

Poder Judicial de la Nación

Y VISTOS: En la ciudad de Buenos Aires, a los 9 días del mes de octubre de dos mil trece, se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n°1, Dr. Martín E. Vázquez Acuña en su carácter de Presidente y los vocales Doctores Alberto Huarte Petite y Adrián N. Martín para dictar sentencia en esta causa n° **4316** seguida contra **MATÍAS MENDEZ** (argentino, D.N.I. 26.687.993, nacido el 24 de noviembre de 1978 en esta Ciudad, soltero, hijo de Jorge y de Ramona Encina, con domicilio real en Correa 3026 de esta Ciudad, y **actualmente detenido en el Complejo Penitenciario Federal de la C.A.B.A., identificado en el Registro Nacional de Reincidencia con el expte. 02261957 y en Policía con Prío. R.H. 271.214**) asistido por la Defensora Oficial Dra. Graciela De Dios.-

Establecido que fue en la deliberación que se produjera, que las cuestiones a decidir se refieren a la existencia del hecho delictuoso y sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación del imputado Matías Méndez, la calificación legal de su conducta, sanción aplicable y costas, el Tribunal entiende que:

I.- En el requerimiento de elevación a juicio de fs. 188/190 el Sr. Fiscal de Instrucción imputó a Matías Méndez el haber intentado apoderarse mediante la exhibición de una pistola calibre 9mm, marca FN Brownin, con numeración R-02642, serie FN-T295642, con la inscripción “*Fabrique Nationale d’Armes de Guerre- Herstal Belgique Browning Patent deposee*”, con su cargador colocado con nueve cartuchos a bala del mismo calibre, del dinero y pertenencias de Christian Wierna Calderón, el pasado 7 de mayo de 2012, siendo alrededor de las 20.30 horas, en ocasión en que el damnificado ingresaba al edificio sito en Ciudad de La Paz 3730.-

Asimismo, en las circunstancias de tiempo y lugar reseñadas, le atribuyó al encausado el haber intentado dar muerte a Marcos Andrés Rinaldi –por ese entonces Principal de la Policía Federal- en ocasión en la que el efectivo, tras ser alertado por la novia del damnificado quien comenzó a pedir auxilio, logró retener brevemente al agresor, quien logró desprenderse del uniformado y con el arma descripta le apuntó y accionó el gatillo con el objetivo de matarlo, lo que no consumó por un desperfecto mecánico del arma que impidió que saliera el disparo.-

Por ultimo, también le atribuyó a Matías Méndez el haber portado, sin la debida autorización legal, la pistola descripta, la que resultó ser apta para producir disparos pero de funcionamiento anormal.-

En efecto, el Fiscal Instructor tuvo por probado que Méndez para perpetrar los ilícitos enrostrados, el día y hora en cuestión, acometió contra Wierna Calderón -en ocasión en la que el nombrado se preparaba para ingresar al edificio mencionado-, y tras extraer el arma de fuego de su cintura, accionó la corredera y le apuntó a la víctima, a la vez que le exigió que le haga entrega del dinero que tenía y de una maquina fotográfica. Ante tal intimidación, Wierna Calderón le hizo entrega de doscientos treinta y siete pesos; cincuenta euros; cuarenta y dos dólares; cuarenta y dos mil rupias indonesias; treinta y tres pesos malayos; un billetes de diez unidades árabes; y un billete de cinco unidades de Malasya. Tras ello, Méndez intentó escapar y en dicha ocasión el efectivo de la policía Marcos Andrés Rinaldi –que ocasionalmente circulaba por la zona a

bordo del móvil 435 bis de la Comisaría 35ª junto con el Sargento De Castro- logró retenerlo por unos instantes, siendo que Méndez pudo zafarse del policía, y en ese instante le apuntó con el arma y accionó el gatillo para intentar matarlo, siendo que por el desperfecto mecánico del arma, la bala no salió, por lo que no pudo consumar el hecho por razones ajenas a su voluntad.-

Luego de lo cual, Méndez arrojó el arma al suelo y fue en búsqueda de su motocicleta marca “Famsa”, dominio 556-GYW, con la que había arribado al lugar del hecho y dejara -en marcha- estacionada sobre la vereda. A bordo de la misma, emprendió su huída por la calle Ciudad de la Paz en dirección a Paroissien, desoyendo las voces de alto del personal policial que lo seguía, hasta que arribó a un supermercado “COTO” ubicado sobre la Av. Cabildo 4125, donde ingresó para intentar esconderse, cosa que no logró porque finalmente fue detenido por los efectivos intervinientes, quienes, a su vez, secuestraron de uno de sus bolsillos todo el dinero que minutos antes había sustraído a Wierna Calderón.-

El Sr. Fiscal de Instrucción calificó el hecho como constitutivo del delito de homicidio doblemente calificado por ser la víctima un miembro de la fuerza policial y el evento haber sido perpetrado con el objeto de asegurar el resultado de otro delito o procurar su impunidad, en grado de tentativa, que a su vez concurre materialmente con el delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego, concursando en forma real con el delito de portación ilegítima de arma de guerra, por los cuales Méndez deberá responder a título de autor (arts. 42, 45, 55, 80 inc. 7º y 8º, 166 inc. 2º segundo párrafo, y 189 bis inc. 2º párrafo cuarto del C.P.N.).-

II.- Al ser llamado a prestar declaración indagatoria durante la audiencia **Matías Méndez**, en un primer momento, hizo uso de su derecho constitucional de negarse a declarar. Sin perjuicio de lo cual, en una segunda ocasión el nombrado declaró y manifestó que intentó ir a robar pero no intentó lastimar y mucho menos hacer lo que le están acusando, tanto el policía como la testigo; que los jueces son persona idóneas, capacitadas para ver la realidad, y él en su vida no lastimó a nadie ni lo haría jamás, va en contra suyo; expresó que se haga justicia y que lo condenen por lo que intentó hacer y no por lo que lo acusan falsamente; pidió disculpas por lo que hizo al damnificado; añadió que tiene una vida por delante y espera que se haga justicia.-

III.- Durante el debate se recibieron diversas declaraciones testimoniales: el damnificado **CHRISTIAN JESÚS WIERNA CALDERÓN** declaró que llegaba de un viaje; descendió de un taxi; bajó con unos cuantos bolsos y un paquete, en ciudad de la Paz 3730, entre García del Río y Vilela; iba a la casa de su entonces novia; dejó cosas en la puerta; tocó timbre; el taxi se había ido; demoró en abrirle; paró una moto, descendió una persona, se acercó al portero eléctrico, tocó un timbre, él estaba acomodando sus cosas, se dio vuelta y lo encañonó con un arma, le pidió la plata, le dio algo, tenía plata en distintos bolsillos, empezó a irse; se dio vuelta y le pidió más; le exigió cámaras de fotos; lo paró un poco; le dio más dinero que traía en un porta documentos y dinero que había ido recolectando del viaje; había estado en Oriente, billetes de baja denominación de varios lugares y algunos euros mezclados, ahí se tranquilizó porque parecía suma

Poder Judicial de la Nación

importante; cuando se fue él traía un helicóptero para su hijo de regalo, lo agarró, le pidió que no, porque era para su hijo, ahí abrió la puerta la novia, logró meterse pero le quedó el pestillo puesto, no podía cerrar del todo; la persona encaró para la moto; de repente se dio vuelta y encaró hacia el hall de vuelta; trataron de trabar la puerta y en eso por el panel de vidrio (por la puerta no se ve) vio que paró un patrullero, encaró a la persona, ésta empezó a correr para el lado de General Paz, contramano; vio que corría, con el personal policial vieron un arma tirada en el piso, la tomaron ellos; a los minutos, quince minutos, más o menos, llamaron que lo habían detenido en el “Coto” de Av. Cabildo, a él lo llevaron a la comisaría para hacer la denuncia y demás trámites; la moto era de baja cilindrada, en no muy buen estado, estaba encendida, estuvo todo el tiempo encendida; el arma era 9 mm, del tipo de la que usan las fuerzas policiales; cuando lo apuntaba con el arma estaba pegado a él, enfrente, en un espacio muy chico, estaban cara a cara. A preguntas sobre si la segunda vez que le pidió dinero también tenía el arma en la mano, respondió que sí, la escondía o la ponía de costado por si pasaba algún transeúnte; tenía puesto un pantalón deportivo, azul oscuro o negro, con rayas; el personal policial bajó tranquilo del patrullero, tuvo la sensación de que no estaban al tanto de lo que realmente pasaba, su primer pensamiento fue que era un delivery cuando paró la moto, después no porque no tenía caja, pensó que podía ser un correo, la policía bajó tranquilo, no es que bajaron empuñando armas, luego la persona estaba de espaldas y él no estaba viendo específicamente, estaba con el tema de la puerta, su novia que estaba a los gritos; la policía bajó tranquila y el muchacho empezó a correr hacia puente Saavedra de contramano, no vio si tenía el arma, cuando salió el arma estaba ahí tirada, a unos metros de donde había sido la situación; supone que su novia gritó al ver a la policía y además porque una vecina del primer piso también observó lo que pasaba y también gritó. Exhibidas que fueran las fotos de fs. 16/25, lo reconoció. Exhibida que fuera el arma, manifestó que podría ser esa por el diseño. A preguntas sobre cuánto tiempo pasó desde que le quitaron el dinero y llegó la policía, para él la secuencia fue bastante larga, hubo un primer momento donde entregó algo de plata, amagó irse, volvió, le volvió a pedir más plata, lo convenció de que no tenía filmadora pero sí que tenía más plata; se fue, agarró el helicóptero con la caja, encaró hacia la moto y pensó que se terminaba todo; ahí volvió a encarar de vuelta; se asustaron y trabaron la puerta y ahí apareció el móvil policial; llevó un tiempo entonces; lo perdió de vista por un momento cuando entró al hall del edificio, luego lo volvió a ver; entró, trabó la puerta, vio por la ventana que encaraba hacia la puerta de vuelta, intentó contener la puerta, no sabía si la iba a patear o qué; luego volvió a mirar y vio el patrullero detenido y a los policías bajando del auto; recuperó todo lo sustraído; que fue a la comisaría; trajeron los billetes; le preguntaron si eran suyos; el helicóptero lo tiró ahí nomás, en la vereda, también lo recuperó, estaba en buenas condiciones, cámara no tenía. A preguntas sobre si tenía casco, respondió que sí, cree que lo tenía en la mano cuando fue a tocar el timbre, era oscuro, pero no le prestó mayor atención al detalle. Exhibido que fuera el casco secuestrado manifestó que podría ser ese. Exhibidas las fotografías de fs. 63, manifestó que la moto podría ser esa, quedó abandonada en el lugar. Exhibidas las fotos de fs. 61, manifestó que era ese tipo de ropa la que tenía el sujeto. A preguntas sobre si la moto quedó enfrente de la casa o el sujeto se la

