



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

c. 58.778

RUD: 07-00-829494-08

En la ciudad de La Plata a los 15 días del mes de octubre de dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver el recurso de casación deducido en causa nº **58.778** en relación al imputado **G., S. C. R.**; y, practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **ORDOQUI-CELESIA.**

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal nº 3 del departamento judicial San Isidro, con fecha 27 de marzo de 2013, resolvió por unanimidad condenar a G. S. C. R. a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, declarando su reincidencia, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, que concurre en forma real con portación ilegal de arma de fuego agravada por la condición del agente, que concurre también en forma real con homicidio *criminis causae* en grado de conato, ocurrido el día 13 de abril de 2012 en la localidad de D. V. partido de P., en perjuicio de S. W. M. L.; en los términos de los arts. 42, 45, 50, 55, 166, inc. 2º, 80, inc. 7º y 189 bis, inc. 2º, párrafos 4º y 8º del CP (cfr. punto I de la sentencia obrante a fs. 18vta. y s. del legajo).

Contra el fallo dictado, la señora Defensora oficial del nombrado, doctora María Dolores Gómez, interpuso el recurso de casación obrante a fs. 25/31vta. del legajo.

Que fijados los antecedentes y hallándose la causa en estado de

dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera** cuestión planteada, el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

I. En primer lugar, se queja de que el suceso haya sido calificado como homicidio *criminis causae* (art. 80, inc. 7º, CP) en grado de tentativa (art. 42, CP).

Recuerda, en este sentido, que su defendido sostuvo que "...apareció el camión y me acerqué a robarle pero en ningún momento quise matar. Que el arma era mía, y que estaba cargada con seis proyectiles y algunas con balas percutadas. Yo nunca gatillé, yo fui a robar no a asesinar...".

Afirma que, contrariamente a la premisa que se ha dado por probada (dolo homicida), existen elementos objetivos que dan credibilidad a lo manifestado por el imputado.

En primer término, se pregunta cómo es posible, si en el expediente existen dos pericias balísticas que concluyen en forma categórica que el arma es apta para el disparo y que no presenta dificultades de funcionamiento, que nada menos que en dos oportunidades no haya salido el disparo. Recuerda que a la acusación le incumbe la carga de la prueba y se queja porque no se citó al perito a fin de que explicitara cuál pudo haber sido el motivo por el cual el arma "...yerra en manos de mi asistido y no así cuando se la somete a una experticia..." (fs. 27vta.); interrogante éste – según dice- alegado en el debate y no respondido por el Tribunal (cita el art. 168 de la Constitución provincial y el art. 371 del CPP).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Agrega que, otro indicio que debe tenerse presente, es que si efectivamente C. emprendió su empresa con dolo homicida, deviene por demás extraño que en su huida no haya utilizado el arma para lograr el escape.

Insinúa que la tentativa requiere el dolo directo.

Coteja lo dicho por el testigo L. con lo afirmado por el Tribunal y alega que lo sostenido por el testigo no es lo plasmado en el veredicto, habida cuenta que si sólo escuchó la percusión no sabe hacia dónde lo hizo y que, del primer intento, sólo puede decir que fue al “boleo”, o sea, sin dirección determinada. A partir de allí, cuestiona la prueba de la tentativa de homicidio y se pregunta cuál ha sido la intención del sujeto activo, acaso matar, asustar, cometer un abuso con armas o que la víctima detenga el vehículo. Ergo, aduce violación al principio *in dubio pro reo*.

Añade que el *a quo* violenta el principio de no contradicción pues “...por un lado cita las testificales de L. y L. para probar el dolo homicida, pero primero le adjudica haber dicho que C. ‘acercaba peligrosamente el objeto de fuego’, pero ¿dónde lo acercó?” (fs. 28vta.). Así, agrega que “Lima dijo ‘vio el arma a menos de treinta centímetros de la cabeza’, m[a]s en modo alguno aclaró hacia d[ó]nde apuntaba el arma cuando supuestamente Carballo la gatilló, en consecuencia, sólo se tiene probado –del cotejo de ambas testificales- que mi defendido accionó el arma ‘al boleo’” (íd.). Y, en consecuencia, remata diciendo que si el Tribunal sostiene que el imputado interceptó a las víctimas inequívocamente con fines de robo, mal puede luego achacarle dolo homicida, sin violar el principio de no contradicción.

Prosigue con cita del razonamiento del *a quo*, cuando partió del conocimiento del imputado acerca de que el arma funcionaba para argumentar sobre el dolo de matar (ver fs. 28vta. *in fine* y 29 de su recurso)

y afirma que también aquí se utiliza una premisa que admite múltiples conclusiones: "...basta con decir que con el criterio sustentado todo robo calificado por el uso de armas donde es presupuesto, como elemento subjetivo del tipo, el conocimiento que el arma se encuentra cargada y apta para el uso, es en realidad un homicidio criminis causae en grado de conato, y con éste ejemplo queda demostrado el absurdo valorativo" (fs. 29).

Posteriormente, también con cita del razonamiento del *a quo*, insiste con el hecho de que no se pudo acreditar cuál era la intención del imputado en uno u otro intento (se refiere a los intentos de disparo).

En segundo lugar, se agravia de la forma concursal aplicada para el caso de autos, en lo tocante al robo con arma de fuego y a la portación de la misma. Sostiene la violación del principio *ne bis in idem*. Y, tras recordar lo afirmado por el Tribunal sobre el particular, expresa: "Ya aquí se pone en evidencia lo errado del razonamiento, habida cuenta [que] los ejemplos dados por el Tribunal no resultan aplicables y prueban la doble valoración de una misma circunstancia toda vez que precisamente si el agente elige realizar los delitos enunciados (hurto, robo, robo con arma impropia) la pena aplicable será considerablemente menor a la del robo calificado por el uso de armas, lo cual indica que el legislador ha tenido en cuenta el uso del arma de fuego para hacer más gravosa la pena aplicable.[] O sea, va de suyo que necesariamente se deberá utilizar un arma de fuego apta para el disparo para ejecutar el tipo contenido en el art. 166, inc.[] 2 del C.P." (fs. 30/vta.). Cita doctrina y jurisprudencia en su apoyo y solicita "...que los concursos de delitos (robo calificado por el uso de armas, y portación de arma de guerra) lo sea en forma ideal, y de tal modo se acote la pena a sus reales términos" (fs. 31).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

En tercer lugar, se agravia diciendo que el Tribunal ha meritado como agravante que el hecho haya quedado tentado, cuando la ley considera menor al injusto tentado dada la distinción de las escalas penales; agregando que queda claro que siempre que hay tentativa no hay resultado por razones ajenas a la voluntad del agente, por lo tanto mal puede utilizarse aquellos extremos como agravante de la pena. Por otra parte, afirma que deviene inmotivada y carente de fundamentación el “daño causado” cuando precisamente no se produjeron siquiera lesiones, no indicando el sentenciante a qué daño se refiere.

