arma de fuego, que es un artefacto fabricado en serie y con matrices únicas susceptibles de funcionar con la munición correspondiente. Alcanza, entonces, para abastecer la figura penal en análisis, que se demuestre el normal funcionamiento por separado y al menos de alguna de sus municiones, tal como emerge de los informes periciales mencionados en el párrafo anterior.

Díaz, en definitiva, tuvo conocimiento de que llevaba consigo un arma cargada con municiones aptas para el disparo y sin la correspondiente autorización, lo que habilita a que su conducta se subordine legalmente, como lo hizo el *a quo*, a la figura de la portación ilegítima de arma de guerra (art. 189 *bis*, inciso segundo, cuarto párrafo, C.P.).

V. Los planteos relacionados con el artículo 50 del código de fondo efectuado por la defensa debieron haber sido declarado inadmisibles por cuanto al momento de su presentación no existía un agravio actual para el condenado.

En cualquier supuesto, *y obiter dictum*, tampoco cabría acoger el agravio basado en la denuncia de errónea aplicación del art. 50 del C.P.

En efecto, el código penal vigente impuso a través de la sanción de la ley 23.057 el sistema de la reincidencia *real*, que requiere el cumplimiento de la pena anterior, aunque sea parcial. Así es que el artículo 50, en la parte de interés para decidir esta cuestión, establece que “...habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito con esa clase de pena”.

Entonces, a los fines de la reincidencia, cualquier tiempo de pena es suficiente como cumplimiento parcial de la condena, por lo cual si el condenado cumplió luego de la condena un tiempo de detención, aunque escaso, se satisfacen las exigencias de la normativa en cuestión.

Para hacer aplicable este artículo no se requiere el sometimiento efectivo al régimen progresivo de la ley de ejecución penal, ni haber alcanzado etapa concreta alguna, bastando, además, desde el punto de vista de la experiencia personal, con que el individuo haya sentido en sí mismo y comprendido que una determinada privación de libertad obedecía a una decisión condenatoria aplicada por la justicia penal, después de un debido proceso y en razón de haber sido encontrado culpable por la comisión de un delito, razón por la cual corresponde el rechazo del tramo de la queja analizado.

Acercas de la segunda cuestión planteada tuve ocasión de afirmar como integrante del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

Buenos Aires, entre otras, en la causa n° 43.085, *González Bruno Ignacio s/ recurso de casación*, que por no pertenecer la reincidencia a la estructura del hecho típico, no puede comprometer la garantía del *non bis in idem*, en tanto la incidencia que una condena anterior pueda llegar a adquirir sobre la modalidad de cumplimiento de una pena actual no importa volver a juzgar el hecho precedente.

Así, la circunstancia de que la reincidencia obre como un impedimento para la obtención del beneficio de la libertad condicional, si bien parte de la consideración de la condena anterior, no importa el sometimiento del imputado a otro proceso sobre la misma materia, ni afecta el carácter de cosa juzgada del pronunciamiento condenatorio antecedente. Solamente se valora el desprecio por la pena que pone en evidencia quien pese a haberla sufrido antes recae en el delito, lo que interesa es que el autor “haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta así el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida” (C.S.J.N. in re *Gómez Dávalos, Sinfiorano s/recurso de revisión*, rta. el 16 de octubre de 1986; *Maciel, Marcelo Fabián s/recurso de inconstitucionalidad*, M. 1395. XLII. REX; *Álvarez Ordóñez, Rafael Luis, causa n° 10.154, A. 577. XLV. RHE; Taboada Ortiz, Victor, s/ inf. Art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, causa n° 6457/09, T. 294. XLV. RHE, y Gómez, Humberto Rodolfo, causa n° 13.074, G. 506. XLVII. RHE.; Arévalo Martín Salomón, causa n° 11835, rta. el 27 de mayo de 2014, y Mayo Miguel Ángel s/ recurso extraordinario, rta. el 21 de febrero de 2015).*

En función de lo hasta aquí expuesto, propongo rechazar el recurso presentado por la defensa y confirmar la decisión obrante a fojas 378/386.