llevó, manifestó que sí, quedó ahí encendida y él se fue por ciudad de la paz a pie. A preguntas sobre si vio si se llevó la moto, respondió que no, quedó ahí con custodia policial.-

Por su parte **MARCOS ANDRÉS RINALDI** declaró que venía circulando por Ciudad de la Paz en sentido de circulación con el agente Olariaga y sargento De Castro, en el zaguán de un edificio escuchó pedidos de ayuda de una voz femenina, él estaba a la derecha entonces descendió, miró, y lo primero que vio, fue lo que le pareció un cadete de mensajería, una moto encendida en la vereda o la calle, el masculino que se volvió hacia él; que el dicente iba uniformado y con patrullero identificable; el hecho fue casual; prácticamente se chocaron cuando se estaba cometiendo; la persona se vino hacia él -la mujer que gritó era del edificio, gritaba “policía, policía”, supone que porque vio el patrullero, resultó ser la damnificada-; que bajó, pensó que era alguna incidencia menor, de dinero, siempre sucede, paró al muchacho que se estaba yendo, lo paró por el hombro pero le pegó en un brazo, se quiso zafar, hizo ademán con el hombro, cuando vuelve hacia atrás sacó el arma de la cintura o la tenía en la mano, él no le vio las manos, no se las había mirado, cuando lo esquiva y vuelve sin extender el brazo le dispara, vio que accionaba la cola del disparador, como el disparo no salió la tiró al suelo, dio media vuelta y salió corriendo, esto en fracción de segundos; eso lo vio la testigo. A preguntas sobre cuántas veces percuto el arma, respondió que vio que le pegó el dedazo al arma y la tiró al suelo, le apuntó con el cañón hacia el cuerpo a la altura de la cintura, sin extender el brazo, supone para que nadie mas lo vea, si salía el tiro le daba porque estaba a un metro; que vio que accionó la cola del disparador una vez como mínimo, a posteriori se dio cuenta y luego el damnificado le contó que el individuo quiso hacer una recarga o algo para tirarle al damnificado y se le trabó una vaina en la corredera, esto no lo vio, pensó que por eso no salió el disparo, quedó atravesada una vaina servida; el sujeto salió corriendo, no tenía sentido que sacara su arma, lo tenía de espaldas corriéndolo, el arma ya la había tirado; De Castro también corrió, corrió hasta que le dio el físico, encontró al agente Piriz que estaba de custodia en Ciudad de la Paz y Cabildo y le indicó que lo siguiera corriendo, hasta que ingresó al supermercado “Coto” o “Disco” de Cabildo, se sacó una campera ahí adentro, esto se lo comentaron, cuando salió del supermercado de vuelta con una remera blanca ahí fue detenido; que él llegó un poquito después, venía con la lengua afuera; es decir se metió en el supermercado para pasar desapercibido, entró con campera o algo negro y salió con remera blanca; pero lo vio el de seguridad, adentro del “Coto” es difícil pasar desapercibido con todas las cámaras; describió a la persona, atuendo negro, deportivo, cabello oscuro, morocho, tez trigueña, más robusto que él, contextura normal; que la moto quedó encendida en el lugar del hecho, no recordó si era tipo enduro o de calle, 125, 250 cc, negra puede ser; el arma con el que la apuntó era 9 mm Browning, parecida a las provistas por la Policía Federal, él tiene una asignada y era igual; en la huida tiró el casco; para él lo determinante era cuando tiró el arma al suelo, que tiró el casco no le dio importancia; el casco no lo tenía puesto, no se lo vio en ningún momento. Exhibida que fuera el arma, la reconoció, era similar; el casco, era similar; exhibidas las fotos de fs. 61 reconoció el casco y la campera oscura; exhibida que fuera la foto de fs. 63 de la moto, manifestó que era de ese estilo.

Poder Judicial de la Nación

Exhibida el acta de fs. 4 reconoció su firma. A preguntas sobre cuánto tiempo pasó hasta que lo volvió a ver, manifestó cuando él llegó al supermercado lo vio salir sin campera, dio vuelta atrás de una góndola y salió de vuelta, fue un lapso muy rápido; que ese fue el único momento en que lo perdió de vista. A preguntas sobre qué indica el protocolo si un preventor sabe que hay una persona con arma, respondió que si hubiera sabido que tenía el arma habría gritado alto policía, exhibido su arma y esperado la reacción del sujeto; pero no tuvo tiempo. A preguntas sobre con qué mano lo apuntó, respondió con la mano derecha. A preguntas sobre si en la otra mano tenía algo, respondió no recordar si tenía el caso o no, que vio el arma y se enfocó en eso, no lo recuerda, el casco lo arrojó en su huida después, por eso supone que lo tendría; que fue inesperada la reacción. A preguntas sobre si vio que se descartara de algún otro objeto, respondió no recordar.-

A su turno **ALBERTO DE CASTRO** declaró que circulaba con el móvil 435 bis, con Rinaldi que estaba a cargo y el chofer Olariaga, recorriendo, por Ciudad de la Paz oyeron una mujer que pedía auxilio, se detuvo el móvil, estaba en un hall de un edificio; que vieron cuando estaban llegando una moto estacionada en la calle, una mujer pedía auxilio, la moto no recuerda si estaba encendida, bajó el Principal Rinaldi, él estaba sentado atrás, el móvil tiene reja, le costó bajar; que vio que quería agarrar a una persona del sexo masculino; que la persona salió corriendo en sentido contrario, como yendo para cabildo; le pegó grito para que pare; que lo persiguieron junto con el principal; que fueron hasta Paroissien, cruzando para el lado de Cabildo; a 200 mts. se sumó el agente Piris que estaba de parada; el sujeto cruzó Cabildo; siguió la persecución; ingresó al Coto sobre la avenida, atrás ingresó Piris; que cuando quiso volver a salir se encontró con él y el principal en la puerta del mercado y lo detuvieron; que en ese momento no tenía la campera puesta, antes vestía ropas oscuras; que el personal de Coto encontró sobre unas góndolas la campera oscura, negra, y se la secuestró en la puerta del comercio con los testigos; que hicieron lectura de derechos; secuestro de diversas monedas, nacional y extranjera; que cuando llegaron al lugar oyeron una voz femenina, detuvieron el móvil, bajó el principal que estaba más a mano, intentó agarrar a una persona que salió corriendo, él le dio la voz de alto, la persona arrojó lo que tenía en la mano, él vio un casco, le sacó ventaja corriendo; luego siguieron la persecución. A preguntas sobre cómo se sacó de encima a Rinaldi, cómo logró irse, respondió que no pararon justo enfrente del edificio sino unos metros después, lo pasaron, oyeron el grito, ahí detuvieron el móvil; bajó Rinaldi, luego él, vio que Rinaldi lo quería agarrar, trató de manotearlo y se le zafó, y el sujeto salió corriendo, él le pegó el grito y salió a perseguirlo; que no se perdió la visión de la persona. A preguntas sobre cómo era, respondió de 1,75 mts. aproximadamente, pasó hace más de un año, ochenta y algo de kilos, vestimenta oscura, campera negra, remera blanca; al querer salir del supermercado ya estaba sin la campera, luego se encontró campera en una de las góndolas; que se secuestró billetes de distintos países, dólares, pesos, la campera, esto en el mercado. Exhibidas las actas de fs. 10 y 11, reconoció su firma, al igual que en el plano de fs. 14, que confeccionó él, mostró el trayecto de la persecución a pie, y se le exhibieron las fotografías de fs. 16/25 del dinero secuestrado, manifestó que los primeros le llamaron la atención, no son habituales, estaban en el interior de la campera y el pantalón, el casco dijo que era

similar; se le exhibió también las fotos fs. 61; que secuestró una campera oscura, no recordó si tenía rayas; se le exhibieron las fotos de fs. 63, manifestó que la moto oscura estaba estacionada en la vía pública; que le llamó la atención; que cuando fue en persecución la moto quedó ahí; que él no hizo el secuestro; que es similar a la que vio, no pudo determinar la cilindrada, era de noche y fue todo en cuestión de segundos; que en la persecución no lo perdió de vista, a los 200 m se sumó Piris; que podría decir que lo perdió de vista cuando entró al supermercado, que ahí lo vio el agente y se descartó de la campera.-