II. Que efectuadas las vistas correspondientes, tanto el Defensor Adjunto como la Fiscal adjunta de este Tribunal, hicieron uso de la facultad reglada por el último párrafo del art. 458 del CPP, presentado los memoriales correspondientes (cfr. fs. 38/47vta. y 48/54 respectivamente).

En líneas generales, el señor Defensor de esta sede mejora, por un lado, los argumentos desarrollados en el recurso, poniendo énfasis en la declaración firme de su asistido (cfr. fs. 38vta. y ss.); también respecto del concurso aplicado (en lo tocante al tipo penal de portación), basándose en la idea de que en la imputación no existe una descripción fáctica de un portación independiente del homicidio y el robo tentados y agrega la ausencia de afectación al bien jurídico protegido, proponiendo una verificación del peligro abstracto desde el punto de vista ex ante (cfr. fs. 39vta. y ss.); finalmente, alega extralimitación al ponderar agravantes no solicitadas (cfr. fs. 43 y ss.). Por otro lado, como agravios novedosos plantea: 1) la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inciso segundo, párrafo 4º y 8º (cfr. fs. 41 y ss.); 2) bajo el rótulo de “Adecuación de la pena impuesta” introduce varias quejas relacionadas a dicha temática, entre las que cabe destacar la nulidad absoluta por falta de cumplimiento con el contacto de

visu del art. 41 del CP, la no imposición del mínimo, la enumeración de una serie de atenuantes, la excesiva cuantía de la pena (cfr. fs. 43 y ss.); y, 3) la inconstitucionalidad del art. 451 del CPP.

Por su parte, la señora Fiscal de esta sede requirió el rechazo de los agravios introducidos por la Defensa (cfr. punto V de su dictamen).

III. Que a partir de la interpretación dada por la Corte Federal al recurso de casación, en resguardo de la garantía contenida en los arts. 8, inc. 2º, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta aplicable en nuestro Derecho la teoría de la *Leistungsfähigkeit* consagrada en la doctrina y jurisprudencia alemanas, que impone –al momento de examinar la sentencia recurrida- efectuar el máximo esfuerzo por revisar todo aquello que sea susceptible de ser revisado, es decir que debe agotarse la revisión de lo revisable. De este modo aparece la necesidad de determinar que aquello no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación, bajo el recaudo de no magnificar este tipo de cuestiones (por todo, cf. CSJN, C. 1757. XL, “RECURSO DE HECHO. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-”, del 20/09/2005, especialmente considerandos 23º, 24º, 25º, 26º, 32º, 33º y 34º del voto de la mayoría).

El Tribunal tuvo por acreditado que: “El día 13 de abril de 2012, siendo aprox. las 10.00 hs. un sujeto masculino interceptó a la víctima de autos S. W. L. en la intersección de las arterias S. M. y C., de la Loc. de D. V., Pdo. de P. en momentos en que Lima circulaba a bordo de un camión marca M. B. patente GFA 004 propiedad de la empresa J. B. SA distribuidora YPF gas. Que dicho masculino mediante la intimidación de un revolver marca Trade Mark calibre 38 número de serie 103033, cargado con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

seis proyectiles –que el mismo detentaba sin la debida autorización legal- le exigió a Lima la entrega de dinero bajo amenazas de muerte diciéndole ‘dame la plata, hijo de p..., te mato’ y siendo que la víctima aceleró la marcha del camión, el sujeto –por no haber podido sustraer dinero o bien alguno- teniendo su brazo armado en el interior de la cabina del camión, gatilló al menos en dos oportunidades el arma en cuestión no saliendo disparo alguno, apuntando el arma hacia el cuerpo de L. quien se hallaba sentado en la conducción del camión y acompañado por C. L., custodio de la unidad, no logrando darle muerte al damnificado y fugando del lugar de a pie” (cuestión primera del veredicto, fs. 7vta. y 8).

Asimismo, se concluyó que G. S. C. R. resultó autor penalmente responsable de la conducta ilícita anteriormente descripta (cfr. cuestión segunda del veredicto y cuestión primera de la sentencia, fs. 12vta. y ss. y 17vta. y ss. respectivamente).

Que el ilícito fue calificado como robo calificado por haber sido cometido con la utilización de un arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con homicidio *criminis causae* también en grado de tentativa y en concurso real, a su vez, con portación ilegal de arma de guerra agravada por la condición del agente de haber sido condenado por delito anterior con el uso de armas; en los términos de los arts. 42, 45, 55, 166, inc. 2º, 80, inc. 7º y 189 bis, inc. 2º, párrafos 4º y 8º del CP. (cfr. cuestión primera de la sentencia).

a. La queja que versa sobre la ausencia de dolo de matar o, si se quiere, sobre la no acreditación de tal extremo, no puede prosperar.

De entrada hago una aclaración, pues creo que el recurrente insinúa que la tentativa requiere *siempre* dolo directo. No comparto esa idea: siempre que el tipo penal lo permita, la tentativa admite cualquier clase de

dolo (cfr. la doctrina dominante, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 11ª ed. alemana, 4ª ed. en español, trad. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 282; MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, supervisada por Edgardo A. Donna, Astrea, Bs. As., 1995, § 40, I, E, nm 70; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. renovada y ampliada, trad. por Miguel Olmedo Cadenete, Comares, Granada, 2002, § 49, III, 1; STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª ed. totalmente reelaborada trad. por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 1ª ed. en español, 1ª reimp., Hammurabi, Bs. As., 2008, § 11, nm 23; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, 1ª reimp., Hammurabi, Bs. As., 2007, § 98, nm 944; en nuestro país, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2ª reimp., Ediar, Bs. As., 2011, § 56, I, 2 y 3; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, t. VI: Tentativa – Omisión, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 77 y ss.). Sucede que es el tipo penal de homicidio *criminis causa* (art. 80, inc. 7º, CP) el que admite únicamente el dolo directo (cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 4º ed. actualizada y reestructurada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, ps. 126/127) dado la exigencia extra de un elemento subjetivo distinto (“para...” o “por...”) que únicamente se corresponde con la estructura de aquel; de ahí que, en nuestro caso cuando hablamos de tentativa, la limitación a esa clase de dolo viene dada por el tipo respectivo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

El homicidio *criminis causa* se caracteriza porque la esencia del agravamiento consiste en una conexión ideológica (cfr. DONNA, ob. cit., p. 125); ésta se verifica cuando se mata “*para* preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o *para* asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro” (art. 80, inc. 7º, primera parte, CP; el resaltado es propio), o bien cuando se mata “*por* no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” (art. 80, inc. 7º, última parte, CP; idéntica aclaración).

