



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

C- 43450

En la ciudad de La Plata, a los siete días del mes de julio de dos mil once, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Jorge Hugo Celesia y Carlos Alberto Mahiques para resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de J. R. G., P. S. G. y D. E. F., registrado bajo el n° **43450**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación los jueces deberán observar el orden siguiente: **CELESIA – MAHIQUES**.

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial San Isidro, el 22 de abril de 2010, dictó sentencia condenatoria imponiendo a J. R. G., a P. S. G. y a D. E. F. la pena de ocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlos coautores penalmente responsables de los delitos de robo agravado por el empleo de arma de fuego en concurso real con portación ilegal de arma de guerra, declarando reincidentes a dos de ellos, F. y G. (fs. 9/20), en los términos de los arts. 45, 50, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo, 189 bis apartado 2° cuarto y octavo párrafo del C.P.

Contra dicha resolución el defensor particular, Dr. Daniel Ricardo Campos, interpuso el recurso de casación que figura a fojas 34/47 del presente legajo.

Efectuadas las vistas correspondientes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este tribunal decidió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

A la cuestión planteada, el **juez Celesia** dijo:

Cinco son los motivos de agravio que trae el recurrente, a saber: 1) Nulidad del acta de secuestro del arma de fuego (pistola Bersa Thunder 9 mm) hallada dentro del rodado Ford Focus secuestrado, por vulneración de garantías constitucionales –requiriendo en consecuencia su exclusión probatoria-; 2) errónea incorporación por lectura al debate del acta de procedimiento de fs. 1 y 13; 3) errónea aplicación del art. 189 bis apartado 2° párrafo cuarto del C.P.; 4) errónea aplicación de la agravante prevista en el art. 189 bis 2° inc. párrafo octavo del C.P. y 5) Errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. por infracción a los arts. 1, 106, 210 y 373 del C.P.P. y 171 de la Constitución provincial.

Considero conveniente para un mejor tratamiento de los diferentes agravios, su examen por separado.

1) En primer lugar se plantea la nulidad del acta de secuestro de fs. 31 de los autos principales, efectuada por los oficiales de policía Sergio Carrizo y Héctor Abel Acevedo, por vulneración de garantías amparadas en los arts. 18 y 19 de la C.N. Señala que antes de la realización del levantamiento de rastros se incumplió la notificación previa del art. 247 del C.P.P., de modo de asegurar el control de dicha prueba por la defensa. En su entender, el levantamiento de rastros configura un supuesto de pericia irreproducible de los previstos en el art. 247 C.P.P., por tanto la falta de notificación previa ocasiona un perjuicio en el ejercicio de la defensa, al conculcar el derecho de contralor de la operación, máxime si se considera que en dicho acto se secuestró un arma de fuego que posteriormente en juicio se imputó como utilizada en el hecho acusado, elemento cuya incorporación irregular al proceso lo invalida como fuente de información legítima.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Descarta en el caso de autos la configuración de un supuesto de suma urgencia o bien, de indagación extremadamente simple –normado en la disposición procesal- que exceptúe la notificación previa a su realización, exigida por el art. 247 del C.P.P. Refiere que los funcionarios policiales preventores operaron con selectividad en torno al cumplimiento del ordenamiento normativo, ya que omitieron notificar a la defensa (en ese entonces oficial) de la realización del levantamiento de rastros, no obstante, una vez secuestrada el arma, sí se esmeraron en cumplir con el art. 247 del C.P.P. a los fines de realizar la pericia sobre dicha arma, tal como luce a fs. 40, 41, 42.

Idéntico planteo reproduce en relación al acta de levantamiento de evidencias físicas (obrante a fs. 233/236), entendiendo que dicho acto procesal contiene una nulidad general, toda vez que la muestra hemática tomada del interior del rodado resulta irreproducible pues se agotó con la operación científica.

Indica asimismo que a fs. 235 se omitió cumplir con la cadena de custodia sobre el automóvil secuestrado, señalando que nadie se responsabilizó de esa diligencia ni tampoco se sabe quién llevó la muestra hemática tomada y cómo la llevaron. Reclama que en definitiva se recogieron evidencias del automóvil secuestrado y luego nadie se hizo responsable de las mismas.

De igual modo, menciona que se ha vulnerado el debido proceso en diversos momentos, destacando el inicio del proceso, la actividad probatoria, las distintas diligencias judiciales, los mecanismos de impugnación y el respeto de los términos procesales.

Bajo el rótulo “errónea interpretación de derecho, de los hechos, gravedad institucional, exclusión probatoria”, desarrolla argumentos que

sustentan su pretensión de excluir del campo probal el acta de incautación y secuestro de fs. 31 de los autos principales (relativa al arma de fuego), por haberse realizado en manifiesta violación a las garantías constitucionales, en especial, el debido proceso y la defensa en juicio.

De manera conceptual explica las exigencias del método de valoración probatoria adoptado por el C.P.P. y cita precedentes jurisprudenciales de la C.S.J.N. (casos “Charles Hnos.”, “Montenegro”, “Florentino” y “Barbieri”), en donde el máximo tribunal de justicia se pronunció por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de procedimientos contrarios a preceptos con jerarquía constitucional.

Señala que resulta irrazonable otorgar valor procesal al accionar del Estado cuando éste obtiene resultado exitoso, pero a partir de actos ilegales, por mas que se hayan realizado con el fin de descubrir y perseguir el delito, ya que la admisión de tal prueba importa desconocer la función ejemplar que el Estado tiene para con la comunidad.

