

Suprema Corte:

—I—

La sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar en parte a los recursos de casación interpuestos por la defensa de Carlos Alberto F. ; Claudio Andrés V. ; y Héctor Matías Q. y casó parcialmente la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 que los había condenado.

En particular, y en lo que aquí interesa, la cámara desechó la aplicación al caso de la agravante “en banda” del artículo 167, inciso 2, del Código Penal que había sido incluida en la condena de F. ; declaró la inconstitucionalidad del artículo 189 *bis*, inciso 2, párrafo octavo, de ese mismo código, con el que el tribunal oral había calificado las condenas por portación de armas de guerra de V. y Q. ; y dejó sin efecto la declaración de reincidencia dispuesta en la sentencia respecto de V. ; pues entendió que sólo el cumplimiento como condenado de una fracción no menor a las dos terceras partes de la pena anterior puede contar como cumplimiento parcial en los términos del artículo 50 del Código Penal (cf. copia de la sentencia de casación, fs. 2/18).

El Fiscal General ante esa instancia interpuso entonces recurso extraordinario federal y su rechazo motivó esta queja (cf. fs. 19/37 vta., 38 y 39/42 vta.).

—II—

En su apelación, el representante del Ministerio Público Fiscal atribuye arbitrariedad a la sentencia de casación, en especial, en lo que respecta a la interpretación que realizó de los artículos 50 y 167, inciso 2, del Código Penal.

A su vez, objeta la inteligencia que el *a quo* ha asignado a los artículos 18 de la Constitución Nacional; 5, 6 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con base en la cual declaró la inconstitucionalidad de la agravación prevista en el artículo 189 *bis*, inciso 2, párrafo octavo del Código Penal.

–III–

Los agravios planteados por el recurrente suscitan, en parte, el examen de cuestiones análogas a las que he tratado en dictámenes anteriores. En especial, en relación con la interpretación del requisito de la comisión del robo “en banda” en los términos del artículo 167, inciso 2, del Código Penal, son de aplicación las consideraciones que he desarrollado al intervenir en el caso H.139.XLVIII, “Higa, Miguel y Rodríguez, Javier Nicolás s/ incidente de recurso extraordinario”, dictamen del 17 de diciembre de 2012.

En lo que respecta a la lectura que el *a quo* ha realizado del requisito de cumplimiento parcial de la pena anterior para la aplicación del régimen de agravación por reincidencia, corresponde que refiera a lo expuesto en la sección VII de mi dictamen *in re* A.558.XLVI, “Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11835”, del día 21 de febrero de 2014.

En virtud de los argumentos que he desarrollado en esas oportunidades —y que doy aquí por reproducidos en honor a la brevedad— habré de mantener con ese alcance la queja interpuesta.

–IV–

Por otra parte, en la medida en que impugna la declaración de inconstitucionalidad de la regla del artículo 189 *bis*, inciso 2, párrafo octavo, del Código Penal, el recurrente plantea una cuestión federal en el sentido regulado por el artículo 14, inciso 3, de la ley 48; pues cuestiona la inteligencia que el tribunal superior de la causa ha dado a cláusulas de la Constitución Nacional y tratados internacionales de igual jerarquía, y la decisión fundada en esa interpretación ha sido contraria a la pretensión del Ministerio Público.

Opino, por ello, que la apelación es, en esa medida, también admisible.

—V—

En cuanto al fondo de la cuestión federal planteada, el apelante critica la decisión del *a quo* que declaró inaplicable, por contraria al derecho federal de jerarquía constitucional, la regla del Código Penal que agrava las penas previstas para la portación ilícita de armas de fuego cuando ella es cometida por quien “registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas” —con la que el tribunal oral había calificado el comportamiento del condenado V —, y cuando la persona “se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior” —cláusula que ese tribunal había aplicado al caso del condenado Q —.

En primer término, en lo atinente a la agravación basada en los antecedentes penales de quien porta el arma de fuego se aplican *mutatis mutandis* los argumentos que he desarrollado al emitir dictamen en el caso, ya citado, A.558.XLVI, “Arévalo, Martín Salomón s/causa n° 11835” (cf., en especial, sección V).

En efecto, tal como lo sostuve allí —con argumentos que doy por reproducidos para evitar transcripciones innecesarias— el hecho de que la legislación ajuste la respuesta penal por un hecho delictivo a la historia punitiva del condenado no implica una violación de los derechos fundamentales amparados por las garantías constitucionales contra la persecución penal múltiple (*non bis in idem*) y la adopción de un derecho penal de autor. En esa medida, la interpretación del *a quo*, en mi parecer, es errónea y la sentencia, por ello, debe ser revocada en ese aspecto.

En segundo lugar, la decisión de la cámara también ha de ser revocada —entendiendo— en cuanto declaró inconstitucional la agravación dispuesta por el artículo 189 *bis*, inciso 2, párrafo octavo, para quien “se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior”. Como fundamento, la sala sólo adujo que esta regla era aún menos aceptable que la anterior desde el punto de vista constitucional, “debido a que [el acusado que se encuentra excarcelado] goza hasta la sentencia firme del estado de inocencia (arts. 18 CN, 8.2 CADH y 14.2 PIDCyP)” (cf. fs. 10).

Efectivamente, al resolver como lo hizo, desechando sin más argumentación que la transcripta, una disposición de una ley del Congreso de la Nación, el *a quo* desconoció la muy arraigada doctrina de V.E. según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones que cabe encomendar a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (cf. Fallos: 328:4542, 327:831, 321:441, entre tantos otros). En esa tarea, los tribunales han de proceder con prudencia, extremando los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice la norma infra-constitucional impugnada con el derecho federal invocado (cf. Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

Al haber ignorado esta doctrina, el pronunciamiento impugnado, en el aspecto en cuestión, no constituye, en mi criterio, un acto jurisdiccional válido.

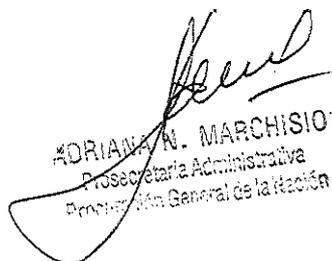
-VI-

Por todo lo expuesto, y por los demás argumentos esgrimidos por el Fiscal General en su apelación, mantengo la queja interpuesta.

Buenos Aires, 30 de abril de 2014.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIÁN N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuraduría General de la Nación