Más allá de las consideraciones que efectúa el *a quo* en alguna que otra parte del fallo (cfr., por ejemplo, fs. 14), si miramos atentamente el hecho que se dio por probado (“...y siendo que la víctima aceleró la marcha del camión, el sujeto –por no haber podido sustraer dinero o bien alguno– teniendo su brazo armado en el interior de la cabina del camión, gatilló al menos en dos oportunidades el arma...” (cfr. fs. 7vta. *in fine* y 8; el subrayado me pertenece), claramente el presente se circunscribe al segundo supuesto que contempla el tipo penal mencionado.

Que el acusado gatilló dos veces su arma ha quedado sobradamente probado a través de los testimonios de S. W. M. L. (surge de fs. 8: “...y le dice que le dé la plata y le gatilló dos veces (...) el sujeto le decía que el diera la plata, el testigo avanza con el camión y le dispara no saliendo tiro en ninguna d[e] [] las dos ocasiones. Vio que el arma estaba a menos de 30 cm de su cabeza, cuando él estaba sentado en la cabina del camión a la conducción del mismo...”), C. G. L. (surge de fs. 8vta. y 9/vta.: “...se cuelga de la puerta del chofer y a los gritos dijo ‘dame la plata, dame la plata...’; W. acelera y el atacante refirió ‘te mato, hijo de p...’; como [e]l camión aceleró y el pibe iba con el brazo izquierdo sostenido de la ventanilla y el derecho con el arma de fuego dentro d[e] [] la cabina, al manifestar que lo iba a matar, disparó una vez; como W. aceleró, efectuó un segundo disparo siempre

*dentro de la cabina y a muy corta distancia. Aclaró el testigo que escuchó un primer ruido del gatillo y después otro más, en cuestión de segundos... El testigo afirmó que escuchó dos percusiones y que W. estaba muy nervioso y por instinto trató de cubrirse con su brazo; fue en la segunda acelerada que el chico se desprendió del camión... El sujeto apuntó al chofer hacia el cuerpo. Que en ambas ocasiones en que percutó el arma, por la ubicación de la misma y de ellos, en el recorrido de la boca del cañón podía haberle impactado a cualquiera de los dos desde la cintura hasta la cabeza, o sea, en la parte superior del cuerpo. El testigo explicó que él portaba armas y que en prácticas de tiro había escuchado muchas veces el ruido que hacen las armas al gatillar sin que salga el disparo; por eso puede afirmar que el sujeto gatilló al menos dos veces sin que saliera el disparo (...) que el personal policial revisó el arma delante de un testigo y pudo ver que se trataba de un revolver cal. 38 con el largo del cañón similar a[] que había visto antes; que el tambor estaba completo y que adentro había dos municiones percutadas, siendo que no habían salido las vainas, se veía la percusión en los proyectiles pero el arma había fallado (...). Finalmente y a preguntas aclaratorias respondió que el arma siempre estuvo a 15 [ó] 20 cm. de W. cuando fue gatillada”) y V. C. (surge de fs. 9vta.: “...que después que la policía recogió el arma no vio al chico en ninguna otra ocasión; que el arma era un revolver y tenía seis balas; que dos o tres de ellas estaban marcadas...”). Vale decir que, a través de la oralidad, el Tribunal consideró creíbles a dichos testimonios (cfr. fs. 12 *in fine*).*

La información recibida de la mano de los testigos mencionados se corrobora con el acta de procedimiento de fs. 1/2vta. (la que documentó – según fs. 10 del legajo- que: “...el personal policial regresa al primer domicilio que había sido invadido por C. y en presencia de la testigo C.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

procedieron a la incautación de un revolver calibre 38 largo marca Trade Mark serie 103033 conteniendo en el interior del cañón seis proyectiles, dos de ellos percutados; deja constancia el acta que en el lugar se hallaban también las víctimas L. y el custodio L.; quienes también vieron el momento de la incautación del arma reconociéndola como la que utilizó el malviviente para gatillarle...”), la inspección técnica de fs. 18 (de donde surge –según fs. 10vta. del legajo- que “...el objeto [se refiere al arma incautada] es un revolver con tambor de seis alvéolos; que la carga está completa dos de los proyectiles estaban percutados en su fulminante sin haber funcionado los mismos”), con la pericia balística practicada por D. V. (cfr. fs. 10vta. y 11; véase allí la explicación que esboza el Tribunal respecto del error material incurrido por el perito) y, finalmente, con la descripción que realiza el a quo: “Habiendo tenido a la vista los efe[c]tos de [la] causa este Tribunal ha podido constatar que efectivamente llegaron a la audiencia de debate los seis proyectiles de [la] causa; dos de ellos intactos y completos; otros dos sin carga, ya que fueron los que se utilizaron para determinar la aptitud y el funcionamiento del arma y otros dos efectivamente percutados (uno, con la insignia de la aguja percutora en el centro del fulminante sin que se haya producido la detonación; el otro, con una mácula más leve también en la base del proyectil y sin que hubiera sido detonado; exactamente como los describiera el encartado C. al referirse a los elementos en el curso de su descargo)” (fs. 11).

Todo ello sirvió para descartar, con acierto, la versión del imputado en cuanto a que él no gatilló y que las balas ya estaban percutadas (cfr. fs. 11vta. y ss.).

De manera que, si C. sabía perfectamente que el arma funcionaba (pues él –según dijo- la había probado con anterioridad; cfr. fs. 11vta. y fs.