Resalta que, siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos los actos que resultan su consecuencia inmediata; alcanzando tanto a los objetos incautados como a los sujetos involucrados con posterioridad, ello con expresa mención de la denominada “teoría del fruto del árbol envenenado”, el art. 207 del C.P.P. y de diversos fallos de la Corte (fallo “Reginal Rayford”).

Luego enumera el recurrente los hechos que en su entender dan lugar a la pretendida exclusión probatoria, con cita de los arts. 211, 294 inc. 5 del C.P.P. Señala así que los imputados, el día 17/7/08 a las 12 hs, a bordo del vehículo Ford Focus patente FLC-727 fueron interceptados por funcionarios policiales en la intersección de Av. del Libertador y Acassuso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

de Olivos e inmediatamente reducidos y aprehendidos. Que en el lugar y con la intervención del Oficial Sergio Carrizo (firmante del acta) se procedió a realizar una amplia y exhaustiva requisa del rodado en presencia del testigo Barreiro, arrojando resultado negativo, procediéndose a trasladar a los imputados y a los testigos, junto con el vehículo, al asiento de la comisaría (ver acta fs. 13).

Menciona que a las 15 horas se procedió a realizar sobre el mismo vehículo la pericia de levantamiento de rastros por la Policía Científica, donde nuevamente el vehículo fue inspeccionado en su totalidad, sin presentar novedad de ningún tipo, mas allá de los rastros en esa oportunidad obtenidos.

Ahora bien, menciona que posteriormente sin motivo aparente de urgencia o cualquier otro permitido por la ley, el oficial Carrizo conjuntamente con otro policía (también de la comisaría 3° de Olivos) procedieron, en forma arbitraria sin comunicación alguna al fiscal interviniente ni orden judicial que lo faculte, a una nueva e inexplicable requisa sobre el mismo automóvil, siendo el mismo quien tres horas antes ya lo había requisado en forma exhaustiva (acta fs. 31).

Expone, en conclusión, que ni el fiscal ni los imputados ni el juez pudieron ejercer el debido contralor del vehículo durante las tres horas y media que estuvo a merced de injerencias no deseadas en la puerta de la comisaría. Conjetura que en ese lapso cualquiera pudo haber ingresado al vehículo e introducido prueba en contra de los imputados.

La defensa se pregunta qué fue lo que motivó a Carrizo a efectuar una segunda requisa sobre el rodado secuestrado; ya que si hubo motivos suficientes que respaldaran su realización no se dejó constancia de ellos. También se pregunta por qué Carrizo no comunicó al agente fiscal a los

fin del correspondiente requerimiento de la orden judicial, si a esta altura ya no había motivos de urgencia que justificaran una requisa sin orden. Remarca que todos estos cuestionamientos sin respuesta echan un manto de sospecha sobre la segunda requisa y sobre el lapso de tres horas y media en que el automóvil estuvo a merced de que cualquier persona introduzca algo en él. A este respecto, cita los arts. 225, 226, 219, 220 y 222 del C.P.P.

Indica que los funcionarios policiales preventores, habiéndose encontrado en presencia de un supuesto ilícito, y luego de realizar la primera requisa con resultado negativo y de haber alojado a los detenidos en la dependencia policial, deberían haber puesto en conocimiento de las autoridades judiciales, la circunstancia de que se disponían a efectuar una segunda requisa sobre el mismo automóvil, debiendo asimismo esperar directivas de éstos antes de proceder, o sea antes de requisar, incluso dice que tendrían que haber solicitado al fiscal que requiriera la correspondiente orden al juez de garantías. En definitiva, señala que se ha desoído el procedimiento indicado para estos casos, violando las normas procesales referidas y afectando con ello las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso legal, según arts. 15 y 16 CN y 18 y 75 inc. 22.

A su turno, en la oportunidad del art. 458 in fine del C.P.P., el señor Fiscal Adjunto ante este tribunal, Jorge Armando Roldán (68/70), propició el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de los tres acusados.

Señala que el planteo de nulidad del levantamiento de rastros y acta de incautación del arma (a partir de la mentada falta de notificación) y el posterior pedido de exclusión probatoria de la diligencia de secuestro del arma, resultan planteos extemporáneos. Pues sobre el rechazo de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

nulidad (hoy reeditada) se han expedido válidamente dos instancias jurisdiccionales –juez de garantías y cámara de apelaciones-, ambas en un sentido coincidente; concluyendo que no podría reexaminarse ahora una situación ya resuelta y que ha conformado objeto de revisión por un superior.

Resalta a su vez que la requisita inicial del automóvil se efectuó en el marco de las facultades conferidas a la policía por el art. 294 inc. 5 del C.P.P.

En lo que hace a la segunda secuencia, la que finaliza con el hallazgo del arma, refiere el fiscal que una vez oídos los funcionarios policiales y el testigo de procedimiento en el debate pudo reconstruirse que quienes divisaron la culata del arma fueron los numerarios de la policía científica, los que en el ejercicio de su labor se toparon con ella.

El propio testigo del procedimiento fue contundente al señalar que el arma fue detectada por un funcionario que llevaba un chaleco que decía “policía científica”.

Lo que la defensa presenta como una segunda requisita inmotivada y llevada a cabo horas después de manera caprichosa, resulta según el fiscal un hallazgo casual con el que el perito se topó en el ejercicio de su labor.

