

////nos Aires, 14 de junio de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- El juez de la instancia anterior procesó a W. E. M. como coautor del delito de robo triplemente agravado por haber sido cometido con un arma de fuego, por haberse causado graves heridas a las víctimas y por su comisión en poblado y en banda, agravantes que concurren idealmente entre sí, en concurso real con portación de arma de guerra (fs. 752/772 vta.), pronunciamiento que impugnó su defensa (fs. 793/794 vta.).

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del CPPN, expuso agravios el Dr. Gustavo Agustín Día Nóblega, defensor del imputado.

Luego de deliberar, las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas.

II.- 1.- En líneas generales, la defensa postuló su disconformidad con la valoración de la prueba realizada por el magistrado de grado. Consideró que los elementos reunidos no son suficientes para disponer el procesamiento de M. y propició su sobreseimiento, en tanto aquél sólo se apoyaría en los testimonios de las víctimas, afectadas por su interés directo, y en datos de peritajes –de rastros, balístico y médico- que revelarían que los hechos no habrían ocurrido en el tiempo y lugar que aquellos indicaron. Asimismo, cuestionó la subsunción legal adoptada porque no hubo despojo y la forma del concurso aplicado entre el robo y la portación de arma de guerra sin autorización.

2.- Sin embargo, la sala considera que el temperamento incriminante adoptado en la instancia anterior se ajusta a una correcta valoración de las constancias sumariales y a su análisis bajo las reglas de la sana crítica racional (artículo 241 del CPPN), de modo que será convalidado.

En primer lugar, cabe señalar que tanto la reconstrucción fáctica del suceso - comprensiva de los dos escenarios en que tuvo lugar, y el tiempo y modo de su desarrollo-, como el juicio referido a que en el caso se concretó una acción de robo agravada por su comisión con armas de fuego, por haberse causado lesiones graves a las víctimas y por su perpetración en lugar poblado y en banda, fueron aspectos revisados y homologados por esta Sala en los términos descriptos en los respectivos autos de procesamiento, en oportunidad de intervenir por vía de apelación cuando

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 5502/2015/CA7 - CA5, "M., W. E.". Procesamiento.

los coimputados G. D. S. y D. D. O. R. y sus defensas los cuestionaron (fs. 372/vta. y 707 vta.), claro está que con la provisoriedad que corresponde a esta instancia.

Por tanto, no se procederá a una nueva evaluación de esos extremos sino que se reproducirá la conclusión expuesta a fs. 707 vta. en los siguientes términos:

“... el tribunal considera que la secuencia fáctica de la sustracción como así también la producción de las lesiones de carácter grave a los nombrados integran una conducta cometida en diferentes etapas, por un grupo de personas que han tenido roles diferenciados y que evidencian un claro caso de división de tareas propio de la coautoría funcional... Las lesiones graves son consecuencia directa del desapoderamiento ... la voluntad de participar en la banda que cometió los hechos alcanza a todos los resultados atribuidos a la misma... “.

Por otra parte, cabe señalar que la hipótesis defensiva referente a que el hecho pudo haber ocurrido en otro lugar y en otro momento, no encuentra asidero en las constancias sumariales, especialmente teniendo en cuenta la sentencia condenatoria dictada por este suceso a G. D. S. por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N°....., la que se encuentra firme de acuerdo con la certificación que se realizó por secretaría (fs. 422/451).

De su lectura resulta que existe plena coincidencia entre las circunstancias de tiempo, modo y lugar acreditadas en juicio sobre este episodio (ver fs. 444 vta./445) y aquéllas por las que fue intimado M. al recibírsele indagatoria (fs. 730/733 vta.).