El juez Pablo Jantus dijo:

1) Luego de haber escuchado en la audiencia el alegato de la defensa, he de disentir con la propuesta del distinguido colega que ha emitido el primer voto, ya que, a mi modo de ver, por las razones que expondré a continuación, se ha verificado en el caso una situación de

incertidumbre que debe ser ponderada a favor del imputado el que, por ende, debe ser absuelto en esta instancia, sin costas.

El tribunal de juicio tuvo por acreditado “Que el día 8 de septiembre de 2014, a las 21.30 horas aproximadamente, a la altura catastral 2876 de la calle Coronel Ramón Falcón de esta ciudad, Leonardo Demián Díaz portaba en su cintura, sin autorización legal, un revólver plateado con cachas blancas, calibre 38, n° de serie 49526, el cual contenía dos cartuchos a bala en su interior, armamento que se constató, que aunque de funcionamiento anormal, se encontraba apto para el disparo...”.

Esta conducta fue calificada como portación ilegítima de arma de guerra en calidad de autor (arts. 45 y 189 *bis*, inc. 2°, cuarto párrafo en función del tercero, del CP).

Según se desprende de la sentencia recurrida, la aprehensión del imputado ocurrió después de que una transeúnte le hubiese dado aviso al Agente Alan Yamil Escalante, que circulaba en un móvil policial con su colega Fernando Ismael Pérez, de que había una persona armada, en las adyacencias del sitio en que se produjo la detención. Escalante bajó rápidamente del patrullero y emprendió una breve persecución del sospechoso, que no acató la orden de detención, y quien –de acuerdo al testimonio del funcionario policial- arrojó el arma de mención sobre un rodado instantes antes de ser privado de su libertad.

2) Sentado lo expuesto, corresponde señalar que, si bien formalmente, la conducta de Díaz encuadraría en el tipo objetivo previsto en el art. 189 *bis*, inciso 2°, cuarto párrafo del Código Penal, dado que se ha tenido por acreditado que fue detenido en la vía pública portando un arma de fuego que contenía municiones, careciendo de autorización para transportarla de ese modo, debe considerarse que el tipo penal en estudio exige que la portación, para ser típica, exige la acreditación de un peligro concreto para las personas o para los bienes.

Señalan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco (“Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 2006, pp. 209 y ss.), que entre las diferentes características que revisten los tipos penales, una de las divisiones posibles desde la que pueden abordarse es considerando los

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

tipos de daño y de peligro; estos, a su vez, de peligro concreto o abstracto. En los de riesgo efectivo el peligro representa un elemento constitutivo de los tipos incriminantes, de manera que corresponde al juez certificar su existencia en las circunstancias concretas de cada caso. En los segundos, se presume que, según una regla de experiencia, el cumplimiento de algunas acciones se acompaña del surgimiento de cierto riesgo. Explican que, en otros términos *el legislador no incluye al peligro entre los requisitos explícitos del tipo incriminante, sino que se limita a tipificar una conducta cuyo cumplimiento, típica o generalmente, está acompañado de la puesta en peligro de un bien determinado. De esta manera una vez comprobada dicha conducta, el juez está eximido de desarrollar investigaciones ulteriores sobre la verificación del peligro.*

Más adelante agregan que: *Mientras que los delitos de peligro concreto suscitan problemas, sobre todo desde el punto de vista de la determinación de los criterios para su comprobación”, los de peligro abstracto se presentan desde siempre como susceptibles de objeciones bajo el perfil constitucional. Al respecto, el verdadero punctum dolens está constituido por el delito de peligro presunto, entendido en sentido estricto. En efecto, aunque sea cierto que este modelo de ilícito se caracterice porque tipifica un comportamiento considerado peligroso según una regla de experiencia, no puede excluirse que, de hecho, se verifiquen casos en los que dicho juicio fundado sobre la experiencia se revele falso, dado que, en algunas hipótesis concretas, es posible que la realización de la acción prohibida no genere el peligro que la prohibición penal tiene la finalidad de impedir. Por ello se dice que existe el riesgo de que los delitos de peligro presunto sancionen tan solo la mera desobediencia del agente, es decir, el simple incumplimiento de un precepto penal, sin que a tal incumplimiento se sume una efectiva puesta en peligro del bien protegido. Justamente en función de objeciones de este tenor parte de la doctrina pone en duda la legitimidad constitucional de los delitos de peligro presunto. En efecto, introduciendo o manteniendo en el sistema penal delitos estructurados de esta manera, el legislador terminaría violando el principio de la ofensividad necesaria, comprensivo tanto de la lesión como de la (efectiva) puesta en peligro del bien tutelado.*