13vta.), que estaba cargada (pues él mismo –según dijo- la había cargado; cfr. fs. 11vta. y 13vta.) y que ésta estaba montada –es decir, sin el seguro; cfr. fs. 12- (según confesó; cfr. fs. 12 y 13vta.), atendiendo a que quedó acreditado que la gatilló en esas condiciones –conforme surge de lo expuesto anteriormente- contra los sujetos que estaban a bordo del camión y a tenor de que el conductor aceleró para emprender la huida y sortear el atraco, el dolo directo requerido por la figura enrostrada, así como la conexión ideológica consistente en matar –en el caso: intentar matar- “por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” (art. 80, inc. 7º, última parte, CP) está sobradamente acreditado (cfr. la cuestión segunda del veredicto).

En síntesis, respecto de este tramo de la queja, cabe concluir que el fallo trasluce un razonamiento acabado, con apego a las reglas de la sana crítica racional, en lo que respecta a la acreditación de la materia aquí discutida; no se advierte, en manera alguna, violación al principio de inocencia (art. 18, CN) ni a su corolario *in dubio pro reo*, en tanto es posible corroborar la certeza subjetiva alcanzada por los jueces de grado, a partir de un análisis objetivo de la prueba recolectada y de su correspondiente valoración. Tampoco, claro está, afectación al *onus probandi*.

Amén de lo dicho, paso a contestar las objeciones que efectúa, sobre el particular, el recurrente.

1) La declaración de su asistido no guarda relación con los testimonios de L. y de L. quienes claramente, como se mostró, dijeron que el acusado gatilló el arma dos veces. También recalqué que el Tribunal les creyó, con ayuda de la inmediación, a los citados testigos. A partir del precedente registrado en causa 55.625 y su acumulada 55.630, esta Sala ha subrayado que, en principio, la materia insusceptible de revisión –por vía



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

del recurso de casación- es la inmediación dado el impedimento que aparece por imperio de la oralidad y por la propia naturaleza de las cosas; de ahí que dicha cuestión quedaría supeditada únicamente a la impresión que los testigos hayan causado en los jueces de mérito. Sin embargo, en aquel precedente, no soslayamos que la Corte Federal ha sostenido, respecto de esto, que el Tribunal de Casación puede también revisar criterios (cfr., CSJN, *in re* “Casal” cit., considerando 25º, del voto de la mayoría). Si se releen las consideraciones efectuadas al inicio del voto, fácil es advertir que no existe razón alguna, desde el punto de vista objetivo, para poner en duda el impacto subjetivo que los testigos produjeron en el órgano de grado; en rigor de verdad, sus manifestaciones guardan coherencia con el resto de la prueba ya enunciada –en lo esencial- *supra*. De todos modos, a continuación veremos que los supuestos elementos objetivos que la defensa enuncia en su favor no inciden en absoluto sobre la temática aquí discutida.

2) Que el arma no se haya disparado, pese a haber sido accionada y a funcionar correctamente, lógicamente se debe al azar que, en el caso, le jugó a favor de la víctima. A veces sucede, como indica la experiencia, que tales objetos pueden fallar independientemente de que funcionen o se encuentren en perfecto estado; como así también que las probabilidades de que ello suceda aumentan en los casos en que el arma proviene del “mercado negro” (la garantía fáctica no es equivalente, lo que es algo obvio). Por lo demás, nada de esto, constituye cuestión esencial en los términos del art. 168 de la Constitución provincial, ni sustancial en los términos del art. 371 del rito; igualmente, ello está tácitamente abordado en el fallo si uno mira atentamente la foja 13 (“...y que de haber salido los disparos claramente otra hubiera sido la suerte de esta gente...”). Repito,

azar y sólo azar, es la única explicación racional que cabe dar; de allí que la misma se desprende del contexto de la conclusión arribada por el *a quo*.

3) Que C. no haya utilizado el arma para su escape nada tiene que ver con el dolo de matar; en el fondo subyace la idea de un dolo *subsequens* dogmáticamente incorrecto ya que no constituye dolo en sentido jurídicopenal, o bien la exigencia de una acción dolosa ulterior que nada tiene que ver con el hecho que se le imputa.

4) No advierto contradicción alguna entre lo afirmado en el veredicto y lo plasmado en el acta de debate respecto de lo que dijera L. Lo primero que habría que tener presente es que el acta de debate usualmente contiene lo que las partes solicitaron expresamente que se dejara constancia, no así el relato completo que hacen los testigos al deponer. En segundo lugar, entiendo que la expresión “al voleo” (la defensa y el acta dicen “al boleo” pero claramente se debe a un error ortográfico), no quiere decir exactamente lo que la defensa plasma en su recurso (cfr. la segunda acepción de la expresión “a, o al, voleo” en el *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª ed. [“voleo”: “a, o al, ~.”: 2. locs. advs. coloqs. Dicho de hacer algo: De una manera arbitraria o sin criterio”]; manejo la versión de la web oficial). De todos modos, prescindiendo de filigranas semánticas, los hechos están claros, desde que, por un lado L. declaró ver que el arma “...estaba a menos de 30 cm de su cabeza...” (fs. 8) y, por el otro, L. contó que “...en ambas ocasiones en que percutió el arma, por la ubicación de la misma y de ellos, en el recorrido de la boca del cañón podía haberle impactado a cualquiera de los dos desde la cintura hasta la cabeza, o sea, en la parte superior del cuerpo...” (fs. 9), siendo que, además, el último –según lo explica el Tribunal de mérito a fs. 13- “...incluso ilustró su testimonio poniéndose de pie e interactuando con el Actuario de este



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Tribunal, mostró la corta distancia en que estaba C., con el brazo izquierdo sostenido del camión y con el derecho manipulando el arma de fuego cuando la percutió”; en este sentido, téngase presente que “...cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue, existe intención, aun cuando la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como probable” (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ª ed. española, 4ta. reimpresión, Civitas, Madrid, 2007, § 12, nm. 8). Y, por si ello fuera poco y ya para despejar cualquier atisbo de duda, se lee en el acta –a tenor de las constancias que dejaron las partes- que L. dijo “...en la segunda percusión observó al sujeto realizar un movimiento con el arma al [v]oleo y luego a nosotros, es decir, que de haber salido el proyectil podría haber lesionado a cualquiera de nosotros dos desde la cintura hasta la cabeza” (fs. 2, el subrayado me pertenece a los fines ilustrativos), siendo que luego dijo “...que en la segunda percusión sólo la escuchó no la vi[o]” (fs. 2vta.); entonces, la cuestión está más que clara, L. pudo efectivamente ver la dirección dada al arma, esto es, el movimiento que C. realizó al realizar el segundo disparo (“...y luego a nosotros...”), lo que no vio fue la percusión en sí, sino que la escuchó. Por último, no se olvide que L. declaró “...W. acelera y el atacante refirió ‘te mato, hijo de p...’...” (fs. 8vta. in fine).