En cuanto a la responsabilidad que cabe atribuir a W. E. M. en el episodio, cabe señalar que las víctimas del caso –M. R. M., H. J. V., É. A. P. y M. A. P.- lo ubicaron en el lugar y al tiempo de su desarrollo, indicaron que portaba un arma y describieron su intervención conjunta y coordinada con otros coimputados en el robo perpetrado en cuyo curso los nombrados -V. y É. A. P.- resultaron con heridas graves por disparos de arma de fuego, perpetrados por el coencausado S. y por el propio M. (fs. 5/6, 23/vta., 68/69 vta., 162/vta. y 174/vta.; 18/vta. y 181/182; 21/vta. y 179/180; y 80/81 vta.).

Si bien se trata del testimonio de quienes, como víctimas, tienen interés directo, su credibilidad se encuentra reforzada por la coincidencia sustancial de sus versiones y por la corroboración de sus dichos que emerge de la totalidad de la

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 5502/2015/CA7 - CA5, "M., W. E.". Procesamiento.

prueba incorporada a la instrucción, sin que, contrariamente a lo expuesto por la defensa en su escrito de apelación, las insignificantes diferencias de las declaraciones de los nombrados afecten de modo alguno dicha conclusión.

En el caso de autos, no es posible soslayar el contexto social donde se verificaron los episodios -en la vivienda sita en la tira, casa del barrio, de esta ciudad-, por cuanto es lógico suponer que impera el temor a represalias para quienes señalen a los responsables del suceso. Ese temor se encuentra fundado en la verificada violencia de quienes lo perpetraron -los individualizados y los que aún no lo han sido- y la pertenencia de éstos a "grupos" de protección mutua, capaces de ejecutar acciones en su nombre.

Ello brinda explicación a la dificultad de hallar testigos directos independientes que relaten lo vivido, razón por la cual en la valoración de la hipótesis investigada corresponde considerar, también, los indicios que puedan provenir de otras fuentes, aun cuando su valor convictivo sea limitado.

En esa línea, a las referencias de estas personas se agregan los datos aportados por los coimputados S. y R., los que, como se señaló, se receptan en forma indiciaria y circunscriptos estrictamente a los aspectos que, a su vez, encuentran respaldo en la prueba testimonial y/o pericial incorporada a la instrucción.

El móvil que las víctimas pusieron en conocimiento como presunto motor de la acción delictiva investigada -la venganza descargada sobre ellas por M., porque tiempo días antes habían tenido un incidente con su hermana- fue reproducido por S. en su indagatoria.

Éste indicó: *"Yo me enteré que hubo una pelea entre É. y la hermana de B., que es el pibe del barrio que vive por ahí. Ella se peleó con É., la hija de M. ... Refiere que fue B., W. M. , quien le disparó al marido de M. porque É. le pegó a su hermana. Preguntado por el Tribunal para que diga cómo sabe que fue B. quien perpetró la agresión, refiere que se lo dijo un amigo del barrio ...Preguntado...para que diga si conoce a W. M., refiere que lo conoce de vista, del barrio, que no se junta con él porque es más grande ...Preguntado para que diga si conoce a ...R., refiere que sí, que le dicen P. ...lo conoce del barrio. Que B. y P.*

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 5502/2015/CA7 - CA5, "M., W. E.". Procesamiento.

andan juntos. Refiere que B. trabaja en mensajería y que R. trabajaba en, pero lo echaron..." (fs. 257/vta.).

Si bien la prueba del móvil no es una acreditación imprescindible para determinar la responsabilidad de una persona, porque para ello basta la comprobación por medios suficientes que lleven a la certeza de su participación, *"... frente a la inferencia necesaria de un móvil comprobado, el material probatorio adquiere gran peso"* (Eduardo M. Jauchen, *"Tratado de la Prueba en materia Penal"*, Rubinzal - Culzoni. Editores, pág. 601 y ss.; Sala V, c. 21.662/2016, *"Delgado"*, rta. 6/6/2019, entre otras).

Aun cuando bajo otra óptica, el enfrentamiento precedente entre E. P. y la hermana de M. fue relatado por este último en los siguientes términos en su indagatoria: *"Me enteré por vecinos del barrio que había guerra entre dos bandas de narcotraficantes y que me habían involucrado a mí por el hecho que aquí no aparece, pero por el que habían agredido a mi hermana Y. A. M., quien es adicta y había tenido una pelea con M. R. M. y É. P.. Ambas personas apuñalaron a mi hermana en la espalda. Yo en ese momento no tenía relación con su hermana, ella no vivía conmigo..."* (fs. 732 vta.).

R., por su parte, afirmó que "W." (M.) estuvo en el lugar y al momento de los hechos y, además, expuso que en ese contexto hubo una doble secuencia de disparos de arma de fuego (fs. 616/618 vta.).

En lo atinente dijo el nombrado: *"... ese día yo estaba en mi casa, salgo, me fui a la esquina. Estaban estas personas, los que están en la causa, en ese momento estaba sólo W.. Le dije para ir a comprar marihuana a la casa de esta persona que me acusa, M. R. M., la madre de É. A. P.. Fuimos, entramos al patio ... se armó una pequeña clase de disturbio que sinceramente yo no sé qué clase de problema tenían estas dos personas, M. con M. ... Se pusieron a discutir, a gritarse cosas, se puteaban, a todo eso mientras ellos discuten se escuchan disparos fuera de la casa, salimos porque salen todos y yo en ese momento me fui. Después se escucharon más disparos"* (fs. 618/vta.).

En suma, la apreciación conjunta y armónica de los elementos previamente señalados y los demás mencionados por el magistrado resultan suficientes en la instancia para homologar lo resuelto conforme al artículo 306 del CPPN,

También corresponde homologar la subsunción legal asignada al caso, sin perjuicio de su decisión definitiva en la oportunidad prevista en el artículo 401 del CPPN. La objeción de la defensa a partir de que el desapoderamiento no se concretó, con la tácita pretensión de que se aplique la figura tentada del robo agravado atribuido, no prosperará.

Es que se considera -en coincidencia con la doctrina establecida en el fallo plenario de esta Cámara Nacional de Apelaciones, "Salvini o Gómez, J.C." del 29/8/67- que si, por las violencias ejercidas para realizar el robo, que queda en grado de tentativa, se causan las lesiones previstas en los artículos 90 y 91 CP, la calificación legal correspondiente es la prevista en el artículo 166, inciso 1°, consumada. *"Ello así, pues se trata de un delito complejo, esto es, una figura autónoma y distinta de los elementos que entran en su composición; por lo tanto, en el problema interpretativo no hay que remitirse a los delitos simples que integran a aquél, sino a la inescindible figura compleja del artículo 166, inciso 1°, que es una estructura unitaria que ofende dos bienes jurídicos y no una simple suma de partes. Las lesiones no se incorporan al delito patrimonial, sino que se han fundido en éste para dar nacimiento a uno nuevo y, por consiguiente, la efectiva producción de las lesiones consume el delito aun cuando el robo no excediera del proceso ejecutivo (JA, 1967-V-219; CCC-Fallos Plenarios, 1984-II-462)."* (David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias*, tomo 6; ed. Hammurabi, pág. 166 y ss).

3.- En cuanto al agravio sobre el concurso real dispuesto entre el robo y la portación de arma de guerra sin autorización legal, corresponde ingresar a su tratamiento por cuanto M. se halla detenido.

La pretensión de la defensa, referida a la aplicación de la norma del artículo 54 del Código Penal, no prosperará.

Es que, tal como se ha señalado en ocasiones anteriores (entre otras, Sala VI, c. 1594, "*Ragonese*", rta el 5/8/2013) la portación se configura por la mera circunstancia de que el agente lleve consigo, en condiciones de inmediato uso, un arma de fuego sin la debida autorización, con independencia de que la use o no.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 5502/2015/CA7 - CA5, "M., W. E.". Procesamiento.

Por tanto, la utilización de tal objeto al momento de cometer el delito de robo con armas configura una acción independiente, lo que, en definitiva, torna aplicable las reglas del concurso establecidas en el artículo 55 del Código Penal.