Aunque en nuestro ámbito el tema ha sido estudiado por numerosos doctrinarios (ver por todos “Derecho Penal, parte especial”, Edgardo Donna, Tomo 2 c, pp. 103 y ss), creo útil recordar las

enseñanzas de Zaffaroni, Alagia, Slokar, (“Derecho Penal, parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 469 y ss.) sobre la constitucionalidad de los tipos penales de peligro abstracto. Señalan que, para algunos, ellos consisten *en tipos en los que el peligro se presume “iure et de iure”, para otros se trata de tipos en los que basta que haya un peligro (o riesgo de riesgo). Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho penal no se admiten presunciones iuris et de iure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. Por eso Binding los caracterizaba como delitos de desobediencia, lo que hoy reaparece con el reconocimiento de que no pasan de ser meras desobediencias a la administración. En cuanto al peligro de peligro, basta pensar en las consecuencias que acarrea en caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea de clara tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. El recurso de entender por peligro abstracto el que sólo existió juzgado “ex ante” y por peligro concreto el que existió valorado “ex post”, no es satisfactorio, dado que en cierto sentido todo peligro es abstracto “ex ante” y es concreto “ex post”. Por ello, todos los peligros deben ser valorados ex ante, a condición de que no se trate de una pura imaginación sin sustento real alguno en el mundo o de una falta de tipo por inexistencia del bien jurídico.*

La pretensión de crear peligros artificiales por su lejanía, sea (a) por presumir que hay peligros y riesgos cuando no los hay, (b) por prever peligros de peligros potenciados en su lejanía con la tentativa o (c) por clonar bienes jurídicos, creando bienes jurídicos intermedios (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental) los que a su vez son considerados afectables por peligro mediante la fórmula de la tentativa, tiene por resultado la racionalización de la violación al art. 19 constitucional. Y por otra parte, al dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como requisito típico, también lesiona seriamente el principio de máxima taxatividad, pues deja abierto o indeterminado y, por ende, librado a la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

arbitrariedad, un límite claro de tipicidad, violando de este modo el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición.

Por ello, concluyen en que debe determinarse, en cada situación concreta si hubo o no peligro para un bien jurídico, como supuesto ineludible de la conformación de la tipicidad objetiva.

Agregan más adelante que: *Por último, recientemente se ha desarrollado una tesis que constituye una variable de la anterior: se trata de erigir en bien jurídico un orden más amplio y previo, producto de un fraccionamiento del bien jurídico, que consistiría en un general derecho a la seguridad tutelado mediante una pretendida norma flanqueante, que permitiría el adelantamiento de la tipicidad a actos que desde el punto de vista del bien jurídico originario o no reproducido, clonado o fraccionado, serían atípicos, pero que resultarían afectando el derecho a la seguridad. Con este argumento sería posible legitimar la “conspiracy” anglosajona o la confabulación de la ley 23.737 en versión de la 24.424 y, en general, cualquier conducta por previa que sea al peligro de lesión, dado que no hay acto preparatorio ni voluntad malvada que no implique un cierto riesgo a la seguridad. **En la práctica sería posible legitimar como pretendidamente ofensiva cualquier conducta con la mera invocación del preámbulo constitucional. De este modo, el preámbulo serviría para obviar el art. 19 del mismo texto.***

De acuerdo a la doctrina expuesta, desde mi punto de vista es absolutamente claro que únicamente resulta típica objetivamente una conducta cuando ha superado el límite que impone al legislador el art. 19 de la Carta Magna, es decir, cuando se ha demostrado que mediante esa conducta se ha afectado o se ha podido afectar concretamente en el caso en estudio los derechos de otro, cuando, en términos de Cossio, ha existido interferencia intersubjetiva (“Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho”, Depalma, 1987, pp. 147 y ss.). Sin afectación al principio de lesividad, en suma, no hay tipicidad penal posible.