La intención del imputado, ergo, no fue otra que matarlo (dolo) por no haber podido lograr el fin propuesto al intentar el robo (ultrafinalidad). Cuando el recurrente induce que no está clara la intención y se pregunta si fue la de matar o asustar, cometer un abuso de armas o que la víctima detenga el vehículo, muestra un razonamiento propio de una dogmática

naturalística y ontologicista, olvidando que el sentido que se le asigna – conforme la base real de los hechos sucedidos que fuera acreditada- es normativo, esto es, el Derecho le imputa una actuación dolosa porque el sujeto sabía de las condiciones del arma, dispara dos veces contra zonas vitales, de allí que conoce el peligro de su acción y porque, por otra parte, controla el curso causal que él mismo ha iniciado.

5) No se contradice el Tribunal cuando afirma que la intención de C. fue la de robar, si luego le imputa –a tenor de lo que luego hizo- un homicidio *criminis causa* tentado. Él fue a robar, pero como no pudo lograrlo, decidió –por ello- matar (art. 80, inc. 7º, última parte, CP); no creo que haga falta decir algo más frente a tamaña obviedad.

6) Se le imputa una tentativa de homicidio *criminis causa*, no porque llevaba –durante el atraco- un arma que sabía cargada y apta, sino porque sabiendo ello y por no haber podido lograr su cometido, decidió accionarla y eso es lo que define la imputación.

En conclusión, el fallo cumple –en este punto- con todos los requisitos de validez –entre ellos, la fundamentación- lo que así postulo.

b. Como segundo agravio se afirma que entre el robo calificado con armas y la portación ilegal de arma de guerra media un concurso ideal, argumentando que un concurso real lesiona el *ne bis in idem*. El Defensor de esta Sede, por su parte, considera que en entre ambas figuras existe un concurso aparente de tipos por consunción; agrega que, en todo caso, en la imputación no se describe a la portación como un hecho independiente y plantea la no afectación del bien jurídico seguridad pública.

Ninguno de los argumentos puede prosperar. Considero que en la materialidad imputada y acreditada sí se encuentra delimitado uno y otro hecho; por un lado, porque se utilizó la palabra “detentaba” y no “detentó”,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

por el otro –aquí lo dirimente- porque se expuso que el acusado se fugó y que, en el contexto de toda la descripción, se sobreentiende que se fugó con el arma (por todo, cfr. fs. 7vta. y 8). Es más, todo ello está sobradamente probado: en primer lugar, el propio acusado sostuvo que “[e]l arma la tenía desde hace veinte días” (fs. 11vta.); y, en segundo lugar, se demostró que aquel escapó con el arma y que, en medio de su huida, intentó descartársela (cfr. el desarrollo de toda la prueba obrante en la primera cuestión del veredicto). De manera que, si partimos de la base que el imputado ya portaba el arma con anterioridad a decidirse a cometer el ilícito contra la propiedad y, a su vez, que fracasado que fuera el apoderamiento siguió con el arma en su poder, debemos concluir que las acciones típicas sólo se superponen temporalmente en forma parcial, tratándose de acciones física y jurídicamente separables (cfr. la jurisprudencia citada por D’ALESSIO, Andrés José, *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, t. II: Parte Especial, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, La Ley, Bs. As., 2011, p. 617, nota al pie nº 308). No hay, entonces, lesión al *ne bis in idem* al sostener un concurso real: todo lo contrario, piénsese que –de acuerdo a lo postulado por la Defensa- quedaría una porción de ilícito injustificadamente sin sanción, pues antes del intento de robo el sujeto ya portaba el arma y porque después del atraco fallido la siguió portando; de ahí que, independientemente de su intento de apoderarse –ilegítimamente- de cosas muebles ajenas, el ilícito contra la seguridad pública quedó configurado. En otras palabras y para que quede claro: no se configura necesariamente el tipo de portación o de tenencia de armas en los casos en los que el sujeto roba o intenta hacerlo con armas, puesto que bien puede realizar el ilícito contra la propiedad portando *legítimamente* un arma al haber conseguido previamente la autorización

respectiva.

Se habla de que el tipo de portación de arma constituye un delito de peligro abstracto (cfr. CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, 7ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Astrea, Bs. As., 2010, § 1472), de ahí que cabría tener en cuenta que –como tradicionalmente se sostuvo- el peligro no necesariamente deba producirse en el caso concreto puesto que no forma parte del tipo (cfr. ROXIN, ob. cit., § 11, nm 119); de todas maneras, también se ha dicho que “...la conducta es peligrosa *ex ante* para la integridad del bien jurídico protegido, de manera que la portación debe implicar necesariamente, para ser típica, que el arma de fuego se encuentre en condiciones de ser utilizada, esto es, con munición en el cargador, recámara o alvéolos (es decir, ‘cargada’), apta para ser disparada y al alcance del autor, vale decir, en el marco de una situación que le permite su disponibilidad inmediata” (CREUS/BUOMPADRE, ob. cit., § 1470). Todas estas circunstancias marcadas por los autores citados se han verificado en autos (cfr. la cuestión primera y segunda del veredicto) y, el peligro *ex ante*, queda evidenciado –más allá del momento en donde se dispuso a cometer el ilícito contra la propiedad y el ilícito contra la vida- cuando huye portando el arma revestida de aquellas características y siendo perseguido por la policía. Esta última parte del análisis lleva a excluir que -en el presente caso- pueda configurarse una colisión con el principio de culpabilidad.

c. Por último el recurrente se agravia frente al hecho de que en la cuestión quinta del veredicto, se hayan ponderado como agravantes que el hecho haya quedado tentado (recordando que “...siempre que hay tentativa no hay resultado por razones ajenas a la voluntad del agente...”) y por el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

“daño causado” al que tilda de inmotivado puesto que siquiera se produjeron lesiones.