Asimismo se recibió la declaración testimonial del experto en armas **MATÍAS DAMIÁN ROMERO ALE** a quien se le exhibió la pericia de fs. 130/133 y el arma reservada y declaró que examinó una pistola y una serie de municiones; que hizo disparos experimentales; que surgieron posibles falencias del arma, la falencia consiste en que tiene un seguro del cargador, sin el cargador no podría efectuar disparos, si tuviera cartucho en recámara y arma funcionara bien no pasaría nada, en este caso presionó la cola del disparador y el martillo cae, afecta el funcionamiento porque es un seguro que está inhabilitado; que el arma estaba con el cargador; que no surge de la pericia si el arma fue disparada, no se le preguntó. A preguntas sobre en qué condiciones la recibió, manifestó no recordar, tampoco el arma, generalmente vienen los proyectiles separados, para evitar accidentes. A preguntas sobre si había identidad entre los cartuchos y el arma, respondió que había correspondencia en cuanto al calibre, eran del calibre adecuado para utilizar en esa arma. A preguntas sobre si la prueba la hizo él, respondió que generalmente si él firma la pericia la hace él, si no el que firma con él; que en cuanto a la idoneidad, se probaron los cartuchos con esta arma y eran aptos para sus fines, fueron disparados los dos sin inconveniente. A preguntas sobre si el resorte recuperador de la corredera está inhabilitado, podría haber hecho la prueba que hizo, respondió que no porque en ese caso posiblemente podría ser no apta para producir disparos. A preguntas sobre cuáles son las formas comunes de inhabilitar el seguro, es decir que el proyectil no salga, respondió depende del tipo de arma, en la 9 mm para que no se produzca el disparo por ejemplo podría quitar la aguja percutora, inhabilitar o trabar o quitar el resorte recuperador de la corredera, quitar dejando el percutor el resorte del percutor, producir algún daño al martillo que es el que efectúa el golpe al percutor, hay bastantes posibilidades, éstas son las más comunes que se le pueden ocurrir; que si el arma hubiera tenido inhabilitado el seguro, si el arma no era apta no puede usarla para probar la idoneidad de los cartuchos, tendría que probarla con otra arma. A preguntas sobre si en un arma como esa, por qué podría trabarse alguna munición en el cargador, respondió hay varias hipótesis, si uno está efectuando disparos, por un problema de empuñamiento, impericia del tirador que no la empuña bien, o entra en contacto con alguna pieza móvil y la traba, que el cartucho tenga pequeña diferencia en la cantidad de pólvora y no logra hacer buen retroceso de la corredera y no alimentar bien el arma, puede ser que se trabe en ese proceso la munición.-

También se recibió la declaración de **ALBERTO PIRIS DA SILVA** quien manifestó que estaba de parada en Cabildo y Paroissien, vio un masculino corriendo por la segunda arteria, tomó Cabildo hacia General Paz, detrás venía el oficial Rinaldi y le

Poder Judicial de la Nación

pidió que lo detenga, el dicente salió atrás del masculino y lo corrió hasta el superm coto, ahí se lo detuvo, vestía jean zaul, remera blanca y campera negra, al ingresar al super se quitó la campera y la arrojó sobre la mercadería, sobre las góndolas, se opuso a la detención, lo detuvo junto con Rinaldi usando la fuerza mínima. En presencia de dos testigos se labró el acta de detención y secuestro de unos billetes, había varios billetes, luego se lo trasladó a la dependencia y él volvió a su parada. A preguntas para que describa al sujeto, refirió que era de pelo negro, corto, delgado; exhibida que fuera la fotografía de fs. 61, manifestó que puede ser, era oscura y las de fs. 16/21, dice que eran de ese tipo los billetes, también había pesos; que no perdió de vista al sujeto; que cuando el sujeto ingresó a Coto entró el dicente, Rinaldi quedó en la entrada y ya estaban llegando los móviles; que en el supermercado había personal de seguridad, ahí adentro redujeron al masculino.

Asimismo se recibió la declaración de **HÉCTOR DARÍO FABIÁN OLARIAGA** quien manifestó que el día del hecho, iba conduciendo un móvil identificable con el principal Rinaldi y el entonces sargento de Castro cuando oyeron el grito de una mujer, gritaba “policía” cuando vio el patrullero, entonces frenaron y bajó Marcos Rinaldi; que no vio donde estaba la mujer y el grito lo oyeron cuando ya iban pasando, del lado derecho; que entonces bajó Rinaldi, de Castro también y luego bajó él, pero tardó porque tenía que acomodar el móvil ya que la calle es angosta; que vieron a un masculino, una moto parada, el sujeto quería subirse a la moto y hubo un cruce de palabras con el principal, que trataba de calmar la situación; que ellos pensaron que era una incidencia común, pero ahí empezaron a correr y él se quedó en el móvil; que no puede decir su altura del sujeto ya que lo vio de espaldas; que él no fue hacia donde estaba el principal sino hacia el edificio, recordando que el sujeto no era ni muy bajo ni muy alto, no era rubio y la vestimenta no recuerda, la moto sí porque estaba en el lugar, en marcha; que Rinaldi fue hacia la persona, ésta quería volver a entrar al edificio y luego volvió a ir para el lado de la moto, Rinaldi lo quiso calmar o algo así y cuando se dio cuenta vio un arma tirada en el piso, por lo que no sabe lo que pasó en ese momento; que no estaba ni muy cerca ni muy lejos; que él pensó que era una discusión de pareja, ya que es habitual ahí; que no recuerda si la persona llevaba un paquete abajo del brazo; que el arma la vio cuando empezaron a correr todos y se acercó; y que no recuerda si Rinaldi trató de detenerlo en ese momento, antes de correr; que no vio qué pasó con el paquete, vio la moto y el casco; que el arma estaba tirada, no recuerda si en la vereda o en el asfalto, cerca de la moto. Exhibido que fuera el plano de fs. 14 señaló dónde estaba la gente, la persona que iba para la moto y el arma, que era tipo 9 mm; asimismo se le exhibió la pistola reservada y dijo que es similar a la que vio; se le exhibieron las fotografías de fs. 63 y dijo que no recordar cómo era la moto.-

Por su parte, **OSCAR OSMAR SALVATIERRA** declaró que trabajaba para una empresa que prestaba servicios a “Coto” y al día de hoy trabaja en este último comercio; que a la época del hecho estaba en el local de Cabildo desde las 6 o 7 de la mañana hasta el cierre; que no presencié un procedimiento policial en horas de la noche ni participó en alguna detención y tampoco sabe por qué fue citado.-

Finalmente prestó declaración testimonial **PAMELA RODRIGUEZ** quien declaró que vive en Ciudad de la Paz al 3700, en un primer piso a la calle, y también

vivía al momento de los hechos, y al lado vive una de sus mejores amigas que fue víctima de esta situación, pero no sabe si le robaron algo; que ese día venía de viaje Cristian, el novio de su amiga, con una valija grande, y ella oyó que la nombrada gritaba “policía, policía” por lo que se asomó al balcón, vio a Cristian y que salía una persona con una mochila pero a su amiga no la llegó a ver ya que estaba adentro; que en eso justo pasó un patrullero, esta persona salió, aclarando que la vio a pocos metros de su balcón, sacó un arma y apuntó a un policía que enseguida se dio cuenta de la situación, que venía hacia él, y no sabe si tiró o qué pero hizo un gesto con el brazo, que reprodujo en la Sala, ignorando si disparó, pero supuestamente no disparó porque no escuchó nada, luego tiró el arma, la mochila, empezó a correr y el policía salió atrás; agregó que ella bajó, su amiga estaba en “shock” y Cristian también, el arma estaba tirada y hablaban de que se había disparado o no había salido el tiro, o que estaba trabada, aclaró que ella no sabe de armas, pero por la situación daba para pensar que había disparado; que cree que también había una moto pero ahí suele haber motos; que el agresor cree que tenía una campera, una mochila, pelo bastante corto, y nada más porque lo vio desde arriba, además las ropas cree que no eran de color claro; explicó que en el momento se dio cuenta de que era un intento de robo, por la actitud de esta persona y por el grito de su amiga; que ésta gritó “policía, policía” porque justo estaba pasando el patrullero; que después cuando ella bajó vio el arma y que nadie la quería tocar, después la agarraron con algo y vieron que estaba trabada o que se había intentado tirar; que no conoce de armas por lo que no puedo decir si era pistola o revólver pero mostró con sus manos el tamaño y agrega que le parece que era plateada, pero no recordó bien; y que le parece que el arma tenía tambor. Exhibida que fuera el acta de fs. 4, reconoció su firma; exhibida que fuera el arma, dijo que podía ser la que vio; exhibida las fotos de fs. 61 dijo que podía ser porque la persona estaba vestida de oscuro y recordó que el casco lo tenía en la mano, y también puede ser lo que vio, lo que observó a fs. 62 y 63, aclaró con respecto a esta última que era de ese estilo. A preguntas acerca de si había árboles en la cuadra, respondió que había un árbol pero a la derecha de su balcón y ella se asomó por la izquierda, que la iluminación era normal y la cuadra tenía bastantes focos, no es oscura; y que no había ningún árbol entre su departamento y el de su vecina, justo en ese sector no había; que eran alrededor de las 23; que el policía frenó el patrullero y bajó bastante tranquilo; que estaba uniformado, eran dos y uno como que se apuró porque se dio cuenta de algo; y que estuvieron a dos metros, bastante cerca de la persona.-

Igualmente se incorporó la siguiente prueba:

- Actas de secuestro de fs. 4 de la que se desprende la incautación de una pistola de color negro, con la inscripción Policía Federal Argentina con número de serie R-02642, marca Browning, calibre 9mm., cargada y con una bala trabada en la recámara. Asimismo, el secuestro de un motovehículo marca “Famsa”, modelo “Supernova 150”, color negro con dominio 556-GYW.-

Poder Judicial de la Nación

- Acta de fs. 10 de la que se desprende el secuestro de doscientos treinta y siete pesos; cincuenta euros; cuarenta y dos dólares; cuarenta y dos mil rupias indonesias; treinta y tres pesos malayos; un billetes de diez unidades árabes; y un billete de cinco unidades de Malasya.-

- Acta de fs. 11 la que da cuenta la detención de Matías Méndez el 7 de mayo de 2012 a las 21 hs. en Av. Cabildo 4125.-

- Acta de extracción de sangre al imputado de fs. 11 del legajo de personalidad.-

- El inventario del motovehículo secuestrado de fs. 5.-

- La constancia de entrega de dinero al damnificado de fs. 50.-

- El informe pericial de fs. 59 realizado sobre la campera que llevaba el detenido.-

- El informe pericial de fs. 64 realizado sobre la motocicleta secuestrada y sobre el casco del imputado.-

- El informe pericial realizado en la Comisaría 35ª sobre el arma secuestrada en poder del imputado, el cual reveló que se trata de una pistola calibre 9mm. de color negro, con cachas plásticas negras, con la inscripción sobre su lateral izquierdo "*Fabrique Nationale d'Armes de Guerre- Herstal Belgique Browning Patent deposee*"; asimismo se observa sobre su "lomo" a la altura de su alza el cuño de escudo de la Policía Federal; sobre su lateral derecho se observa el número de serie R-02642 y la leyenda Policía Federal; sobre su empuñadura posee el nro. FN-T295642; posee un almacén cargado con ocho cartuchos a bala; un cartucho a bala trabado en la recamara/corredera, todos los cuales son de color dorado con su punta ojival y con la inscripción en su culote "9X19 FLB 99". Asimismo, el perito remarcó que se trata de una pistola apta para el disparo, y que la misma posee su seguro de cargado anulado o liberado, lo cual permite accionar su sistema sin su cargador (cfr. fs. 68/vta.).-

- El informe de fs. 70 del que surge que la pistola en cuestión se encuentra registrada a nombre de Juan Antonio Do Santo, D.N.I. 17.063.583., desde el 12 de junio de 2007.-

- El informe de la Dirección Nacional del Registro de la Propiedad Automotor del que se desprende que la motocicleta secuestrada en autos pertenece al imputado Matías Méndez (cfr. fs. 72).-

- Los informes de fs. 75 y 148/149 el cual nos indica que la pistola secuestrada no pertenece al patrimonio de la Policía Federal, ya que en el año 1993 había sido dada de baja y vendida al Suboficial Francisco de Santos.-
- El acta del reconocimiento de fs. 88, el cual fue realizado en forma activa por el damnificado Wierna Calderón y arrojó resultado positivo.-
- El informe brindado por el R.E.N.A.R. de fs. 89/90, 94 y 124, de los que se desprende que el arma incautada se encuentra registrada a nombre del Sr. Juan Antonio Do Santo D.N.I. 17.063.583., y anteriormente estaba registrada a nombre de Francisco Do Santos L.E. 5.675.522. Asimismo, informaron que Matías Méndez no se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en ninguna de sus categorías.-
- El informe pericial realizado por la División Balística de la P.F.A. sobre el arma incautada, el que resulta de vital interés pues reveló que la pistola semiautomática de simple acción calibre 9X19 mm, marca FN-Browning, número R-02642, Serie FN-T295642, al momento del examen pericial, resultó ser apta para producir disparos pero de funcionamiento anormal debido a que carece del resorte del seguro del cargador, lo cual inhabilita dicho seguro permitiendo efectuar disparos sin el cargador colocado en su alojamiento (cfr. fs. 109/110 y 129/134).-
- La información brindada por el R.E.P.A.R. obrante a fs. 201, que nos indica que el arma secuestrada en la presente causa posee un pedido de secuestro activo desde el 27 de abril de 2012, en virtud de la denuncia efectuada por la esposa del titular, la cual fue radicada ante el Juzgado de Garantías N° 1 del Departamento Judicial de Moreno (nro. 170239).-
- Los informes médicos legales de fs. 76 y fs. 10 del legajo de personalidad, los que nos indica que Matías Méndez al momento del examen realizado el día del hecho se encontraba vigil, orientado en tiempo y espacio, y con atención conservada. Como así también que presentaba una excoriación en región posterior de su cuello (nuca) producto de choque, o golpe, o roce, contra superficie dura, data aproximadamente de 24 horas y que curarían en menos de 10 días.-
- El informe médico forense de fs. 193/194 practicado a Matías Méndez, el cual indica que las facultades mentales del nombrado encuadran dentro de la normalidad jurídica.-

Poder Judicial de la Nación

- El informe socioambiental del imputado, obrante a fs. 21/24 del legajo de personalidad.-
- El certificado de antecedentes de fs. 238.-

Además se incorporó como prueba documental:

- Las fotografías de fs. 51/52 y 61/63, las cuales muestran el arma y como quedó trabada la bala en la corredera; asimismo la motocicleta y el casco utilizados por el imputado.-
- Las fotocopias de fs. 16/25 que ilustran el dinero sustraído por Méndez.-
- Las copias obrantes a fs. 97/99 que dan cuenta de la denuncia de sustracción efectuada por la mujer del propietario del arma secuestrada en poder de Méndez, como así también la documentación de dicha arma y copias del D.N.I. del titular registral.-
- Los planos de fs. 6 y 14, los cuales ilustran el lugar del hecho, donde Méndez tiró su arma y por donde se dio a la fuga, siendo posteriormente detenido.-

Finalmente se incorporó como prueba instrumental:

- La pistola calibre 9mm., marca Browning, de color negro, con cachas plásticas negras, con la inscripción sobre su lateral izquierdo "*Fabrique Nationale d'Armes de Guerre- Herstal Belgique Browning Patent deposee*", número de serie R-02642, y sobre su empuñadura posee el nro. FN-T295642.-
- Ocho cartuchos a bala y vainas secuestradas.-
- Un casco color negro marca "ZEUS HELMET".-

IV. Al momento de alegar sobre la prueba, la **Señora Fiscal General Subrogante Dra. Mónica Cuñarro** manifestó tener por probado que entre el robo con armas que identificó como hecho 1 y el atentado contra la vida del subcomisario Rinaldi medió una conexión causal para procurar la impunidad del primer hecho; que así tiene por probado que Matías Méndez el 7 de mayo de 2012, aproximadamente a las 20.30, dejó estacionada una moto de su propiedad de marca "Fansa", encendida, sobre la entrada del edificio de Ciudad de la Paz 3730, portando un arma de fuego de guerra Browning 9 mm, la

cual resultó no sólo apta para el disparo sino letal, y de funcionamiento ex profeso de alta peligrosidad, y con ella se apoderó de dinero en efectivo de propiedad de Cristian Wierna Calderón, quien descendió en el lugar regresando de un viaje por Oriente, pagó el taxi, dejó los bolsos en la vereda, tocó el portero eléctrico de la casa de su novia y en eso el imputado se le acercó, estando la moto encendida, y pensó que era un “delivery” y no le dio importancia, pero en ese momento el imputado extrajo el arma con la mano derecha ya que es diestro, como vimos en el juicio, mano donde tenía el casco, y le pidió que le diera todo lo que tuviera, accionando la corredera y apuntando al damnificado exigiéndole que le entregara más; que ante esto mientras el damnificado esperaba que la novia bajara a abrirle, pensando en ella y en protegerla, trató de tranquilizarlo y le entregó varios billetes que tenía de diversos países que había visitado en su viaje, siendo luego estos billetes secuestrados del pantalón del imputado en el momento de la detención; que luego el imputado se dio vuelta para irse pero volvió sobre sí y regresó pidiendo más, el damnificado accedió dando otros billetes que tenía en un monedero en el cuello, el imputado se dio vuelta y se fue, en ese momento bajó la novia del damnificado a abrirle, ingresó éste al edificio, todo en fracción de segundos, y cuando estaba entrando advirtió que el imputado regresaba sobre sus pasos y esta parte entendió que lo hizo porque vio que en el sentido del tránsito, conforme el plano incorporado, venía a pocos metros un móvil recorriendo la jurisdicción, ante lo cual pensó en tratar de ingresar al edificio; que entonces la novia del damnificado, tal cual declaró la última testigo, gritó “policía, policía”, la moto siguió encendida y en ese momento el personal del móvil al escuchar una voz femenina pidiendo auxilio detuvo su marcha unos segundos, descendiendo el subcomisario Rinaldi que estaba adelante a la derecha en el móvil, éste siguió unos metros más para ser estacionado por el chofer y quedó también en el vehículo el sargento Castro que iba atrás, lo que es muy importante porque que un subcomisario descienda solo, y como dijeron la víctima y la vecina, casi sin tener conciencia de que la persona estaba armada, sólo esto explica que conociendo el protocolo que haya bajado tan desprevenido, y tal como dijo Rinaldi, y no hay por qué dudar de sus dichos, lo hizo pensando al ver una persona con casco y moto que se trataba de una incidencia común con un delivery o un correo, en cambio si hubiera pensado que era otra cuestión no habría descendido como lo hizo. Agregó que en ese momento en el que Rinaldi bajó hay que tener en cuenta que el damnificado estaba dentro del edificio con la novia, la vecina estaba viendo todo, el damnificado cree que el policía no tenía idea de lo que pasaba, al igual que la vecina Pamela, entonces el policía se acercó a tratar de hablar con el imputado, lo tocó en el hombro, ante lo cual el imputado que es diestro y tenía el casco hizo un movimiento y cree que no le dio tiempo para correr hasta el último tramo el arma como para poder disparar, pero si un arma común como una 9 mm. no tiene limado el seguro no puede disparar y en el caso de esta arma dispara, es decir esta limadura que hizo el imputado ex profeso anuló el mecanismo de seguridad que tiene el arma y esto no lo desconocía, y en este forcejeo sabía del poder ofensivo real del arma por lo que ya dijo, pero no tuvo el tiempo para tirar la corredera, por eso la bala quedó trabada y no salió y esto le salvó la vida al subcomisario Rinaldi, esto le provocó bronca al imputado que la tiró y por eso nadie oyó un balazo, porque la bala quedó trabada; que además estas balas no son