Al tratar el problema en estudio, pensé inmediatamente en la posición de la Corte Suprema en el caso “Capalbo” cuyo valor recientemente ha rescatado en “Arriola”, luego de un período en el que se modificó su doctrina. Como todos sabemos, se trata de la constitucionalidad de la punición de los delitos de tenencia de

estupefacientes, en los casos en que, justamente, no se pone en riesgo los derechos de terceros; en esos precedentes, no es necesario remarcarlo, el Tribunal Superior aportó una interpretación de la regla que estudiamos similar a la que aquí se sostiene. Sobre el particular, y acudiendo a la citada doctrina de la Corte Suprema, señalaba el doctor Mario Magariños en la causa n° 578 “Orlando Osmar Serra” del 17 de marzo de 1999 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 que:

El comportamiento del imputado fue subsumido por la Sra. fiscal en su alegato en el tipo penal del artículo 189 bis, tercer párrafo, de la ley de fondo, esto es, tenencia de arma de guerra.

Tal consideración, como ya he señalado en numerosos precedentes de este tribunal (cfr., entre otros, mis votos en los fallos dictados respecto de Carlos Alberto Pereyra, el 15 de septiembre de 1994, en el expediente registrado bajo el nro. 16, y de Jorge Oscar Pérez, el 28 de septiembre de 1994, en el expediente registrado bajo el nro. 46) lleva implícita necesariamente la interpretación, por parte de la representante del ministerio público, de que el citado artículo del Código Penal consagra un tipo de "peligro abstracto", en el cual el legislador ha descripto como típica una determinada acción por presumir que dicho comportamiento posee la cualidad de "ser peligroso", sin que resulte necesario al intérprete, al momento de la subsunción, verificar si la conducta de que se trata importó o no en el caso concreto algún peligro efectivo para el valor que la norma tutela.

Una interpretación que otorgue tal alcance a una norma legal, debe enfrentar la cuestión de compatibilidad entre la norma así interpretada y lo dispuesto en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto dicha cláusula fundamental establece, como mandato al legislador, que sólo pueden ser seleccionados como materia de una prohibición acciones que de algún modo perjudiquen o pongan en peligro algún bien jurídico.

Cierto es que existen precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que han determinado la validez de normas legales entendidas como consagrando la prohibición de un comportamiento por su sola realización sin que sea necesario verificar, además, si ocasionó peligro efectivo o daño a algún bien jurídico. Así lo entendió el más alto Tribunal del país con relación a la tenencia de estupefacientes destinada al consumo personal en Fallos: 300:254; 303:1205 y en la decisión de la mayoría en Fallos: 313:1333.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

He sostenido ya en un artículo de doctrina (ver. Doctrina Penal, año 13 (1990), ed. Depalma, Buenos Aires, págs. 351 y ss.) que el mandato que la Constitución Nacional impone al legislador, en su artículo 19, primera parte, consiste en que sólo le está permitido seleccionar como prohibidos penalmente comportamientos respecto de cuya realización pueda presumir (única posibilidad en la instancia de descripción de la conducta, o en otras palabras, de creación del tipo del texto), sobre la base de parámetros evidentes de razonabilidad, que ocasionaran consecuencias dañosas o, al menos, concretamente peligrosas para el valor que se pretenda amparar; en consecuencia, el contenido de lo dispuesto en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional se traduce en la prohibición de que el legislador seleccione como criminal un comportamiento respecto del cual no sea posible formular aquel pronóstico razonable de concreto peligro.

Por lo tanto, si el texto legal de que se trate contiene una "presunción razonable" de que el comportamiento que describa aparejará al ser realizado un peligro efectivo para un bien jurídico, no será posible estimar incompatible tal descripción legal con lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional en su primera parte.