Este agravio debe prosperar. Se lee en la cuestión quinta del veredicto –es decir en la que se plantea si concurren agravantes como surge de fs. 5- lo siguiente: “Para graduar la sanción a imponer y siguiendo la enunciación de la acusación, tengo en cuenta la naturaleza, modalidad y características del hecho ya probado. La puesta en peligro real de la vida de las víctimas surge diáfana; que el resultado más grave no se produjera fue producto del azar y no de una decisión del encausado, quien debe responder en la medida del daño que ejecutó” (fs. 16). Lo primero que advierto, mirando el acta de debate, es que el acusador no requirió nada de eso (cfr. fs. 3 y el art. 371 del CPP); aún así, pasando por alto lo dicho, en la medida en que en el fallo se menciona que el acusador habría solicitado ponderar otras circunstancias que no aparecen mencionadas en el acta (cfr. al inicio de la cuestión quinta del veredicto, fs. 15) y a tenor de que la defensa siquiera menciona esa discordancia (sí lo hace el Defensor de este Tribunal), me veo en la necesidad de abocarme al fondo del asunto y decir que le asiste razón al recurrente. En efecto, toda tentativa de un delito de lesión supone, por un lado, un peligro real hacia el bien jurídico protegido por la norma correspondiente, sino véase como la dogmática equipara la tentativa a un delito de peligro concreto, y, por el otro, supone necesariamente que la consumación no se produce por razones ajenas a la voluntad del agente (art. 42, CP), de lo contrario habría que analizar un posible caso de desistimiento voluntario (art. 43, CP); de suerte que no corresponde ponderar como agravantes las propias circunstancias que deben concurrir indefectiblemente para que se aplique la extensión de punibilidad regulada en el Libro I, Título VI, del Cód. Pen., so pena de

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

incurrir en una doble (des)-valorización prohibida a tenor de la regla de garantía comúnmente conocida como *ne bis in idem*. Y, por otra parte, como bien sostiene la defensa, afirmar que "...debe responder en la medida del daño que ejecutó" es una frase que no tiene fundamentos; es más, no se entiende cuál es ese daño desde que no hubo muerte, ni lesiones, ni apoderamiento.

En síntesis, propondré su casación y la consecuente reducción de la pena impuesta.

d. En este punto, haré una referencia a los nuevos agravios que introduce el Defensor de esta Sede y que se hallan detallados *supra*.

Esta Sala desde sus inicios ha postulado su rechazo con base en lo dispuesto por el art. 451 del ritual y con apoyo de una inveterada jurisprudencia emanada del Superior Tribunal de la provincia y de la Corte Federal.

En este sentido, cabe recordar que el Máximo Tribunal de esta provincia tiene dicho que "[e]l último párrafo del apartado cuarto del art. 451 del ritual marca el límite temporal para expresar los motivos de casación: hasta la interposición del recurso. Una vez vencido ese término 'el recurrente no podrá invocar otros motivos distintos'. Las posteriores ocasiones procesales (...) están contempladas para que la parte complete, con argumentos y citas legales, el planteo originario del recurso, sin que quepa ampliar el espectro del material sobre el cual el Tribunal de Casación debe ejercer su control de legalidad (...). En ese entendimiento, la queja deviene inaudible por extemporánea (doctr. art. 451, tercer párrafo, C.P.P.; conf. P. 78.901, sent. del 7XI2001; P. 75.534, sent. del 21XI2001; P. 77.329, sent. del 10IX2003; P. 81.725, sent. del 16IX2003; P. 83.841, sent. del 9X2003; P. 89.368, sent. del 22XII2004; e.o.)" (SCBA, P. 96.980, de fecha



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

07 de febrero de 2007).

Doctrina ésta que fuera reiterada posteriormente (cf. SCBA, P. 106.497 del 09/11/2011; P. 112.265 del 29/02/2012, véase especialmente esta última donde están las explicaciones del Máximo Tribunal provincial en torno al alcance de los precedentes de la CJSN in re “C.”, “M. A.” y “M. C.” y su relación con el art. 451 del ritual bonaerense).

A su vez, me veo en la necesidad de decir que dicha hermenéutica es la propiciada por la Corte Federal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las garantías allí contenidas. Justamente, en un caso similar, en donde la defensora oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal introdujo un nuevo agravio (la condena ultra petita), en la oportunidad prevista por los arts. 465 y 466 del C.P.P.N., el Procurador Fiscal, calificó su introducción como tardía y extemporánea, explicando que “Si bien el derecho de toda persona a obtener una revisión de su sentencia por un tribunal superior es innegable, el deber de la cámara de casación de agotar el esfuerzo por revisar todo aquello que resulte motivo de agravio, queda enmarcado dentro de exigencias formales que resultan insoslayables y cuya omisión impide el tratamiento de determinadas cuestiones, como ocurre con la introducción tardía de nuevos agravios.

”No está previsto que la casación deba revisar en forma ilimitada todo fallo recurrido, sino el dar tratamiento a los agravios que le son traídos, sea que se trate de cuestiones de hecho o de derecho, pero presentados en tiempo, forma y modo.

”Así, V.E. ha sostenido, en oportunidad de expedirse sobre la procedencia del recurso extraordinario frente a la alegación de una nulidad que no fue tratada por la Cámara de Casación, que ‘...no podría decirse que se encuentra afectado el derecho de revisión, pues éste queda

indefectiblemente circunscripto al cumplimiento de las formalidades básicas, a los requisitos de oportunidad, modo y tiempo, fundamentales en todo proceso...' (causa B. 2592, L. XLI, caratulada 'B., H. E. y P., J. C. s/causa 5828', resuelta el 7 de agosto del año 2007).

"Y pienso que esto es así porque, de otra forma, la garantía de la doble instancia no estaría preservando la necesidad de un recurso amplio, sino de un sistema de consulta obligatoria, instituto no previsto en esta materia por la ley nacional o el orden positivo internacional".

Agregando, para despejar cualquier duda al respecto, que "...el Código Procesal Penal establece en su artículo 466 la posibilidad de ampliar o desarrollar los fundamentos expuestos en el recurso de casación durante el término de oficina, pero no habilita la introducción de nuevos motivos de agravios (cfr. Fernando De La Rúa; La Casación Penal; Depalma; Bs.As; 1994; p. 245 y Ricardo C. Núñez; Código Procesal Penal, provincia de Córdoba, Segunda Edición actualizada; Marcos Lerner; Córdoba; 1986; p. 482)" (por todo, dictamen de causa G. 1363. XLIII., a cuyos fundamentos remitió la mayoría de la Corte Suprema).

Postula el doctor Sureda la inconstitucionalidad del art. 451 del CPP; como fundamento aduce violación de varias. La cuestión, a mi modo de ver, es sumamente sencilla. Paso a explicar.

En primer lugar, tanto la Suprema Corte de esta provincia, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya se expidieron en varias ocasiones acerca del alcance que tiene el memorial que el ordenamiento procesal permite presentar como complemento del recurso; valgan los precedentes *supra* citados como prueba de ello.

Mientras que el ordenamiento procesal posibilite al encausado interponer un recurso contra la sentencia adversa a sus intereses y el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Tribunal *ad quem* revise lo planteado con el mayor de los esfuerzos posibles de acuerdo a lo postulado por el precedente del Alto Tribunal Federal *in re* “C.”, el debido proceso, la defensa en juicio, la doble instancia, el derecho al recurso, el derecho a ser oído y toda cuanta garantía se vincule al objeto del planteo se encuentran plenamente satisfechas.

El punto pasa porque se confunden las cosas y se olvida que el recurso de casación es, valga la redundancia, un recurso mas no una acción de consulta; entonces, como todo recurso, la jurisdicción del *ad quem* se abre, a tenor del efecto devolutivo, en la medida de los agravios (art. 434, CPP, con la salvedad del última parte; cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. V: La actividad procesal, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 487), con la excepción que contempla el art. 435, primer párrafo, del CPP y que esta Sala supo ya interpretar y dar cuenta de su alcance (cfr. *in re* “R. M.”, entre muchos otros). Es claro que el proceso empieza y en algún punto debe terminar y es claro también que, debido a ello, las garantías –como el derecho al recurso– están reglamentadas para, de algún modo, regular su orden. Así, por ejemplo, el código procesal reglamenta el derecho al recurso y determina que, contra las sentencias criminales, el acusado-agraviado puede interponer, en el plazo de veinte días, un recurso de casación y que por fuera de dicho plazo no pueden invocarse nuevos motivos de agravio (art. 451, CPP); esta reglamentación, propia de un derecho procesal, reconoce la garantía pero a la vez le impone un orden que no la altera, todo lo contrario, puesto que si no existiese ese límite el agraviado podría en cualquier momento introducir un argumento novedoso y, al fin de cuentas, la sentencia nunca quedaría firme y el proceso jamás culminaría, lo que, claramente, afectaría al mismo tiempo otra garantía, esto es, el plazo de

duración razonable de los procesos.

En suma, cuando se habla de revisión amplia se alude a una revisión intensiva, es decir, en la medida del agravio (interpuesto en la oportunidad debida), no así a una extensiva y por fuera de los agravios. Siempre que se respete esta condición, como esta Sala lo hace en cada caso, no existe lesión al debido proceso, al derecho de defensa, a la revisión, a la segunda instancia, ni a ninguna otra garantía de ese estilo. El Defensor debe recordar que él puede mejorar los argumentos de su inferior, agregando consideraciones teóricas o fácticas y específicas del caso, pero le está vedado -salvo que exista indefensión (que lejos está de configurarse en el presente) como expuso la SCBA- introducir nuevos motivos de agravio.

Rechácese, entonces, la colisión de normas invocada.

Plantea, por fuera de ello, dos cuestiones federales novedosas; frente a lo cual cabría objetarle, en primera medida, que el planteamiento no fue realizado en la primera oportunidad posible en el curso del proceso, pues el defensor de la instancia no arguyó ningún agravio de ese estilo. Independientemente de ello, haré otras consideraciones.

El defensor de esta sede solicita la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, párrafo octavo, del CP; entiende que contraria los principios de culpabilidad, *ne bis in idem* y racionalidad de las penas.

Desde antaño el Alto Tribunal Federal sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico (cfr. CSJN, Fallos: 302:1149; 303:1708, entre muchos otros), desde que las leyes debidamente sancionadas y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

promulgadas gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia constitucional de la norma sea manifiesta, clara e indudable (cfr. CSJN, Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 314:424). De allí que también se haya afirmado que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto (cfr. CSJN, Fallos: 307:1656 y 310:211, entre otros; el resaltado me pertenece).

Ahora bien, respecto de la alegada violación al principio de culpabilidad debo decir que el planteamiento no se autoabastece. Es doctrina de la Suprema Corte de esta provincia la que afirma que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes sólo tiene cabida como ultima ratio del orden jurídico, de allí que para su procedencia se requiere que el interesado demuestre acabadamente de qué manera la norma cuestionada contraría la Constitución causándole de ese modo un agravio. Así, para que pueda ser atendido un planteo de tal índole, debe tener un sólido desarrollo argumental (conf. SCBA, Ac. 50.900, sent. del 15-XI-1994; Ac. 60.887, sent. del 24-III-1998; L. 72.583, sent. del 5-IV-2000; L. 74.805, sent. del 21-III-2001; L. 77.503, sent. del 25-IX-2002; I. 2027, sent. del 27-XII-2000; entre otros tantos).

A partir de lo expuesto, considero que el agravio federal referido al principio de culpabilidad, en los términos en que ha sido planteado, es insuficiente pues no abastece los requisitos mínimos de fundamentación (CSJN, Fallos: 270:349 y 356; 280:121; entre otros). En rigor de verdad, se limita a explicar muy genéricamente en qué consiste el citado principio y, a