Si bien ambos ilícitos coinciden en un lapso de tiempo y lugar, la portación puede ser anterior o posterior al momento en que se produce el ataque contra la propiedad.

En función de ello se verifican dos hechos diferentes e independientes que protegen bienes jurídicos distintos. Mientras que el primero lesiona la propiedad, el tipo previsto por el artículo 189 *bis* del Código Penal lo hace contra la seguridad pública. Además, cabe recordar que la figura agravada del robo es de ejecución instantánea y la otra permanente; una es de resultado y la otra de peligro abstracto, características que permiten distinguir dos hechos totalmente diferentes entre sí.

La circunstancia de que el sujeto activo arribe al hecho de desapoderamiento en poder del arma presupone una tenencia pretérita ineludible de aquélla, que permite sostener que la conducta de portación posee una unidad de acción autónoma a la del robo,

No se comparten las posiciones dogmáticas que consideran que el resultado material producto del ilícito del artículo 166, inciso 2° del C.P. absorbería el peligro abstracto de la figura de portación, conforme las reglas del concurso ideal o eventualmente aparente por aplicación de las reglas del principio de consunción, en el cual, según la posición comentada, el contenido de ilicitud de la figura más grave absorbe a la de menor nivel de injusto. En ese sentido, se ha dicho que en un caso como el que aquí se analiza debe aplicarse el concurso aparente, ya que *“el robo con armas de guerra representa la concreción de uno de los posibles peligros que quería evitar el art. 189, bis tercer párrafo”* (“Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año 2-N° 3, p. 331, Ed. Ad Hoc, con nota de Patricia Ziffer).

Se descarta esa postura porque adoptar un razonamiento en esa dirección, llevaría a suponer que la tenencia o portación de un arma, de carácter permanente, implicaría que, mientras se siguen ejecutando cualquiera de los dos supuestos típicos mencionados, los diferentes hechos que pudieran cometerse con aquella concurrirían durante todo ese lapso en forma ideal, de manera previa, concomitante o posterior a la conducta de la portación (a modo de ejemplo, léanse aquellos casos

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 5502/2015/CA7 - CA5, "M., W. E.". Procesamiento.

de receptación del arma, sustracciones, homicidios, etc.), lo cual se estima desacertado.

En suma, se considera que la portación pretérita del arma o durante la comisión del robo o una vez consumado el apoderamiento, son comportamientos escindibles y no media entre ellos una relación delito-medio o delito-fin, razón por la cual poseen unidad típica independiente y escindible, lo que conlleva a que concursen en forma material.

Al respecto la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que: *"El robo cometido mediante el uso de arma y la portación de ésta sin autorización, configuran dos acciones típicas distintas que se superponen sólo parcialmente en el tiempo, coincidiendo nada más que en un lapso determinado, razón por la cual corresponde aplicar la sanción considerando que por sus características se trata de conductas temporalmente diferentes"* (CNCP, Sala III, "Marottoli, Alejandro J." del 17 de mayo de 2002, citado Almeyra, Miguel A., "Tratado de Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Penal Parte General", La Ley, Buenos Aires 2011, T. I, v I, pág. 206).

En el caso que nos ocupa, M. detentó el arma antes, durante y una vez concretada la otra infracción -el robo durante el cual se ocasionaron lesiones graves a las víctimas-, huyó con la misma, lo cual comprueba acabadamente la independencia fáctica de ambas acciones.

En razón de ello, se confirmará el concurso real aplicado por el juez.

En virtud del acuerdo al que se arribó, el tribunal **RESUELVE**:

CONFIRMAR el auto de fs. 752/772 vta., en cuanto fue materia de recurso.

El juez Rodolfo Pociello Argerich no intervino en la audiencia por hallarse en uso de licencia.

Notifíquese y devuélvase. Sirva lo dispuesto de atenta nota de envío.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 5502/2015/CA7 - CA5, "M., W. E.". Procesamiento.

Hernán Martín López

Ricardo Matías Pinto

Ante mí:

Ana María Herrera
Secretaria

En se remitió. Conste.