Sin embargo, la tarea del juzgador no se agotará con tal verificación, restará todavía a él comprobar si la conducta que está sometida a su juzgamiento causó el daño o generó efectivamente el peligro que el legislador, en el momento de crear la prohibición, sólo podía presumir razonablemente como consecuencia derivada de la realización del comportamiento, pues sólo mediante dicho examen realizado en el caso concreto, estará el intérprete en condiciones de afirmar si la acción se adecua o no al "tipo de la interpretación" o "tipo penal en sentido estricto" que se halle en consideración.

Ello es así, pues siempre un texto legal, sea que consagre un "tipo de peligro" o uno de "resultado de daño o lesión", se halla construido sobre la base de una presunción del legislador, dado que al momento en que éste describe determinada conducta como prohibida por una norma, esto es, al construir el "tipo del texto" no le resulta posible más que "presumir" -con base en parámetros de razonabilidad- consecuencias dañosas o concretamente peligrosas derivadas de la realización del comportamiento.

Ahora bien, no es dable sostener que, a su vez, el "tipo de la interpretación" se deba estructurar como mera presunción, y que, en consecuencia, resulte suficiente,

para su configuración, que el juez sólo compruebe la realización de la conducta a partir de la cual surge tal presunción, pues de ser así, ocurriría que la presunción formulada ya por el legislador sería siempre y en todos los casos irrefutable, en consecuencia, aun cuando en el caso concreto apareciera falseada, el juez debería concluir de modo inevitable en un juicio de tipicidad afirmativo.

Con otras palabras, el intérprete para considerar reunidos los elementos de un "tipo objetivo", de un delito de peligro deberá constatar no sólo la realización de la acción, sino también la existencia del peligro como consecuencia de la realización de la conducta. Tal examen es el que también debe realizar el intérprete frente a un tipo penal de resultado de daño o lesión. Ello es claro al menos para quienes acepten que el resultado agrega algo al ilícito, además del disvalor de acción. Pero aun quienes afirman lo contrario, sobre la base de una concepción absolutamente personal del ilícito o injusto, de todos modos exigen la constatación de cierto grado de peligro concreto a partir del cual la acción esté prohibida (ver Marcelo Sancinetti, "Teoría del delito y disvalor de acción"; ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, págs. 199-202).

En consecuencia, considerar que la tarea del intérprete consistiría en que sólo debe comprobar la realización formal de la conducta a partir de la cual el legislador presumió un peligro y sostener a su vez que, aun cuando en el caso que juzga no se verifique su concreción, de todos modos debe afirmar la subsunción objetiva, es partir de una concepción del "tipo penal" en la que subyace una extremada reducción de la tarea interpretativa que corresponde cumplir al poder judicial, olvidando así que, como sostuvo nuestra Corte Suprema de Justicia, los jueces tienen la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar los hechos punibles y no punibles, conocer, en definitiva que es lo que la voluntad general expresada en la ley pretende sancionar y cómo quiere hacerlo. Motivo por el cual la interpretación judicial constituye una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un Estado de derecho (Fallos: 309: 1689).

Por último, es extremadamente dudosa la legitimidad, en el ámbito del derecho penal material y procesal, que puede predicarse de una concepción del "tipo penal" que carece de todo sustento epistemológico, pues impone ante todo caso concreto la ineludible exclusión de su falsación. En otras palabras, ello equivale a significar al "supuesto de hecho" como si se tratara de un condicional contrafáctico, esto es, como hipótesis metafísica de la ciencia (confr. Carl G. Hempel, "Filosofía de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

la ciencia natural", Ed. Alianza, Madrid, 11 reimpresión de la 1ra. edición en castellano, 1973; especialmente caps. 4 a 6).

Sentado cuanto he venido diciendo, concluyo entonces que el tipo penal contenido en el art. 189 bis, párrafo tercero, de la ley de fondo requiere la constatación de la conducta de tenencia de un arma de guerra a la cual le resulte imputable objetivamente la realización de un peligro concreto para la seguridad pública.