Poder Judicial de la Nación

comunes y están prohibidas desde el regreso a la democracia, son encamisadas y no son las que usan las fuerzas de seguridad que son de choque; que entonces, siguiendo con el relato del hecho, estando a menos de un metro de distancia, de haber salido la bala hoy Rinaldi estaría muerto; que a esto se referirá más adelante pero como el disparo no salió Méndez tiró el arma en el piso, sobre la vereda, además el plano muestra que está casi todo en el mismo lugar, el damnificado ve al imputado de espaldas, Castro dijo que por su estatura y peso tardó en salir del móvil y no pudo ver mucho por estar atrás y el conductor estaba estacionando, pero todos son contestes en que vieron una situación y la situación que se ve es este forcejeo, que la persona huye y luego el arma queda tirada, el damnificado explicó lo del arma y la testigo Pamela dijo que vio cómo le apuntó al policía, entonces lo que hace es emprender rápidamente la fuga para consumir el robo y para eso hábilmente en vez de tomar por la calle que tenía en la esquina, Jaramillo, tomó Ciudad de la Paz en sentido contrario al del tránsito para evitar que el móvil pudiera seguirlo y quien lo corre es Rinaldi, pasan Paroissien, en ésta dobla hacia Cabildo y nunca fue perdido de vista por Rinaldi, además éste vio al sargento Piris que tenía parada fija en esa esquina y le indicó que lo corriera, por lo cual Piris se sumó en ese tramo a la persecución y lo vio ingresar a la sucursal de “Coto” de Cabildo 4125 y también lo vio Rinaldi, luego en el interior del comercio lo que hizo fue tratar de hacerse pasar por un comprador ocasional, se sacó la campera pero seguía teniendo el dinero sustraído en sus pantalones y quedó con remera blanca, dejando la campera sobre las góndolas como dijo Piris, y cuando salió del supermercado fue detenido y se le secuestró de los bolsillos del pantalón la totalidad de los billetes extranjeros sustraídos a Calderón, resultando bastante raro, si no fueron sustraídos, que el imputado tuviera billetes árabes, euros, dinero de Tailandia, salvo que fuera un coleccionista, lo que no dijo cuando habló de condiciones personales. En cuanto al segundo hecho, le atribuye haber intentado dar muerte a Rinaldi en las circunstancias del robo agravado precedentemente reseñado, cuando el nombrado intentó impedir que se fuera e impedir el despojo conforme su deber por pertenecer a la Policía Federal, y resultó damnificado por el proceder de Méndez, que tuvo el claro designio de atentar contra su vida gatillando la pistola que tenía anulado el seguro, sin que saliera el tiro por no haber podido tirar la corredera y quedar trabada por una bala. Añadió que la pericia del arma de fs. 68 dijo específicamente que se observó un cartucho a bala trabado en la recámara de la corredera y también una leve limadura, es decir que tiene anulado el seguro; que además la pericia del subinspector Alé y su declaración en el juicio permitió aclarar varios puntos sobre la aptitud y funcionamiento del arma: primero, los dos proyectiles que fueron objeto de esta pericia, con estos proyectiles Alé probó el arma y cuando la probó el funcionamiento era normal, es decir no hubo funcionamiento anormal, y también aclaró sobre los problemas por los cuales se puede anular o haber funcionamiento anormal pero no los detectó en esta arma (problemas en el martillo, disparador, etc.) y fue muy claro cuando dijo que el arma tenía limado el seguro, por lo cual es doblemente letal ya que no hay nada que interrumpa la salida de una bala, lo que además está probado por la misma pericia que él hace, que determina que es apta para el fin específico y que el funcionamiento es más que normal, al tener limado el seguro; que entonces esta anulación o liberación del seguro

del cargador permite que el arma accione el sistema sin el cargador y la inhabilitación del seguro permitió efectuar disparos sin el cargador. Finalmente atribuyó a Méndez haber portado en condiciones inmediatas de uso y sin la debida autorización legal la pistola semiautomática de simple acción calibre 9 x 19 mm. R-02642, serie FN-T 295642, la cual resultó ser caracterizada como arma de guerra. Aclaró que el arma había sido denunciada como robada el 26 de abril de 2012, es decir días antes del hecho; y que las constancias de fs. 75, 89, 94, 97 y 100 dan cuenta justamente de esto pero la Fiscalía no va a imputarle el encubrimiento toda vez que el juzgado instructor remitió actuaciones a la U.F.I. provincial para que se investigue dada la cercanía temporal con el robo de la misma (fs. 100 a 103). Entendió entonces que los tres hechos quedaron corroborados con las siguientes pruebas: testimonio de la víctima Calderón, damnificado del robo, quien relató las circunstancias que reseñó al comienzo, que la persona que descendió de la moto, que dejó encendida, tocó timbre, luego se dio vuelta y prácticamente cara a cara lo encañonó con un arma que describió y reconoció en la sala, le pidió plata, él le dio algo, le pidió la cámara de fotos, que no tenía, lo trató de tranquilizar y con esto se empezó a ir pero luego regresó y le pidió más plata, le dio y lo tranquilizó con la cantidad de billetes, luego Méndez le pidió una caja con un helicóptero que tenía de regalo para su hijo, ante lo cual Calderón le pidió que no se lo llevara pero se lo llevó igual aunque después lo tiró; que estos dichos están acreditados con el acta de fs. 10, que documenta el hallazgo en el pantalón del imputado de billetes extranjeros de baja denominación, los cuales están fotografiados a fs. 16/21 y fueron entregados a fs. 50, habiendo señalado el damnificado en la audiencia que recuperó todo lo sustraído incluso el helicóptero y también dijo que la novia bajó, abrió la puerta, vio la situación y comenzó a gritar, lo que fue corroborado por su vecina, logrando él meterse en el edificio y entre ambos trataron de impedir que el imputado entrara al edificio, mientras ella gritaba “policía”, luego pudieron observar que paró un móvil y que bajó un uniformado que resultó ser Rinaldi, muy tranquilo, sin conciencia de la situación, y hubo algo como un forcejeo, el encausado tiró el arma en el piso y corrió, dejando la moto encendida, la cual reconoció en las fotos de fs. 63, reconociendo también el arma, la vestimenta y el casco del imputado; que también dijo que vio al muchacho correr para Saavedra de contramano y no vio si tenía el arma pero cuando salió del edificio el arma estaba tirada, lo cual corroboraron el chofer del móvil y la vecina en el debate; que además esto está corroborado por la declaración de Rinaldi, damnificado por el homicidio y preventor en el robo, quien dijo que oyeron un pedido de ayuda de una voz femenina, bajó del móvil y vio a una persona que pensó era cadete de delivery o de mensajería en la vereda o cerca de la calle, que le pareció una incidencia común aunque era el momento de la flagrancia del robo, aclarando que estaban todos uniformados, que intentó agarrar al muchacho del hombro pero éste le pegó en el brazo, se quiso zafar y cuando esta persona fue para atrás sacó el arma de la cintura y cree que no le dio el tiempo para darle bien a la corredera, Rinaldi no le había visto el arma pero lo esquivó le apuntó con el arma y le disparó, como ya mostró la Fiscalía, siendo muy preciso en decir que vio cuando Méndez accionaba la cola del disparador y como el disparo no salió porque la bala quedó trabada la tiró al suelo y salió corriendo, en fracción de segundos; que además explicó que vio cuando le dio el “dedazo”

Poder Judicial de la Nación

al arma, sin extender el brazo, es decir que si el tiro salía le daba ya que estaba a un metro, pero por suerte estaba trabada con la bala en recámara, y dijo que como mínimo accionó el disparador una vez, señalando también que como el imputado salió corriendo dándole la espalda Rinaldi no le encontró sentido a sacar el arma y disparar y como el imputado había tirado el arma menos aún tenía sentido usar el arma de fuego, por lo que correctamente lo corrió sin perderlo de vista, también corrieron de Castro y Piris que se sumó a la persecución entrando al supermercado “Coto” que ya mencionó, donde se sacó la campera, saliendo luego con remera blanca y fue el único momento en que lo perdieron de vista, pero al salir fue detenido. Asimismo ante su pregunta de cómo se debe proceder cuando hay una persona con arma de fuego, si se sabe que tiene un arma, primero hay que decir “alto policía”, exhibir el arma y esperar la reacción del sujeto pero en este caso no lo vio, no tuvo tiempo, y pensó que era una incidencia menor; que además reconoció la vestimenta de esta persona en la foto fs. 61, la moto a fs. 63 y el casco dijo que en la huida Méndez lo tiró pero no le dio importancia porque se enfocó en el arma, que reconoció en el juicio; que también se escuchó a de Castro, quien coincidió con Rinaldi en la manera en la que recorría, que oyeron los gritos de auxilio, que bajó primero Rinaldi, luego vio que éste quería agarrar a un individuo y éste salió corriendo, yendo Rinaldi atrás de él, que en ese momento vio el arma tirada y se sumó a la persecución, también corroboró que se quedó afuera de “Coto” y fue el único momento en que lo perdió de vista, aunque Piris sí entró al supermercado, saliendo el imputado salió con remera blanca y fue detenido, secuestrándosele los billetes que fueron exhibidos, habiéndose descartado la campera dentro del local; que además le llamaron la atención los billetes que eran de diversos países y estaban en el interior del pantalón del detenido y finalmente confeccionó el plano de fs. 14. En cuanto al agente Piris dijo que estaba de parada, que vio a un masculino que corría por Cabildo hacia Gral. Paz, detrás corrían Rinaldi y otro personal más, le pidió que lo siguiera y así lo vio entrar al supermercado mencionado, sin perderlo de vista, advirtiéndole que tiraba la campera sobre una góndola. Asimismo destacó que el acta de detención tiene la hora 21, es decir que desde que comenzó el hecho hasta la detención no pasaron ni treinta minutos; que el otro testigo es el chofer del móvil, Olariaga, quien dijo que oyeron gritos de mujer, que bajó Rinaldi, el estacionó y bajó último, hubo un cruce de palabras entre Rinaldi y el imputado, pensando ellos que era una incidencia menor, luego vio que Méndez forcejeaba con el principal y corría, quedando en el lugar del forcejeo el arma luego secuestrada, que reconoció en el juicio; que como ya dijo también se escuchó al perito Ale, que se expidió sobre la idoneidad del arma, señalando que si el resorte recuperador de la corredera estuviera inhabilitado el subinspector no podría haber hecho la prueba con las dos balas y no habría sido el arma apta para producir el disparo; que por su parte la testigo Pamela Rodríguez, vecina y amiga de la novia del damnificado, dijo que regresaba éste de un viaje, que oyó gritar “policía” a su vecina y vio a una persona delgada, de ropas oscuras, que trataba de robar con un arma al novio de su amiga, vio también una moto, que paró el móvil policial del cual bajó un policía en forma tranquila y esta persona le apuntó con un arma, cuyo tamaño mostró con sus manos. Valoró igualmente los planos de fs. 6 y 14, que marcan el sentido de la persecución y la ubicación del supermercado y destacó que ni Rinaldi, ni

Castro, ni Piris perdieron de vista a Méndez en ningún momento ni el cambio de vestuario que realizó dentro de “Coto”, y quedó claro que se sacó la campera para eludir al personal policial; que entendió entonces que las declaraciones de todos los testigos más la prueba incorporada son contestes y claras y Calderón, sin conocimientos en balística, identificó el arma por el calibre, que coincide con el acta de secuestro; que también tiene en cuenta las fotografías de fs. 51, 52 y 62, el peritaje de fs. 68, el de fs. 75 que informa que el arma no es de la Policía Federal y fue dada de baja, estando adjudicada al suboficial mayor de Santos; que los dos cartuchos resultaron aptos para el disparo, según el peritaje de fs. 129/132, y en cuanto a la moto los testigos fueron contestes en señalar su presencia y ubicación, que quedó encendida, obrando a fs. 5 el inventario de la moto, a fs. 72 la constancia de la titularidad del imputado, a fs. 63 las vistas de la moto, y que el casco de fs. 61 fue reconocido por los testigos como de características similares y todos dijeron que lo tenía en la mano, que lo dejó tirado y fue secuestrado en el lugar del hecho. Aclaró que se detendrá en el tema del homicidio y consideró importante valorar el testimonio del subcomisario Rinaldi porque refirió cómo pensó que era una incidencia común y por eso bajó así tranquilo, de manera conciliadora, lo tomó del brazo, la persona se soltó, luego escuchó un ruido y esta persona le disparó, y dijo que si hubiera pensado que estaba armado no habría descendido de esa manera, solo, sin mínimas precauciones, que tampoco vio el arma porque Méndez tenía campera y casco y la tenía a la altura de la cintura, además la mujer que gritaba no lo alertó sobre que estaba armado, luego el muchacho se quiso zafar, accionó la cola del disparador, el disparo no salió, tiró el arma al suelo y se fue corriendo, todo esto en fracción de segundos, pero si el tiro hubiera salido con ese tipo de munición, prohibida, Rinaldi estaría muerto, pero gracias a que una bala quedó deteniendo la salida del disparo no lo mató. Entendió además que la limadura del seguro era conocida por Méndez, ya que conforme la prueba que relató tenía un último propietario y el arma fue denunciada como robada en extraña jurisdicción, además en el RENAR nada indica que este tipo de pistola viniera sin el seguro que impide la salida del tiro; que además Méndez la tiró al piso cuando no funcionó luego de que gatillara al menos una vez, ofuscado, y salió corriendo; que todos los testigos son contestes en que hubo una discusión, un forcejeo, un movimiento, dónde quedó el arma y fue clara la vecina que dijo que vio cómo él apuntaba y la fuga; y que entonces entiende que el imputado siempre supo que en el caso de utilizar el arma que portaba, al tener el seguro limado, el tiro saldría inevitablemente porque el seguro impide que el tiro salga. En cuanto a la portación del arma, señaló que del acta de fs. 4 y de los testimonios recibidos se desprende que en las conductas desplegadas por Méndez utilizó la pistola Browning calibre 9x19 cuya numeración ya mencionó, cargada con cartuchos aptos para el tiro, sin la debida autorización conforme el informe del RENAR incorporado por lectura. Calificó el hecho del que responsabiliza a Méndez como autor de robo agravado por haber sido cometido con arma de fuego (art. 166 inciso 2º, segundo párrafo C.P.), en grado de tentativa, en concurso real con portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis apartado 2, párrafo cuarto, C.P.), en función del art. 5 inciso 1 apartado a) del decreto 395/75 y decretos modificatorios 1039/89, 64/95, 821/96 y reglamentarios de la ley 20429, concurriendo en forma real también con tentativa de homicidio doblemente

Poder Judicial de la Nación

agravado por ser cometido contra un miembro de la fuerza policial y con el objeto de perpetrar el resultado de un delito anterior, el robo (art. 80 incisos 7° y 8° C.P.). En primer lugar, destacó que se probó que se valió de una pistola semiautomática cargada con cartuchos aptos, que se apoderó ilegítimamente de dinero de propiedad de Calderón, para lo cual se valió de intimidación con exhibición de un arma de fuego, lo apuntó y le exigió la entrega del dinero, por lo que la conducta no se agota en el tipo básico sino que se ve agravada en los términos del inciso 2° párrafo 2° del art. 166 C.P.; que además el arma no tenía el seguro en el cargador, extremo que para Calderón y para el robo incrementó el poder ofensivo del arma; que este Tribunal ya ha señalado cuáles son las circunstancias que agravan el robo y adhiere a los criterios de tipo objetivo, poniendo el acento en la calidad y aptitud del arma utilizada, que aquí claramente tiene mayor poder vulnerante; y que el hecho quedó tentado porque el imputado se dio a la fuga pero no se lo perdió de vista, se lo detuvo a las 21 y el dinero fue recuperado en su totalidad, citando al respecto lo resuelto por el Tribunal en la causa n° 4285, “Cabanes, José Manuel y otro”, el 9 de septiembre ppdo. sobre la falta de un poder real de disposición sobre bienes sustraídos. En cuanto a la tentativa de homicidio doblemente agravada, destacó que es sabido que a diferencia de los tipos penales especiales, delitos complejos, hay una tendencia a lo que se llama la sociedad de riesgo y se hace mucho hincapié en considerar decisivo el significado normativo de la acción en estos tipos y bienes jurídicos, y en los delitos de tipo “tradicional” como el homicidio, el robo, no está de acuerdo con considerar decisivo el significado normativo de la acción sino que es importante determinar con la mayor objetividad la modificación del mundo exterior operado por el agente, es decir que en este caso la Fiscalía adhiere a los criterios de este Tribunal en causas de homicidios consumados o tentados que es la posición doctrinal de Roxin, citando algunas de estas sentencias del Tribunal por ejemplo la dictada en la causa n°2361, “Concha, Alejandro”, donde se consideró que habrá dolo cuando se corresponda con el plan del autor objetivamente considerado, que no se trata de averiguar empírica o subjetivamente todo el fenómeno psíquico interno que pudo haber tenido Méndez en ese momento pues estos fenómenos están ocultos, infranqueables, en la profundidad de su mente, no hay método científico para verlo, pero como sostuvo el Tribunal en esa causa el elemento revelador es la exteriorización del sujeto, de palabra o por actos concluyentes en el momento de llevar adelante la acción típica, y en este caso no hay palabra sino que es el acto, es decir el conocimiento del hecho, la circunstancia esencial, y ante qué situación se puede afirmar que concurre una exteriorización de conocimiento efectivo que haga al dolo, y obviamente la Fiscalía entiende que en este caso con la prueba colectada afirmó que Méndez había robado, vio bajar a Rinaldi del móvil y pensó que iba a impedir el resultado del robo, entonces intentó matarlo para continuar con el plan delictual que tenía, sin embargo reiteró que la conducta de Méndez, caprichosa si se quiere, al no salir el tiro, demostró que todo esto formaba parte de su plan previo, ya que lo que él tenía pensado era usar el arma para robar y para hacer con ella todo lo que fuera necesario para lograr el robo. Sin perjuicio de esto destacó que la Cámara de Casación ha indicado en distintos fallos, específicamente sobre la figura del homicidio “criminis causa” que no exige concurrencia de dicha preordenación anticipada del hecho conexo, pero la