Cita en este punto la doctrina “plain view” elaborada por la jurisprudencia norteamericana a partir de los fallos “Harris vs. United Status” 390 US 234 (1968), “Coolidge vs. New Hampshire” 403 US 128 (1990), donde se permite legitimar los hallazgos casuales como el que aquí se registra (citados por Carrió, Alejandro en “Garantías Constitucionales en el proceso penal”, p. 306). También cita un precedente de la CNCP en donde se señala que si la policía, al ejecutar una orden judicial de

allanamiento, se topa inadvertidamente con elementos distintos o no contemplados en ella, pero demostrativos de la comisión de un delito, está autorizada a secuestrar lo que ha encontrado, siempre que los advierta accidentalmente o a simple vista se tope con algo distinto de lo que fue a buscar (C.N.C.P. Sala IV, “Romero Juan s/RC” sent. 10/7/2003).

Por lo demás, concluye en que los funcionarios policiales actuaron del modo que le era legalmente exigible; de lo contrario habrían incurrido en incumplimiento de sus deberes. Asimismo cita en esta materia jurisprudencia del T.S.E.

En lo que hace a la validez de la diligencia de levantamiento de rastros, señala el Dr. Roldan que la medida no participa de la naturaleza de la prueba pericial (art. 250 del C.P.P.), resultando por el contrario una indagación extremadamente simple y como tal exenta de la formalidad de notificación que se denuncia como incumplida (art. 247 del C.P.P.).

La defensa particular en la oportunidad del art. 458 del C.P.P. (fs. 72/74) reiteró que las requisas que se hicieron al vehículo secuestrado no pueden considerarse como operación extremadamente simple, ni menos aún de las contempladas en el art. 294 del C.P.P.

En relación a las nulidades articuladas, entiende que tales defectos importan la afectación de un grave interés de la parte y que no han sido reparadas o subsanadas en tiempo oportuno. Las mismas se interpusieron en los términos del art. 202 y concordantes de la ley procesal, y por ende jamás dicho planteo pudo haber resultado extemporáneo, toda vez que al tratarse de nulidades de orden general o absolutas, pueden ser interpuestas en cualquier etapa del proceso, máxime tratándose de la intervención, asistencia y representación de la parte imputada conforme el inc. 3° del mencionado art. 202.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Aclara que si bien es cierto que el planteo ya ha sido tratado en dos instancias jurisdiccionales, nada impide que en el ejercicio de la defensa y en aras del derecho que lo funda y el debido proceso, se recurra ante un tribunal superior a los fines de su tratamiento, toda vez que –como se plasmara en extenso en el recurso- se conculcaron tales preceptos constitucionales.

Por último señala que los funcionarios policiales sí incurrieron en incumplimiento de sus deberes, toda vez que omitieron cumplir con las exigencias del art. 247 del C.P.P., procediendo al secuestro de elementos a espaldas de la defensa y de derechos de raigambre constitucional, tal como se señalara en oportunidad de presentar el recurso.

No puede en mi entender prosperar el recurso en este tramo.

En primer lugar, el levantamiento de rastros efectuado por la policía en labor prevencional conforma la clase de actividades técnicas de investigación practicadas dentro del marco de sus funciones como auxiliar de la justicia, en los términos de los arts. 293 y 294 del C.P.P. y no, como sostiene el recurrente una operación pericial en los términos del art. 250 C.P.P. Para dicha tarea prevencional no sólo no se exigen conocimientos especiales (del nivel de tecnicismo propio de un dictamen pericial) sino que antes bien, se trata de actos de diferente naturaleza. Si bien tanto las pericias como las tareas investigativas de la policía en labor de prevención participan del propósito genérico del proceso penal, esto es, reunir información acerca de un hecho determinado, la actividad policial se enmarca especialmente en la fase inicial de la investigación y como ocurrió en el caso, busca despejar el estado de incertidumbre mediante la búsqueda de aquellos medios que puedan aportar información superadora de ese estado. Dicha actividad resulta normalmente en la adquisición de

los medios que luego servirán de prueba, y sus resultados se plasman por escrito en actas de procedimiento. En ese sentido, la actividad de investigación llevada a cabo por la policía en labor preventiva podría más asemejarse a una prueba documental que a una pericial, por cuanto las afirmaciones contenidas en el acta que documenta la labor de la policía configura un instrumento con información sobre determinados actos procesales con datos probatorios. En cambio, la prueba pericial conforma un dictamen producido por un experto en una materia específica y que refleja su interpretación técnica de un objeto determinado, es decir, la pericia no es un medio para obtener el objeto de prueba sino la explicación de ese objeto. De ese modo, la revisión practicada en el caso, por personal policial sobre el vehículo Ford Focus patente FLC-727, posterior a su interceptación en la vía pública (Av. del Libertador y Acassuso de Vicente López), encuadra legítimamente dentro de la actividad policial que auxilia a la justicia y cumple a su vez tareas preventivas, quedando entonces fuera de las exigencias del art. 247 del C.P.P. como pretende la defensa.

En el caso de autos es necesario diferenciar dos momentos en la adquisición de elementos probatorios por actividad de prevención policial. En primer lugar, los oficiales de policía Hugo Daniel Ochoa y José Faroni por propia iniciativa en cumplimiento de sus deberes (impuesto por las leyes) en especial la asistencia al fiscal en la investigación (arts. 293 y 294 del C.P.P.), procedieron a revisar el vehículo luego del aviso radial que dijeron haber recibido (en relación a un automóvil Ford Focus involucrado en un pase de armas en la playa de estacionamiento del supermercado Carrefour de San Isidro). Esa sospecha se vio acrecentada luego de hacer detener al automóvil de mención y requisar a los ocupantes G., F. y G., dando resultado positivo (la suma de \$11.500), siendo que uno de ellos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

“tenía manchada de sangre el buzo azul cremita y pantalón vaquero que vestía”, según Faroni.

Tanto Faroni como Ochoa afirman de modo concordante que la primera inspección realizada en el lugar de aprehensión (Av. del Libertador y Acassuso) fue superficial y debieron interrumpir dicha tarea por motivos del congestionamiento vehicular que estaba provocando dicho procedimiento policial en la vía pública, decidiendo en consecuencia trasladar el automóvil y sus ocupantes a la sede de la comisaría. Afirman que antes del traslado efectuaron una revisión superficial del interior del vehículo y del baúl del mismo, constituyendo ello la primera de las dos oportunidades en que el vehículo fuera objeto de revisión. La segunda revisión se efectuó en sede de la comisaría, en la que se encontró el arma de guerra secuestrada.

Dicha actividad policial constituye un informe técnico sobre el rodado que en ese momento, ya en sede de la comisaría, presentaba serios indicios de haber sido utilizado en la comisión de un ilícito – denunciado al menos dos horas antes-, en las cercanías del lugar. El motivo de la segunda revisión aparece a esta altura evidente: la primera inspección fue superficial en el lugar de detención del vehículo y debió suspenderse debido al congestionamiento de tránsito que estaba provocando.

Los oficiales de policía que intervinieron en la referida segunda revisión del vehículo, Carrizo, Acevedo y Florio, junto al testigo de actuación Tropeano, fueron coincidentes (todos) en el modo de revisión y la forma en que descubrieron el arma de fuego, depositada en el espacio del torpedo delantero ubicado delante del asiento del acompañante, donde asimismo se encuentra colocado el dispositivo de seguridad conocido

como "airbag". Dichos testimonios, todos contestes, confirman la validez de dicho acto.

Fijado ello, la sucesión de custodia aparece justificada de manera legítima a partir de los testimonios de Faroni (fs. 14), Acevedo y Carrizo (fs. 15).

En primer lugar, Faroni relata la secuencia de inicial aprehensión, a consecuencia de una alerta radial recibida, en donde localizan al automóvil Ford Focus que concuerda con las características registrales antes descriptas por radio. Señala en el juicio que en la calle lo revisaron de manera superficial por razón del elevado congestionamiento vehicular en Av. del Libertador y Acassuso, trasladaron el vehículo a sede de la comisaría, donde luego dejó el auto en custodia del oficial de servicio. Aclaró que lo cerró con llave. Tropeano, testigo de actuación, afirmó que vio que se hallaban dos policías cerca del automóvil para que no lo toquen y Florio (de policía científica) agregó que cuando llegó a la comisaría el auto estaba cerrado y la llave la tenía en su poder el oficial que llevaba el sumario (fs. 16vta.).

Estos tres testimonios contestes y además coherentes en su contenido comprueban la legalidad del procedimiento tendiente a recabar la prueba suficiente de lo que en aquél momento evidenciaba serios visos indicadores probables de la comisión de un delito.

Luego, habiendo sido el procedimiento conforme a la ley, y una vez secuestrados los elementos, los mismos fueron sometidos a pericia, cumpliendo debidamente las notificaciones previas exigidas por el art. 247 del C.P.P.

No encuentro comprobada la vulneración a la defensa en juicio que la parte invoca. Toda la prueba obtenida por la policía en los momentos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

sucesivos al hecho denunciado por Paissanidis y Garbo, cumple en mi modo de ver las exigencias legales para su válida incorporación al proceso y su posterior valoración en el juicio.

No procede entonces la exclusión probatoria que pretende la parte.

2) El recurrente cuestiona también la incorporación por lectura al debate de algunas piezas probatorias obtenidas en la instrucción, ello en violación del art. 366 del C.P.P. Señala que oportunamente efectuó reserva de recurrir ante el Tribunal de Casación por la resolución del a quo que dispuso la introducción leída del acta de procedimiento de fs. 1 y 13, por considerar que tal decisorio es incompatible con la normativa del art. 366 inc. 1° del C.P.P. y atenta contra los principios de la oralidad, inmediatez y contradicción, principios configuradores de las bases del procedimiento oral y el espíritu de la ley 11.922.

Este tramo de agravios tampoco puede prosperar, toda vez que la parte ha consentido en la audiencia de debate la incorporación por lectura de la que ahora se queja (ver fs. 2 de este legajo), sin mencionar nada al respecto en la oportunidad de alegar en el juicio.

3) En cuanto al delito de portación ilegal de arma de guerra, señala que el límite entre la portación y la tenencia viene dado por la circunstancia de llevar el arma consigo o no hacerlo. Destaca que la diferencia punitiva entre ambas figuras, la tenencia y la portación, se funda en la mayor o menor disponibilidad del arma de fuego, citando jurisprudencia nacional (CNCrimCorr Sala IV, 28-2-03) en que calificó los hechos como tenencia ilegal de arma de fuego, debido a que el arma fue encontrada en el interior del automóvil del imputado.

En el caso de autos, el recurrente refiere que el arma secuestrada fue hallada en el interior del airbag del automóvil en el que se desplazaban

los acusados, de modo que la adecuación típica debe corresponder al delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

Del mismo modo, señala que la portación ilegítima de arma de guerra, debiera quedar desplazada por el delito de robo con arma, por existir entre ambos tipos un concurso aparente por subsidiariedad o consunción y no, un concurso real como se concluyó en la sentencia de condena. En este punto cita jurisprudencia de la CNCP, donde se concluye que cuando la tenencia de arma de guerra es meramente concomitante con su utilización para el delito de robo con arma, aquella figura penal quedará absorbida por el segundo delito, toda vez que dicho elemento se tuvo solo y para encubrirlo. Otro fallo dice que hay entre estos delitos una relación de especialidad.

Desarrolla conceptualmente la exigencia de certeza para condenar.

Luego en relación con la acusación por la figura penal del art. 166 inc. 2° del C.P., las víctimas y los testigos declararon haber visto dos armas de fuego, no obstante aclara el recurrente, se secuestró sólo una, sin que haya podido establecerse con el grado de certeza que esta etapa procesal requiere, quién la secuestró. Señala que en la primera requisita efectuada –amplia y exhaustiva- nada se encontró, el suboficial Faroni en su declaración no hizo mención a haber encontrado el arma en la segunda requisita –cuestionada por la defensa- llevada a cabo frente a la dependencia policial. Luego, señala que el oficial Sergio Carrizo afirmó que Faroni encontró el arma, agregando que no sabía si el auto tenía las cuatro puertas cerradas y a su turno, el oficial Acevedo, dijo que el vehículo no estaba cerrado con llave y que el arma la habían encontrado él y el oficial Carrizo, agregando a su vez que Carrizo le había dicho “vení que vamos a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

revisar el auto por si se les había escapado algo –refiriéndose a las tareas efectuadas por personal de policía científica-. Luego el oficial Florio declaró haber sido él mismo quien secuestrara el arma. El testigo Tropeano afirmó que el personal de policía científica había retirado el arma, introduciendo por primera vez la afirmación sobre la existencia de un cuchillo, elemento que nunca antes había sido mencionado ni había llamado la atención de alguno de los efectivos policiales que manipularon el vehículo, alimentando mas aun, según el recurrente, el manto de duda en torno al irregular accionar policial.

A su turno, el señor Fiscal Adjunto ante este tribunal Jorge Armando Roldán, señaló en torno de este segmento de agravios, que estima adecuada al caso la consideración como hechos independientes del desapoderamiento y la portación del arma incautada.

Cita jurisprudencia de esta Sala donde se sostiene que el delito de robo mediante el empleo de arma de fuego no guarda total identidad con el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil –art. 189 bis párr. 3 C.P.- circunstancia que torna a las figuras penales mencionadas, material y jurídicamente diferenciables (causa 16916, del 17-4-08).

El encuadre legal como portación ilegal de arma de fuego y no como tenencia –como pretende la defensa- es adecuada a derecho, aun considerando su incautación dentro del airbag del automóvil en que los sujetos se desplazaban.

Refiere el fiscal que las posibilidades de acceso y disposición inmediata de la pistola surgen evidentes a poco que se repasen los testimonios brindados por los funcionarios policiales y el testigo de actuación. Pero en este caso, además, lo que interesa no es el lugar de hallazgo sino que a la luz de la dinámica de los acontecimientos, ha

existido un momento anterior y otro posterior al desapoderamiento en que los procesados tuvieron a su disposición el arma, lo que basta para encuadrar la conducta en la figura de la portación y en concurso real con el robo, con cita de un fallo de la Sala III de este Tribunal de Casación, en donde se sostiene que si el imputado llegó al lugar munido con un arma de fuego que empleara para perpetrar el robo, existe una tenencia previa del arma en los términos del art. 189 bis del C.P., de modo que dicha conducta previa no puede resultar absorbida por el tipo penal de robo con armas.

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Oral n° 3 del Departamento Judicial San Isidro.

En este tramo no puedo suscribir a ninguno de los argumentos presentados por la defensa y por el fiscal. He de responder que en mi modo de ver, la afirmación de responsabilidad criminal por el comportamiento consistente en la portación del arma de guerra hallada en el automóvil secuestrado, de manera compartida, en el presente caso vulneraría el respeto al principio de culpabilidad a la luz del art. 18 de la C.N.

El lugar físico dentro del rodado en donde fue hallada el arma de fuego impide comprobar el requisito subjetivo de la tipicidad penal (en el caso, dolo), de modo de afirmarla con la certeza exigida para un pronunciamiento judicial de este tenor.

En ese sentido, el arma fue hallada dentro del espacio destinado al dispositivo de seguridad del automóvil denominado "airbag", esto es un lugar de difícil acceso y oculto a la vista directa de los ocupantes del automóvil. Esta circunstancia, sumada a la carencia de algún otro elemento probatorio que demuestre la base cognitiva necesaria para comprobar el dolo, impide la afirmación del conocimiento actual o actualizable del tipo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

objetivo del art. 189 bis ap. 2° párr. cuarto C.P.: transportar un arma de fuego en condiciones de inmediato uso. Esta falencia probatoria impide concluir certeramente que los ocupantes del automóvil, hoy acusados y condenados con sentencia no firme, hayan conocido esa circunstancia y desplegado su voluntad consecuente. Distinto hubiera sido el caso en que el arma de fuego hubiera sido encontrada en algún otro lugar del interior del vehículo que haya permitido concluir que los tres sujetos que se desplazaban a bordo del rodado, sabían que el arma de fuego en condiciones de inmediato uso se encontraba a su disposición.