En el caso sometido a juicio el autor llevaba su arma debajo de sus ropas y no ha podido acreditarse que hubiera efectuado sobre ella ninguna operación que hiciera siquiera mínimamente probable que ésta pudiese dispararse por su acción. Además, se ha acreditado que la recámara de la pistola estaba vacía, y debe también descartarse cualquier posibilidad cierta de que se produjera un disparo accidental por el modo en que el imputado portaba el arma.

En consecuencia, la conducta probada respecto de Osmar Orlando Serra resulta atípica, toda vez que no se ha verificado la concurrencia de ningún peligro concreto imputable a la circunstancia de que aquél tuviese en su poder el arma que se le secuestró y debe, por ello, absolverse al nombrado del delito por el que fue acusado.

Como sostuve más arriba, es notable la similitud entre ambos casos, debiendo recordar que, cuando el doctor Magariños escribió ese voto no regía la doctrina que la Corte Suprema reestableció en "Arriola".

3) Sentado lo expuesto, cabe señalar que, en el caso de autos, existen varios elementos que permiten sostener que no se ha logrado establecer, con certeza apodíctica, que la conducta atribuida al Sr. Díaz ha provocado un peligro concreto al bien jurídico tutelado por la norma. En este sentido, cabe señalar que en la inicial experticia realizada sobre el arma secuestrada se concluyó que se encontraba en regular estado de conservación y que a simple vista no se hallaba en condiciones de ser disparada (fs. 34). Esa opinión inicial, en principio, habría sido desvirtuada por la peritación balística de fs. 141/3, que indicó que el citado revólver resultaba apto para el disparo pero de funcionamiento anormal, aunque con una serie de deficiencias que se remarcaron en el dictamen. En la experticia de fs. 231/4, se concluyó

que de las dos balas secuestradas, una era apta para el disparo y la otra no, pero sin determinar su idoneidad en el revólver secuestrado.

Ello resulta relevante en el caso, porque si bien es cierto que las armas de fuego son objetos fabricados en serie, de lo que podría deducirse el similar funcionamiento de todos los que pertenecen a la misma clase, ese razonamiento se diluye cuando, como en el caso, nos encontramos con un revólver con defectos de funcionamiento. Aquello que lo hacía homogéneo a otros similares, ya no opera de la misma manera, puesto que los defectos que hacen que su funcionamiento sea anormal, necesariamente transforman ese objeto fabricado en serie en uno peculiar, con estas deficiencias características. De acuerdo a ello, entonces, no puede predicarse que cualquier proyectil a bala puede funcionar en ese arma, puesto que habrá que ver si, por sus deficiencias, el mismo proyectil secuestrado era apto para producir disparos en esta arma con estas irregularidades. En suma, entiendo que, a partir de los particulares defectos de funcionamiento del arma de fuego secuestrada, resultaba esencial acreditar mediante la experticia pertinente, si las balas que contenía eran aptas para producir disparos en ella.

Como ello no ha ocurrido no es posible sostener que la conducta del imputado Díaz ha producido un peligro concreto al bien jurídico seguridad común tutelado por la norma. Y, si a ello añadimos que no observo en el caso, más allá de la mera tenencia del arma, una conducta del imputado que objetivamente permita constatar en el caso la generación de un peligro concreto, entiendo que corresponde absolverlo, por aplicación, al menos, del art. 3 del CPP.

Sobre esa base, considero que debe hacerse lugar al recurso de casación presentado por la defensa de Leonardo Demián Díaz y revocarse la sentencia de fs. 378/86, absolviéndose, sin costas, al nombrado del delito de portación ilegal de arma de guerra por el que fue condenado, sin costas.

En tal sentido me pronuncio.

El juez Horacio Días dijo:

En cuanto a la material existencia del hecho objeto de proceso en este caso, y su demostración probatoria, me remito en un todo al voto del juez que lidera el acuerdo, por sus mismos fundamentos.

Sin embargo, entiendo que la solución correcta es aquella propuesta por el juez Jantus, quien propicia la atipicidad de la conducta atribuida. No obstante, me permitiré hacer una digresión en lo tocante a consideraciones de orden teórico con relación a los delitos de peligro, desarrollados en su voto, respecto del cual tengo las siguientes diferencias de matices.