Fiscalía entendió que sí porque adhirió al criterio objetivo, no obstante lo cual citó fallos que sostienen esto y que basta con que el fin delictivo funcione como motivo determinante para el homicidio, mencionando así el fallo de la Sala VII, causa “Ortiz, Diego”, del 19 de agosto de 2005, “Matis”, del 19 de junio de 2005, y “Acosta, María”, del 17 de diciembre de 2003 del T.O.C. 9. Añadió que en la citada causa “Concha” el Tribunal entendió que el homicidio se configura a través de la siguiente ecuación: un delito es el medio y otro es el fin, y esta Fiscalía entendió que el delito que fue el medio fue el homicidio y el otro delito que es el robo en nuestro caso es el fin y ambos están conectados subjetivamente para o por, el dolo directo, citando en este aspecto el fallo de la Dra. Ledesma de la Sala III en la causa “Rainieri, Renzo”, que comparte fundamentalmente las teorías objetivas. Añadió que lo que sí se exige y aquí se ve es que Méndez advierta que con ese resultado le constituye no una posibilidad incierta sino cierta el haber disparado con su accionar y así y todo llevó adelante su acción, y ese dolo de matar a Rinaldi fue para asegurar la impunidad del robo, no reclamó un propósito preordenado, sólo exigió que Méndez decidiera tirar y confundiera con la ejecución del disparo mortal que se tomó en el momento mismo del hecho con el propósito de asegurar la disposición de lo robado y lograr la impunidad; que en este sentido el homicidio “*criminis causa*” es una figura cuyo agravante se basa en la conexidad con otro delito, en este caso la apropiación del dinero de Calderón; que Méndez estaba frente a Rinaldi, a distancia menor de un metro, sabía que tenía un arma, que tenía limado el seguro, que el almacén del arma estaba completo y la accionó, gatilló, con intención de atentar contra la vida de Rinaldi, lo cual se corroboró con el soltarse bruscamente para posibilitar apuntar y disparar, accionar la corredera quedando una bala trabada y gatillar más de una vez contra Rinaldi. Entendió que su dolo no se agotó en el atentado contra la propiedad, y en ese preciso instante en que se sacó de encima a Rinaldi se direccionó contra la vida de éste, quien cumpliendo su función de policía intentó detenerlo tomándolo como medio para alcanzar la impunidad del despojo a Calderón. Reiteró la actitud impulsiva del imputado cuando no salió el disparo y no logró el objetivo de matar, ya que tiró el arma dándose a la fuga; que además Rinaldi es miembro de una fuerza de seguridad y la agravante del inciso 8 del art. 80 que citó se funda en el mayor peligro en que están expuestos a diario en el cumplimiento del deber; que el peligro de lesión al bien jurídico vida de Rinaldi se dio en circunstancias en que estaba cumpliendo con su deber y esta situación era conocida por Méndez, pues vio el móvil policial y que bajaban tres uniformados, sabía que estaban trabajando de policías y ese accionar motivó la actitud de Méndez, le dio un indicio de que no iba a poder llevar adelante la consumación del despojo, siendo imposible que no hubiera notado la presencia del móvil y de tres uniformados, pues lo dijo el testigo y entonces no podía no saberlo Méndez. Agregó que las razones de esta agravante partieron de que el Estado está actuando porque tiene el monopolio de la fuerza pública, y cuando este monopolio es agraviado se entendió que toda la sociedad se ve afectada ante el desprecio mismo de la autoridad y las instituciones, “se esta despreciando a la sociedad misma”; que cuando se hizo la reforma se habló de la validez de agravar la figura cuando hubiera ciertos funcionarios que tienen un deber jurídico que observar que no tiene cualquier ciudadano, éstos no tienen el deber de intervenir sino que es una facultad; que Carrara en su

Poder Judicial de la Nación

“Programa”, obra más importante y cumbre del derecho penal sobre esta cuestión señaló que no es que una vida valga más que otra sino que es la ofensa que se infiere a la autoridad o a algún valor superlativo o equivalente. Consideró entonces que Méndez debe responder como autor de robo agravado por haber sido cometido con arma de fuego (art. 166 inc. 2° párrafo 2° C.P.), en concurso real (art. 55) con portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis apartado 2°, párrafo 4°), y en concurso real con tentativa de homicidio doblemente agravado por ser contra un miembro de la fuerza policial y para perpetrar otro delito (art. 80 incs. 7° y 8°), aclarando que se atenta contra bienes jurídicos diferentes: la propiedad, la vida y la seguridad pública, y en cuanto al concurso cita los fallos “Herrera, Miguel” y “Tiberievich”, de la C.N. de Casación Penal, y también “Carballo, Juana Isabel” de este Tribunal. Asimismo consideró que no existen causas de justificación ni de inculpabilidad, atento a lo que surge de los informes médico legales; que tampoco existen atenuantes, y como agravantes tuvo en cuenta la corta distancia a la que se encontraba Méndez respecto de la víctima en el primer hecho y de Rinaldi en el segundo, lo que no permite suponer otra consecuencia que la intención de matar en el segundo caso, la falta de seguro del arma, haber disparado y darse a la fuga aunque le dieron la voz de alto, que no recapitó en su previo plan delictual, no se motivó en el respeto del derecho ajeno sino que además le tuvo sin cuidado e ingresó a un comercio para quitarse la vestimenta y eludir el accionar policial, y teniendo en cuenta el certificado de antecedentes incorporado y la pena única que registra, solicitó se le imponga la pena de dieciséis años de prisión, de cumplimiento efectivo, con accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 80 incisos 7° y 8°, 166 inc. 2° párrafo 2°, y 189 bis apartado 2 párrafo 4° C.P.) y la pena única de veintitrés años de prisión, con accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3°), comprensiva de la condena de nueve años y tres meses de prisión que registra, debiéndose revocar la libertad condicional concedida por el Juzgado de Ejecución n°1 y declararlo reincidente. Asimismo requirió el decomiso de la moto del dominio del imputado, la llave, el casco y el arma por aplicación del art. 23 C.P.N.-

V. Por su parte la **Dra. Graciela De Dios** a la hora de alegar, expresó que con respecto a la tentativa de robo que su asistido aceptó su responsabilidad en los hechos, por lo que no puede discutir su materialidad, pero señaló algunos aspectos respecto de la aplicación de la pena y en este sentido destacó que Méndez admitió su responsabilidad lisa y llana y demostró arrepentimiento y conforme autorizada doctrina como Patricia Ziffer, en “Lineamientos de la determinación de la pena”, siguiendo a la doctrina alemana, tuvo en cuenta que su pupilo ha colaborado e hizo algo que el derecho no le exige, lo cual debe tenerse en cuenta como atenuante, aspecto que la Fiscalía no valoró. Asimismo entendió que deben tenerse en cuenta las condiciones personales del imputado que surgen del informe socioambiental, su escasa educación, las condenas anteriores que deben ser valoradas como atenuante ya que estuvo detenido con un fin de resocialización pero el Estado ha fracasado en su tratamiento respecto de esta persona, los efectos de la prisonización, la separación de su familia, que es una persona joven, tiene dos hijos, que estaba trabajando y a la espera de otro bebé, circunstancias todas que deben tenerse en cuenta conforme las pautas de los arts. 40 y 41 C.P. Con respecto al hecho restante, la

supuesta tentativa de homicidio respecto de subcomisario Rinaldi, su asistido declaró y desde la instrucción señaló que en ningún momento tuvo el propósito de atentar contra la vida de ninguna persona, que se desarmó y continuó su huida, que fue corrido por varios policías hasta que fue detenido a la salida del supermercado “Coto” de Cabildo y Paroissien, y que en ningún momento admitió haber querido atentar contra la vida de Rinaldi. Además cabe preguntarse qué sentido tendría hacerlo contra un solo policía si había tres en el lugar; que tampoco hubo testigos que corroboren que estaba en el lugar de los hechos y Wierna no vio la supuesta exhibición del arma a Rinaldi, por lo que hay una contraposición de dichos entre Méndez y Rinaldi; que además de Castro que estaba a poca distancia y bajó del móvil segundos después tuvo de espaldas a Rinaldi y de frente a Méndez, y de haber sucedido como dice Rinaldi tendría que haber visto lo sucedido al igual que el chofer Olariaga, que si bien bajó después y unos metros más adelante, tampoco vio esta circunstancia, oyó un cruce de palabras, vio forcejeos, y recién vio el arma cuando se retiraban del lugar; que de Castro también dijo que el encausado arrojó lo que tenía en la mano y Wiener dijo que en la huida tiró el casco, entonces cabe preguntarse cómo podría haber dispuesto de sus manos para realizar esta actitud que le quiere atribuir Rinaldi. Agregó que su asistido mostró a la policía que estaba desarmado por el temor porque lo perseguían y podría ser eventualmente víctima de un tiroteo, pero lo que no quería era quedar detenido ya que había cumplido pena de prisión y por eso huyó; que no hay un testimonio contundente sobre esta supuesta exhibición del arma para provocar un daño en cuerpo de Rinaldi; que la testigo Pamela Rodríguez dijo ser amiga de la novia del damnificado, por lo que la comprenden las generales de la ley, además era de noche, en el mes de mayo, en una zona arbolada y no de tanta iluminación, y esta testigo afirmó que por el balcón vio a alguien que levantaba la mano y apuntaba, pero esto no lo vieron de Castro, Wierna, ni Olariaga; que evidentemente después de sucedidos los hechos, por la situación de nervios, hubo una conversación entre las partes y de allí lo reproducido por la testigo, pero los integrantes del móvil no lo presenciaron; que además Rinaldi dijo haber estado a menos de un metro y la señorita de arriba a dos metros, lo cual no se condice ni siquiera con el propio relato de Rinaldi, es decir que hay fisuras como para dar crédito a la versión de Rinaldi y desvirtuar la de su asistido. Por otro lado destacó que ninguno de los cartuchos estaba percutido, y así surge del acta de fs. 4 y del informe de fs. 68 del armero, que depuso en el debate, señalando que había ocho cartuchos en el cargador y una bala trabada en recámara, además el informe de fs. 130 mencionó nueve cartuchos intactos, es decir no fueron percutidos como para potencialmente provocar daño a Rinaldi; que éste además hizo el gesto de cómo fue supuestamente amenazado por Méndez, señaló a corta distancia, a la cintura, pero sólo él vio esta situación, en cambio Pamela Rodríguez señaló otra situación completamente diferente, y aun cuando creyéramos que Rinaldi trató de impedir que Méndez se fuera dándole un “hombrazo”, no le dijo “alto policía”, o “joven qué haces”, o alguna actitud como para decir que esto pudo haber sucedido, y tampoco fue oído por Castro u Olariaga. Asimismo señaló que debe tenerse en cuenta que se recuperó la totalidad de lo sustraído a Wierna Calderón. El Dr. Riccardini –Defensro Ad-Hoc-, de manera subsidiaria al planteo de su colega, para el caso de que el Tribunal considere acreditado el