Si bien podría pensarse que por la ubicación física en que fue hallada, pudo haberse encontrado objetivamente al alcance de G., F. y G., de manera indistinta, ó -aún- podría a esta altura conjeturarse que al menos uno de ellos sabía positivamente de su existencia; no resulta posible, sin embargo, comprobar de manera cierta -ni aún por el camino lógico de los indicios valorados- cuál de ellos habría tenido ese conocimiento. Por ende, la falta de acreditación de ese extremo que diera base a la voluntad positiva -el elemento volitivo-, conduce a descartar la posibilidad real y procesal de afirmar el dolo de los autores.

Tampoco resulta legítimo, ni menos aún justo atribuir sólo a uno de los ocupantes del vehículo dicha portación, pues aunque podría sospecharse que probablemente al menos uno de ellos conocía la existencia de esa arma de fuego dentro del espacio destinado a ocultar el dispositivo de seguridad vehicular conocido por su denominación en inglés como "airbag", dicha posibilidad resulta insuficiente como saber/conocimiento que funde una condena en esta sede, de conformidad con los arts. 18 C.N. y 1° C.P.P. Tampoco obra en este legajo ni en la sentencia que aquí se revisa, algún otro dato cierto que permita identificar

al dueño del automóvil y de ese modo inferir que al menos el propietario conocía esa circunstancia. Luego, frente a la imposibilidad legal de presumir la prueba del dolo, tampoco puede aventurarse una conclusión relativa a que el que conducía el automóvil sabía del arma allí colocada.

Por último, los dichos de Carbo afirmando que el arma de fuego exhibida en la audiencia (resultado del secuestro) era “similar” a la empleada por los asaltantes, resultan ineficaces para afirmar el extremo en cuestión. Pues la testigo (directa) de los hechos no pudo precisar cuál de los sujetos llevaba consigo ese arma de fuego, ni tampoco surge del fallo un reconocimiento positivo de la testigo respecto de los acusados como los autores del hecho de robo.

Si varias personas tienen a su disposición un arma de guerra, el delito puede imputarse a todas ellas, pero para ello es requisito indispensable que dicha disponibilidad se vea reflejada a nivel subjetivo; es decir, que exista prueba demostrativa de que cada una de ellas conozca y acepte aquello a lo que hace referencia el tipo objetivo. Las figuras del artículo 189 bis del Código Penal sólo admiten su comisión dolosa (esta Sala c. n° 35.728 del 08/04/10, reg. 448/2010).

En suma, el dato objetivo de la exteriorización material de la conducta consistente en transportar en la vía pública un arma de guerra en condiciones de inmediato uso y sin la autorización legal para esa portación comprueba sólo una tipicidad objetiva subsumible en el art. 189 bis apartado 2 párrafo cuarto del C.P. Sin embargo, la afirmación del dolo típico a partir de la circunstancia de encontrarse los tres acusados a bordo del vehículo en el cual se encontró un arma de fuego en condiciones de inmediato dentro del área donde se ubica el “airbag”, importa una violación al principio de culpabilidad, por la ausencia de comprobación de una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

atribución subjetiva, resultando ello la imputación de un resultado sin previa del conocimiento del autor.

Por ende, propongo la absolución de los nombrados en orden al delito de portación ilegítima de arma de guerra, en la modalidad compartida por los tres imputados, comportamiento acusado como cometido el día 17 de agosto de 2008 siendo aproximadamente las 10,35 horas en la intersección de Av. del Libertador y Acassuso de Olivos.

Habiendo descartado la figura básica, se descarta también por lógica consecuencia la agravante del art. 189 bis inc. 2, párrafo 8° del C.P., por lo que resulta innecesario el examen de los agravios en ese tramo, así como el cuestionamiento del concurso material juzgado por el Tribunal sentenciante entre el tipo penal del art. 166 inc. 2° y el del 189 bis ap. 2 párrafo cuarto del C.P.

4) Por último, se invoca la errónea aplicación de los arts. 106 y 210 del C.P.P. y 40 y 41 del C.P. Señala el recurrente en este tramo del recurso que el tribunal a quo incumplió las reglas de la lógica y la convicción fundada para sustentar la certeza que debe presidir el dictado de la sentencia.

Dice que el fallo ha efectuado una errónea interpretación, por absurdo valorativo, de los elementos de prueba incorporados al debate así como de la prueba producida en la audiencia. Afirma que se ha omitido la valoración de circunstancias adquiridas en el debate de gran importancia para el juzgamiento del hecho objeto del juicio e incurrido en vicios lógicos evidentes que se reflejan en argumentos y conclusiones contradictorias, arbitrarias, irrazonadas e ilógicas, transgrediendo, de forma manifiesta, las previsiones de los arts. 210 y 373 del C.P.P., dando lugar a la violación y errónea aplicación de las normas sustantivas denunciadas.

Expone que el tribunal a quo ha asignado diferente valor a las distintas versiones ofrecidas por los damnificados, los testigos y los imputados respecto de aquellos eventos. En ese sentido señala que se verificó un procedimiento sistemático en las pruebas de cargo, basadas exclusivamente en las reglas de la probabilidad y la posibilidad, habiendo sido prácticamente una constante interrogar a los testigos sobre si algo es probable o no, o si es posible o no, basándose así la imputación en este tópico que lógicamente conduce a la obtención de varios resultados, todos equívocos.

Afirma que no existe una sola prueba que indique con certeza que los procesados G., G. y F., hayan sido los autores de los hechos por los que se los condenaron.

Por otra parte, desarrolla en este punto argumentos conceptuales acerca de la mensuración de la pena y las pautas que guían la decisión del juez sobre el monto punitivo, con cita de doctrina.

Cuestiona la existencia de una práctica consolidada en cuanto a la innecesidad de dedicar mayores esfuerzos a la fundamentación de la pena concreta en la mayoría de los casos. La idea del arbitrio judicial para fijar la pena es la que apoya esta conducta, así como también la concepto de los marcos penales como “marcos de libertad” para el juez.

Dice que la pena debe ser individualizada y es el juez quien valora las particularidades del autor y su hecho. Pero esto no significa que el juez sea el señor absoluto sobre su decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la gravedad de la sanción. El principio de individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica sino que debe conducir a uno mayor.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Destaca que la mera enunciación de atenuantes y agravantes no puede alcanzar para dar por satisfecha la necesidad de motivación impuesta por los arts. 106 y 210 del C.P.P., pues eso sería una simplificación del problema real encerrado en la cuestión de la determinación de la pena.

Agrega que la sola referencia a uno o dos atenuantes y a otro tanto de agravantes, cuando además ello se hace en forma sintética, mediante formulismos repetidos en distintos pronunciamientos y sin mayor explicación, deja sin contestar interrogantes esenciales si pretende fundar en la ley la solución adoptada.

Dice que el tribunal a quo no explicó cómo juega la culpabilidad y el grado de injusto en la determinación de la sanción, ni tampoco cómo se conjugan estos tres conceptos (injusto, culpabilidad y peligrosidad). En las circunstancias enunciadas por el art. 41 del C.P. hay algunas que hacen al grado de injusto, otras a la culpabilidad y otras a la peligrosidad del sujeto, con lo que aparecen a primera vista, mezclados tres tipos de criterios para la fijación de la pena: la compensación de culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.

Dice que resulta una cuestión esencial determinar cómo deben operar éstos criterios ya que estarían basados en finalidades antinómicas, pero a pesar de ello el tribunal no ha hecho explícita su posición sobre el punto y ello impide a la defensa cuestionarla.

Desarrolla más argumentos conceptuales en torno de los cuestionamientos a la decisión del sentenciante concerniente al monto punitivo. Así señala que la ausencia de fundamentación atenta contra la defensa en juicio. El principio de culpabilidad funciona como límite de la pena, la que nunca podrá exceder la medida de la culpabilidad y en

consecuencia, ni por razones de prevención general ni especial, se podría traspasar esa barrera infranqueable, sin perjuicio de que tales circunstancias puedan ser consideradas para fijar una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad (con cita de Magariños y Roxin).

En definitiva, su petitorio abarca la pretensión de casar el fallo recurrido y se declaren inobservados los principios constitucionales invocados y las reglas fijadas por los arts. 1º, 106, 202, 210, 211 y 373 del C.P.P., dejando sin efecto la sentencia por la ausencia de fundamentación como vicio esencial del procedimiento, declarándose la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 C.P.

Finalmente este tramo de agravio no puede prosperar.

No considero comprobada la invocada errónea valoración de la prueba. La construcción de la coautoría atribuida a G., F. y G. a partir del camino lógico explicitado en el fallo resulta en mi modo de ver lógica y coherente y, en consecuencia, adecuada a las exigencias legales en materia de valoración probatoria.

Así, no obstante que parte del material probatorio cargoso se apoyó en la prueba indiciaria, la expresa explicación de la valoración de los testimonios de las víctimas Paissanidis y Carbo, las personas que trabajaban en el quiosco de diarios, Martucci y Rippa, y los funcionarios policiales Ochoa, Faroni, Carrizo, Acevedo y Flores, así como el testigo de actuación participante en los procedimientos policiales de inicio, Tropeano, así como del camino lógico seguido en la construcción de los indicios elaborados a partir de los rastros encontrados en el vehículo Ford Focus y la requisita personal positiva de los tres ocupantes del vehículo, con mas los indicios temporal y espacial, demuestra acabadamente la legalidad de la decisión que aquí se cuestiona, en el sentido de conformar ello motivación



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

suficiente para fundar la condena, cumpliendo con las exigencias del principio nulla poena sine iudicio y la exteriorización de las razones de hecho y de derecho que justifican tal decisión. En mi modo de ver, la conclusión positiva de coautoría penal responsable afirmada en el fallo, no verifica ninguna tacha de absurdidad o arbitrariedad.

Así pues, la integración de las pruebas incorporadas demuestra un razonamiento lógico, coherente con la experiencia y las reglas de la sana crítica. A partir del acta de interceptación del auto Ford Focus con una chapa patente (FLC-727) coincidente con la dada por el aviso radial sobre un pase de armas de un auto a otro, justificó la requisita inicial. Los testimonios de los policías intervinientes integrados junto a los testimonios de las víctimas y de los dos sujetos que se encontraban en el quiosco de revistas, con mas el resultado del levantamiento de rastros en el vehículo y el hallazgo del arma, así como la muestra hemática en algunos de los billetes incautados coincidente con la de Paissanidis, producto del sangrado a consecuencia de los fuertes golpes recibidos, corroboran la conclusión positiva de participación criminal en el hecho calificado como robo agravado por el uso de arma de fuego, en los términos de los arts. 45 y 166 inc. 2 segundo párrafo del C.P.

La requisita positiva en la persona de los imputados ascendiendo ello a la suma de \$ 11.500. La afirmación de Paissanidis y su esposa Carbo de haber recibido golpes de puño de uno de los asaltantes provocándole lesiones, que luego fueron calificadas como graves (según vistas fotográficas de su rostro de fs. 77/78 e informe médico de fs. 4 y 160).

La concordancia –respecto del automóvil- entre la información brindada por aviso policial mediante radio y la corroborada en la

aprehensión en Av. del Libertador y Acassuso de Olivos por Ochoa y Faroni, así como la brindada –aunque con menor precisión- por las dos víctimas y por los sujetos que se encontraban en el quiosco de revistas.

Asimismo, el hallazgo y secuestro de un arma de fuego dentro del vehículo en que se desplazaban los tres acusados, en condiciones de inmediato uso, arma del tipo pistola 9 mm, coincidente en categoría con las pistolas que refirió Paissanidis fueran empleadas para la intimidación del robo, así como la descripción de Carbo al serle exhibida como “similar” a la usada para intimidarlos, funda de manera suficiente el encuadre legal en el tipo del art. 166 inc. 2º párrafo segundo del C.P.

De modo que en este tramo no merecen censura las conclusiones alcanzadas por el tribunal juzgador.

Por último, el agravio atinente a la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. tampoco merece prosperar.

La determinación judicial del monto punitivo constituye una cuestión que en principio resulta propia de los Jueces de mérito ya que la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales no es susceptible de formalizarse o estandarizarse dada la imposibilidad que significa transformar los juicios de valor en cantidades numéricas.

Sin embargo, dicho componente individual, que alguna doctrina y jurisprudencia ha identificado con un ámbito reservado para la discrecionalidad jurisdiccional, resulta revisable en esta instancia toda vez que tal actividad es regulada por preceptos normativos que exigen en el juzgador de grado la tarea jurídico-material de exponer razonadamente el fundamento del proceso individualizador de la pena a fin de garantizar la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

adecuación de las valoraciones que conforman el llamado “marco de la culpabilidad” dentro de los parámetros de los arts. 40 y 41 del C.P.

Las circunstancias objetivas que el Código Penal enumera como aquellas que deben tenerse en cuenta al momento de determinar la pena tienen en principio carácter neutro, ya que la ley no les otorga expresamente valor diminuyente o severizante de la pena. A partir de ello cobra vital importancia la fundamentación que elabore el juzgador al momento de aplicar las mismas al caso concreto, pues de tales consideraciones se desprenderá un sentido agravante o atenuante en las circunstancias objetivadas en la ley penal –arts. 40 y 41- y las enmarquen en alguno de los estratos que debe entenderse, a partir de una interpretación dogmática del precepto legal. Nuestra ley penal contiene como fundamento de la individualización de la pena las siguientes pautas: la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad del acto, complementados como correctivo por el grado de peligrosidad del autor (conf. precedente “Sotelo”, c. 8488, sent. del 20-V-2003).

A partir de ello entiendo que la exigencia de una concreta fundamentación material de la culpabilidad en la individualización de la pena, aparece en el caso satisfecha puesto que la referida valoración efectuada por el tribunal sentenciante se adecua a las exigencias de las disposiciones de los arts. 18 y 19 C.N., pues el principio de culpabilidad por el hecho determina que la ponderación de agravantes al momento de mensurar la pena deba ejercerse ineludiblemente dentro de los límites del injusto y la culpabilidad del autor.

La ponderación de agravantes efectuada por el a quo (ver fs. 21/22 de este legajo) explica de modo acabado y suficiente la magnitud del injusto valorada y la culpabilidad de los imputados, siempre referida a la

decisión de acción exteriorizada en el mundo real y acusada en juicio a G., F. y G., sin haberse aumentado el reproche penal en aspectos de su vida que permanecen en su esfera íntima, tales como sus pensamientos, rasgos de carácter o, más genéricamente, su forma de ser.

Éste es, a mi juicio, el grado máximo de reproche al que se puede aspirar por necesidades preventivo generales o especiales.

Más aún en relación al monto de pena requerido por el Fiscal en su alegato final (14 años de prisión para los tres acusados, fs. 5vta.), el tribunal de mérito se ha alejado considerablemente de esa cuantía punitiva.

Las razones desarrolladas por el recurrente para criticar los fundamentos del monto punitivo en concreto fijado, resultan cuestionamientos abstractos sobre el deber ser de las decisiones judiciales, sin precisar de manera concreta y específica los puntos críticos que tornarían mal aplicados los arts. 40 y 41 del C.P., asemejándose a una declaración de valores más propia de una investigación en sede académica que la adecuada para cuestionar la legitimidad de una decisión judicial de condena.

Por tales razones, propongo desestimar los agravios en este tramo.

Por último, en atención a la absolución en el delito de portación de arma de guerra que propongo, y considerando las circunstancias agravantes valoradas por el Tribunal de grado, todas relativas al hecho de robo agravado por el empleo de arma de fuego, propongo se imponga en definitiva a cada uno de los acusados la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas.

Así lo voto.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

A la misma cuestión planteada, el **juez Mahiques** dijo:
Adhiero al voto del juez Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal

R E S U E L V E:

I. ABSOLVER a J. R. G., P. S. G. y a D. E. F., en el hecho calificado como portación ilegítima de arma de guerra, por el que fueron acusados y se imputara perpetrado el día 17 de agosto de 2008 alrededor de las 10:30 horas en la intersección de Av. del Libertador y Acassuso de Olivos.

II. DISMINUIR, consecuentemente, la pena impuesta en la presente causa a J. R. G., P. S. G. y a D. E. F., la que se fija para cada uno en ocho años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 3, 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 166 inciso 2° C.P.).

III. CONFIRMAR, en lo restante la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial San Isidro en la presente causa.

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – CARLOS ALBERTO MAHIQUES

Ante mi: Gonzalo Santillán Iturres