la vez, omite determinar con precisión cuál es su correcto alcance pero, además, siquiera se encarga de ensayar –más que enunciar postulados genéricos como que nuestro derecho penal es de acto y no de autor o que no pueden sancionarse personalidades, formas de ser, o estados peligrosos- un argumento sólido que tienda a demostrar por qué razón el Estado, luego de haberlo decidido a través del consenso democrático propio de un régimen republicano, no puede ejercer –a tenor del principio que invoca- con mayor intensidad su poder punitivo en casos como el presente, es decir, no logra demostrar cuál es la relación entre el principio de culpabilidad que impide atribuir la mera responsabilidad objetiva por el resultado provocado y la prohibición de valorar antecedentes firmes vinculados a la conducta imputada o, dichos en otros términos, no existe un desarrollo argumental sólido tendente a señalar que el principio de culpabilidad, además de exigir una imputación personal (tampoco explica esto, valga la aclaración), se extienda hasta fijar, también, un determinado objeto del reproche y, en su caso, de dónde surgiría ese límite que él mismo vagamente pretende contraponer para que prospere su reclamo; por ejemplo, siquiera intenta refutar por qué el Estado no puede incrementar el reproche a un sujeto que sabía de antemano la consecuencia jurídica de su accionar, atendiendo a que el acusado sufrió una condena por haber cometido –entre otros- el delito de portación de arma de fuego (cfr. fs. 16 vta.), o, si se quiere, por qué ello colisiona con un derecho penal de acto. Se pretende, entonces, que un poder interfiera sobre otro sin dar razones mínimas que justifiquen la colisión que vagamente propone. En resumen, el recurrente no se ocupa de realizar una crítica razonada y concreta (CSJN, Fallos: 302:418, 795, 1564, sus citas y muchos otros); todo lo cual, me lleva



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

a rechazar dicho agravio federal por carecer de la fundamentación debida (art. 15 de la ley 48).

Idéntica conclusión vale en relación al argumento de la racionalidad de las penas, ya por el hecho de que siquiera se menciona la cláusula jerárquicamente superior a la disposición que pretende se invalide; en otros términos, no se sabe de dónde surge el mentado principio y, así, no se configura técnicamente una colisión propia de la cuestión federal directa que intenta introducir. De todos modos, cabe recordar lo dicho por la Corte Federal, en el sentido de que resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos: 11:405; 191:245; 275:89) y asimismo aumentar o disminuir la escala penal, de tal suerte que los tribunales no se pueden inmiscuir en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador (Fallos 257:127; 293:163; 300:642; 301:341). Por lo demás, si se mira bien, falta la relación directa con los hechos de la causa, en tanto que hace un planteo abstracto con total prescindencia de lo acontecido en autos, toda vez que compara las penas que en abstracto contienen los tipos, pero olvida al mismo tiempo concentrarse en el caso de marras.

Finalmente, respecto de la invocada violación al *ne bis in idem*, la cuestión guarda relación con lo resuelto en el precedente de causa 55.660 y su acumulada 55.663, en donde se explicó acabadamente que valorar un antecedente condenatorio al momento de mensurar la pena no colisiona con el principio mencionado; a cuyos fundamentos, *mutatis mutandis*, me remito en honor a la brevedad.

La segunda cuestión federal reside en que peticona la declaración de inconstitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 189 bis, inciso 2º, del CP, afirmando que "...no podemos aceptar ni convalidar la delegación de poder

allí consagrada, donde claramente se afectan el principio de legalidad formal, máxima taxatividad legal e interpretativa, el sistema republicano de gobierno, división de poderes, seguridad jurídica, proporcionalidad de las penas y lesividad”. El planteo es palmariamente insuficiente: a) omite la cita precisa e individualizada del derecho federal invocado; b) no se explica en qué consisten los citados principios y cuál sería el alcance que tiene cada uno; c) se pretende fundar todo ello con una única cita -escueta y abstracta- de doctrina, que siquiera la vincula estrictamente al caso y a los principios que dice vulnerados. En resumen, reitero aquí, que el recurrente no se ocupa de realizar una crítica razonada y concreta (CSJN, Fallos: 302:418, 795, 1564, sus citas y muchos otros); todo lo cual, me lleva a rechazar dicho agravio federal por carecer de la fundamentación debida (art. 15 de la ley 48).

Por último, debo aclarar que el contacto de visu que requiere el art. 41 del CP fue efectivamente realizado (cfr. acta de debate, fs. 1 y ss.); sobre la vinculación con la tesis que propone, cfr. c. 57.398 y su acumulada 57.400. Sobre la pena y los atenuantes no invocados oportunamente, cfr. c. 54.864.

e. Conclusiones finales

En consecuencia, propongo a mi colega hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto (fs. 25/31vta. de este legajo), casar el fallo impugnado por haber inobservado los arts. 40 y 41 del C.P., asumir competencia positiva, descartar las agravantes ponderadas y, consecuentemente, fijar la pena que corresponde al imputado G. S. C. R., de conformidad con la ausencia de atenuantes (cfr. cuestión cuarta del veredicto) y la ausencia –a partir de lo decidido- de agravantes (cfr. lo concluido precedentemente y la cuestión quinta del veredicto); así, estimo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

adecuado a la gravedad de los injustos y a la medida de la culpabilidad, reducir la pena impuesta al nombrado a catorce (14) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, manteniendo la declaración de reincidencia; sin costas en esta instancia, atento al resultado favorable.

Así, a la primera cuestión planteada, voto **parcialmente** por la **afirmativa**.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

Atento al resultado arrojado por la cuestión precedente, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto (fs. 25/31vta. de este legajo), casar el fallo impugnado por haber inobservado los arts. 40 y 41 del C.P., asumir competencia positiva, descartar las agravantes ponderadas y, consecuentemente, reducir la pena impuesta a G. S. C. R., la que queda fijada en catorce (14) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, manteniendo la declaración de reincidencia; sin costas en esta instancia, atento al resultado favorable.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

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

RESUELVE

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto (fs. 25/31vta. de este legajo), **casar el fallo impugnado** por haber inobservado los arts. 40 y 41 del C.P., **asumir competencia positiva, descartar las agravantes ponderadas y**, consecuentemente, **reducir la pena impuesta a G. S. C. R., la que queda fijada en catorce (14) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, manteniendo la declaración de reincidencia; sin costas en esta instancia**, atento al resultado favorable.

II. Ténganse presentes las reservas del caso federal efectuadas a fs. 31vta. y 45vta. y ss. del legajo (art. 14, ley 48).

Arts. 8, n° 2, *h*, de la Convención americana sobre derechos humanos; 14, n° 5, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 40, 41, 42, 45, 50, 55, 80, inc. 7mo., 166, inc. 2º, segundo párrafo, 189 bis, inc. 2º, párrafos 4º y 8º del Código Penal; 209, 210, 448, 451, 460, 530, 531, citados y concordantes del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y devuélvase para el cumplimiento de las eventuales notificaciones pendientes.

FDO.: MARTIN MANUEL ORDOQUI – JORGE HUGO CELESIA

Ante mí: Virginia Fontanarrosa