En efecto, tal como enseñara Friedrich Schroeder, el origen y la difusión de los delitos de peligro abstracto tuvieron su génesis a partir de que Goldammer declarara en el año 1852 que en los delitos de incendios de viviendas el peligro se configuraba de forma “abstracta” y que no se necesitaba un “peligro concreto”. Así, en un principio, la categoría de peligro abstracto solamente fue utilizada para los delitos de peligro común, donde no era necesario acreditar expresamente la existencia del peligro. La defensa de este criterio por autores como Binding y Beling, contribuyó a la consolidación de la figura de peligro abstracto (Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto, Revista de Derecho Penal nro. 2007-1, Rubinzal, pp. 119/124).

Sin embargo, llamó la atención que algunos delitos – especialmente aquellos que requerían de una aptitud– exigían para su configuración a ciertas apreciaciones de parte del juez respecto a la peligrosidad de la conducta y a ellos se los denominó “delitos de peligro abstracto-concreto”; y como en estos casos no era necesario demostrar que se produjo un resultado real de peligro para un determinado objeto de bien jurídico, estos continuaban siendo delitos de peligro abstracto. En rigor, lo que resultó confuso fue que se pretendiera denominar a los delitos de aptitud como de “peligro concreto” y a los restantes, “abstractos”. Es decir, que en los delitos de peligro abstracto falta un peligro concreto para un objeto del bien jurídico. Distinta es la situación de determinadas conductas, cuya peligrosidad radica en el hecho de que hubiesen tenido un peligro

concreto como resultado, y que un objeto del hecho hubiese ingresado en su esfera de acción.

Como se ve, hay una división importante de los delitos de peligro abstracto. En este sentido, es errado suponer que en este tipo de delitos un determinado objeto del bien jurídico ha entrado en peligro, pues esto sólo se da en los delitos de peligro concreto, donde los bienes jurídicos contra la seguridad no están involucrados.

Esta es la diferencia que cabe advertir, por ejemplo, entre el tipo penal del art. 106 y aquel del art. 189 *bis* –inc. 2, párrafo 4º–, ambos del código penal. En el primer caso, se trata de un delito de peligro concreto, toda vez que tenemos un concreto objeto del bien jurídico expuesto a peligro, representado en una persona física que se encuentra abandonada a su suerte; en cambio, en el segundo caso, nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto, aun cuando se trate de un delito de aptitud, pues en el bien jurídico (supraindividual) “seguridad pública”, no es posible ver ese concreto objeto de bien jurídico, más allá de la propia noción de seguridad pública.

Dicho ello, y dejando de lado un tema de “etiquetas”, tratándose la portación ilegal de armas de fuego de un delito (de aptitud) y que por lo tanto, exige para su configuración una apreciación por parte del juez en cuanto a la peligrosidad de la conducta, queda claro que aquí el peligro se decide *ex post*, en tanto se trata de un criterio normativo. Si esto es así, acierta el juez Jantus cuando reclama que lo que se debió probar era que el arma secuestrada era apta para el disparo, al momento del hecho, con los proyectiles que se incautaron, y no con otros. Por lo tanto, la única prueba balística capaz de acreditarlo, hubiese consistido en realizar la experiencia pericial con los proyectiles secuestrados, lo que no se hizo, lo que irremediablemente conduce a la atipicidad de la conducta, por no haberse acreditado la real afectación al bien jurídico “seguridad pública” en el caso sometido a estudio.

Tal es mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 53971/2014/TO1/CNC1

RESUELVE

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 393/409, **CASAR** el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 330 y 378/386 y **ABSOLVER** a Leonardo Demián Díaz, de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden a los hechos por los que fue acusado en este proceso, calificados como constitutivos del delito de portación ilegítima de arma de guerra, sin costas (arts. 3, 456, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. DEJAR SIN EFECTO los puntos dispositivos II y III de la sentencia de fs. 330 y 378/386, debiendo el Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 proceder conforme a derecho respecto del arma secuestrada.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

CARLOS A. MAHIQUES

PABLO JANTUS

HORACIO DÍAS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA