



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129462-1

"AYALA, Gonzalo David
s/recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Primera del Tribunal de Casación rechazó, por mayoría, el recurso interpuesto por la Defensora Oficial que asiste a Gonzalo David Ayala contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial Morón que lo había condenado a la pena de veinte años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo coautor de los delitos de homicidio en ocasión de robo cometido con arma de fuego, robo agravado por el uso de arma de fuego y portación no autorizada de arma de fuego de uso civil en concurso real (fs. 180/200).

II. Contra esa resolución el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 209/212 vta.).

Denuncia el impugnante errónea aplicación del artículo 55 del Código Penal, pues considera que existiría en el caso un concurso ideal entre los robos agravados y el ilícito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil.

Señala que es innegable que la aplicación de las reglas del concurso material (art. 55, CP) entre los robos agravados y juzgados y el delito de portación de arma exige que la detentación del arma se haga con autonomía respecto de los delitos contra la propiedad puesto que, en

definitiva, lo que se pretende es una condenación conjunta de dos o más hechos.

En este sentido recuerda que el Tribunal de mérito tuvo por cierto que Ayala -junto con otros dos individuos- ingresó a la vivienda de Octavio de Jesús Carabajal y Alicia Uriona de Carabajal, ubicada en Villa Tesei, portando armas de fuego para robar; que allí los agresores intimidaron a los moradores con el uso de dichas armas y agredieron al dueño de casa efectuándole dos disparos; que tras retirarse por el fondo del inmueble y por los techos de las viviendas de la manzana, a los pocos minutos, ingresaron a un segundo inmueble donde intimidaron a las personas que allí habitaban y donde cometieron el segundo robo para luego darse a la fuga.

Expresa que si bien el *a quo* admitió la coincidencia temporo-espacial con la ejecución de los robos, sostuvieron que dicha superposición sólo es parcial puesto que existió un momento previo al atraco y otro ulterior -la huída- en los que el imputado Ayala llevaba consigo el arma y, de esa forma, justificaron el juicio de materialidad del concurso. Es decir la sentencia de casación ha afirmado que en el caso se registra independencia fáctica aludiendo a la secuencia anterior y posterior a los robos.

Entiende que tal argumento es incorrecto puesto que importa afirmar que siempre media un concurso material entre un robo y la portación no autorizada de arma de fuego, negando que el tipo del robo agravado por el uso de arma de fuego se integre con el elemento "portación



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129462-1

del arma".

Alega que, por un lado la portación del arma en el momento previo al robo puede ser considerada o bien como una conducta coetánea con el comienzo de ejecución de un robo que se agrava por se cometido con un arma de fuego, lo cual obligaría a afirmar que la concurrencia es meramente aparente, o bien como un acto preparatorio del robo calificado que denotaría una concurrencia de tipos, pero nunca un concurso real.

Por otra parte, aduce que la portación del arma durante la fuga es una conducta que queda abarcada por la figura del robo simple (art. 164 *in fine*), de cuyas características participa el robo agravado que aquí se ventila. Y es que, el delito de robo admite que la violencia -que en el caso ha sido ejercida mediante la detentación de un arma de fuego- sea ejercida después de cometido el desapoderamiento ilegítimo "para procurar la impunidad".

Concluye que no se ha verificado una portación del arma autónoma e independiente de la detentación de la misma para lograr intimidar en los robos descriptos y, de esa forma, considera que la aplicación del artículo 55 del Código Penal que se hiciera respecto de la portación del arma debe ceder.

III. El tribunal intermedio declaró admisible el recurso extraordinario interpuesto (fs. 213/216), remitiéndose las actuaciones en vista a esta Procuración General.

IV. Considero que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo análisis no puede ser acogido favorablemente en esta sede.

Ello así pues entiendo que no es procedente el único motivo de agravio traído, en el que se denuncia la errónea aplicación del art. 55 del Código Penal respecto de los arts. 166 inc. 2 y 189 *bis*, inciso 2 párrafo tercero, del mismo código sustantivo.

Se indicó en el voto que se impusiera en casación, al tratar la cuestión que ahora se renueva, que en el caso podían identificarse hechos independientes y escindibles, así como lesiones a bienes jurídicos diversos, agregando luego que no había una identidad típica entre las figuras en juego y que la solo existía una parcial coincidencia temporo-espacial. Luego se agregó, con expresa remisión a las circunstancias concretas del caso que: *"...la parte no refuta la particularidad de este caso en tratamiento, visto que la portación ilegítima del arma como medio utilizado en este hecho de robo, no configuró una parcialidad de actos materiales que puedan ser solapados bajo un hecho único ni superpuesto, sino que de acuerdo al fallo de condena se transcribió una secuencia fáctica que prueba la independencia entre ambos ilícitos. En tal sentido, en primer término se acreditó que dos individuos portaban en condiciones de uso inmediato dos armas de fuego (concretamente, el aquí imputado una pistola calibre 22 marca Bersa, modelo 224, n° 74468), agrupándose, para posteriormente -y luego de haber cometido un homicidio en ocasión de robo en calle Malaspina*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129462-1

n° 1466 de Villa Tesei- realizar un apoderamiento ilegítimo con fuerza en las cosas y violencia en las personas (intimidación con armas de fuego que continuaban portando en las mismas condiciones) en calle Debussy n° 2820 de la misma localidad, con lo cual se advierte aquí que el hecho calificado como portación precedió temporalmente al hecho subsumido como robo con armas, sumado a que se desarrollaron en lugares geográficos disímiles. En definitiva, ambos comportamientos desvalorados por la ley penal resultaron independientes, escindibles y autónomos, de allí que resulta correcto la aplicación del concurso material regulado por el art. 55 del C.P." (fs.198 vta./199).

El recurrente formula una serie de consideraciones dogmáticas, mas no se ocupa adecuadamente de aquellas particulares circunstancias del caso consideradas por el *a quo* para afirmar la existencia de comportamientos autónomos o "independientes" que concurren materialmente, en los términos del art. 55 del C.P., incurriendo en una manifiesta insuficiencia recursiva (art. 495, CPP).

En efecto, las concretas particularidades del caso, que permiten distinguir una portación no autorizada del arma posterior al primero de los atentados contra la propiedad y previa al segundo de ellos no son consideradas por el recurrente, cuando ellos resulta dirimente pues, como ha dicho esa Suprema Corte, si la tenencia ilegítima del arma de guerra -en razón de la descripción fáctica enhiesta- tuvo lugar fuera de los límites del robo de manera autónoma y completa, habiendo de ese modo ya

perfeccionado el delito contra la seguridad pública, en razón de los distintos bienes jurídicos afectados (la seguridad común y la propiedad), es correcta la consideración del caso como un supuesto de concurso material (cfr. P. 73.532, sent. de 27/6/2007).

Entiendo, sin perjuicio de ello, que la modalidad de concurrencia fijada en las instancias previas es correcta, pues el delito de portación ilegal de arma de uso civil constituye un supuesto de tipificación autónoma de actos preparatorios, toda vez que importa por sí misma un peligro para bienes jurídicos y que en caso de tentarse o consumarse el delito del que fueran preparatorias, no sólo resultaría una conducta típica del art. 189 *bis*, tercer párrafo, del C.P., sino que también sería punible en la medida en que el injusto afecte a otros bienes jurídicos que no son alcanzados por el delito tentado o consumado del que la tenencia fue preparatoria. Existe en el caso un excedente en el injusto de la infracción prevista por el art. 189 *bis*, inc. 2º, tercer párrafo, del C.P. que no permite considerar que se encuentre absorbido por la figura del art. 166 inc. 2º del Código Penal.

Los delitos en cuestión protegen bienes jurídicos distintos pues, mientras el art. 189 *bis*, inc. 2º tercer párrafo, del C.P. describe un delito contra la seguridad pública, el art. 166 inc. 2º del mismo ordenamiento describe otro en el que se releva la lesión al bien jurídico propiedad, acompañada por una significativa puesta en peligro de la vida o la integridad personal, circunstancias éstas que impiden que pueda afirmarse que entre los delitos mencionados se verifique necesariamente un concurso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129462-1

ideal.

Tampoco estimo acertada la remisión al principio de subsidiariedad que realiza la defensa para afirmar que media entre las figuras en cuestión una apariencia de concurso. Ese principio, que se define en dogmática penal como el fenómeno jurídico valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad, no podría ser aplicado cuando, como en el caso, es posible distinguir claramente figuras que relevan lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos distintos.

Cabe agregar a lo expuesto que el tipo del art. 189 bis, inc. 2 tercer párrafo del C.P., es una figura autónoma que se configura con la portación del arma, catalogada de uso civil, por parte del sujeto activo, sin que éste posea la pertinente autorización legal. Este delito forma parte de los llamados “permanentes”, pues su consumación se prolonga en el tiempo, distinguiéndose de los denominados delitos “instantáneos” en los que ese requisito se verifica en un determinado momento, con la producción de un resultado, como ocurre precisamente con el delito de robo. Ello pone en evidencia que las acciones típicas de la portación ilegal de arma de uso civil y del robo calificado por el uso de armas pueden superponerse parcialmente -como en el caso de autos-, sin que ello impida escindirlos y establecer la existencia de un concurso real de delitos.

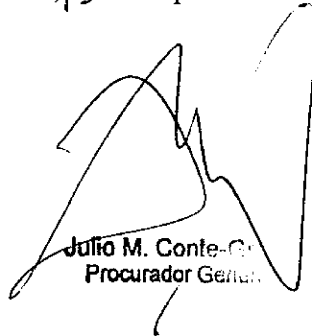
En esta línea, ha señalado esa Suprema Corte que: “[e]s legalmente admisible la integración de un concurso real entre

robo calificado por el uso de armas y tenencia de arma de guerra, dado que esta última conducta, que configura delito de peligro abstracto de carácter permanente, es independiente del uso que antes o después puede hacerse de ella para configurar otro suceso, o sea que tiene momento consumativo propio y distinto del tipo anteriormente mencionado" (P. 74.831, sent. de 16/3/2005).

El criterio del *a quo* se ajusta, entonces, a la doctrina legal de ese alto tribunal en la materia, circunstancia que se suma a las antes indicadas para determinar la suerte adversa del reclamo.

IV. Por lo expuesto, estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación en favor de Gonzalo David Ayala.

La Plata, 13 de septiembre de 2017.



Julio M. Conte-G.
Procurador General