Poder Judicial de la Nación

hecho que supuestamente damnificó a Rinaldi, consideró que de todos modos se impone un temperamento remisorio ya que se trata de un hecho atípico, de un caso de tentativa aparente según la doctrina, ya que no había posibilidad de lesión o de peligro al bien jurídico protegido vida, pues era imposible que se efectuara ese disparo. Añadió que a partir del acta de secuestro de fs. 4 sabemos que cuando se secuestró la pistola ésta tenía una bala trabada en la recámara, y el informe pericial de fs. 68 del armero de la seccional establece que la pistola estaba cargada con ocho cartuchos en cargador y uno trabado en recámara/corredera, por lo que efectivamente era imposible que el disparo se realizara y la bala quedó trabada; que cabe preguntarse en qué momento se habría producido esto y la Fiscalía sostuvo que fue el momento en que Méndez luego de abordar a Wierna se dirigió a Rinaldi y allí presuntamente y con la mano izquierda hizo un movimiento hacia la derecha, trató de accionar la corredera hacia atrás y desde la cintura hizo intento de disparo, pero esto no fue lo que relató Rinaldi, que no hizo referencia a este intento de cargar con la mano izquierda la pistola, sólo dijo que con la derecha a la altura de la cintura sacó la pistola y apuntó en principio contra su persona, por lo que no puede haberse producido ahí ese desperfecto sino que, al contrario, esto ocurrió mucho antes, cuando abordó a Wierna Calderón con fines de desapoderamiento. Añadió que al ser interrogado el perito en balística sobre si la bala podía trabarse cuando se desplaza la corredera hacia atrás dijo que era una de las posibilidades, y esto debe concatenarse con los testimonios de Rinaldi y de Wierna, pues este último dijo que Méndez le exhibió un arma y deslizó la corredera hacia atrás, y esta parte entendió que fue allí donde se trabó la bala pues hay elementos que así lo acreditan, y en este sentido Rinaldi relató esta circunstancia según lo que le dijo Wierna Calderón, que dijo que el damnificado le comentó que Méndez quiso hacer una recarga y se le trabó la vaina en la corredera, y debe haber sido una inferencia pero es lo más probable que haya ocurrido, es decir que en el momento en que Méndez se da vuelta y se dirige hacia donde estaba Rinaldi ya no había posibilidad de que se afectara el bien jurídico vida, ni siquiera de que se lo pusiera en peligro, pues era imposible efectuar cualquier tipo de disparo. Agregó que la doctrina ha tratado temas similares, por ejemplo Zaffaroni, Alagia y Slokar en el “Tratado” se refieren a los supuestos de tentativa aparente y señalan que en estos casos no hay tentativa por ausencia de tipo o de tipicidad sistemática, cuando ex ante el medio elegido carece de cualquier idoneidad para consumir el hecho (pág. 832); que podría decirse que ex ante la pistola era apta para producir disparos, pero en el momento en que se produce la acción no era idónea para producir el resultado, lo cual debe evaluarse ex ante, y una posición en contrario implicaría una violación al principio de lesividad, pero en las tentativas aparentes no es necesario analizar esto, ya que se trata de casos de atipicidad sistemática. Añadió que la Fiscalía pretende subjetivizar al máximo el tipo con el uso de la teoría subjetiva de la tentativa, a tal punto que ni siquiera repara en las circunstancias de hecho en que se llevó a cabo el episodio y la imposibilidad de efectuar el disparo, y parte exclusivamente de los elementos del tipo subjetivo, lo cual está prohibido y no se ajusta al estado de derecho; que ello también encuentra correlato en la jurisprudencia de la Sala II de la Cámara de Casación, en la causa n° 14.236 “Naranjo, María Laura y otros”, del 12-3-13, caso sustancialmente análogo, donde se señaló que no había dudas de que el valor vida no

fue puesto en peligro pero había que determinar si según la intención del autor podía tenerse por acreditado el tipo, siendo las consideraciones allí vertidas son aplicables a este caso, y si partimos de que resultaba imposible que se consumara el delito de homicidio y siquiera se pusiera en riesgo el bien jurídico vida, esto tiene extensión a los demás hechos, al que damnifica a Calderón pues el arma dejó de ser idónea para sus fines, por lo que mal podría agravarse el robo en los términos solicitados por la Fiscalía. Añadió que además conforme el art. 166 inc. 2º párrafo 2º C.P.N., mal puede considerarse arma a una pistola no apta para sus fines específicos, y lo mismo respecto de la portación de arma de fuego de uso civil condicional, ya que en tales condiciones no puede considerársela un arma idónea y en consecuencia no era apta para vulnerar el bien jurídico protegido por la figura del art. 189 bis; y que en última instancia quedaría remanente la figura de robo simple en grado de tentativa, la cual correspondería aplicar. Asimismo señaló que si el Tribunal no comparte lo dicho respecto de que el medio ex ante no era idóneo y considera que sí lo era, estaríamos frente a una tentativa de delito imposible de homicidio calificado, si ex ante el medio era idóneo, lo cual no comparte, y ex post no había posibilidad de consumir el resultado, corresponde aplicar el atenuante del art. 44 última parte, último párrafo, C.P., ya que no había posibilidad de consumir el delito desde que el arma tenía la bala trabada, por lo que correspondería aplicar esta figura atenuada que mencionó. En cuanto al aspecto subjetivo del delito de homicidio que la Fiscal estimó probado, consideró que analizando sólo el aspecto subjetivo mal podría hablarse de dolo directo, pero hay elementos para sostener que no hubo dolo directo, ni siquiera eventual, y esto lo dice porque contamos con el testimonio de Rinaldi, presunto damnificado y quien estaba más cerca del imputado; que esta defensa efectuó esta misma acción que describe Rinaldi y no logró elevar la pistola más allá de la línea media, entonces de haberse efectuado ese disparo no habría estado dirigido contra un órgano vital de Rinaldi y pudo haber estado dirigido contra sus miembros inferiores, consecuentemente no podría hablarse de homicidio, sólo de un eventual delito de lesiones que es de resultado, e incluso el disparo podría haber sido dirigido contra el piso y hablaríamos entonces de un abuso de armas, todo lo cual habla a las claras de la debilidad de la acusación en cuanto al aspecto subjetivo, ya que no es un disparo que no impactó sino un disparo que ni siquiera se realizó, entonces no puede decirse que en el ánimo del autor estaba el designio de atentar contra la vida de Rinaldi, y la ulterior finalidad no podemos conocerla sino por elementos objetivos, no sabemos qué estaba pensando el autor, podría por ejemplo haber querido hacer un disparo al piso o contra los miembros superiores para amedrentar al personal policial, lo cual daría en todo caso una figura de dolo eventual pero reitera que ello no está probado, por todo lo cual solicitó se absuelva a su pupilo por la tentativa de homicidio calificado. En cuanto a las agravantes escogidas por la Fiscalía, con respecto al art. 80 inc. 7º, más allá de lo que ya dijo, sostener que ese disparo hacia el subcomisario tenía por finalidad procurar su impunidad, a la luz de la lógica y la experiencia parece poco probable ya que a escasos metros tenía dos uniformados y tenían a disposición un móvil policial para detenerlo, por lo que no puede decirse que hay una ultra finalidad de procurar su impunidad; tampoco hay preordenación y en este sentido cita a Ricardo Levene, “Manual de Derecho Penal”, 1976, pág. 80, y teniendo en cuenta la

Poder Judicial de la Nación

rapidez con que sucedió el hecho no puede hablarse de una preordenación sino que parece ser algo circunstancial u ocasional, por lo que no se configuraría la agravante. En cuanto a la calificante del art. 80 inciso 8°, se vio en la obligación de plantear la inconstitucionalidad de esta figura, ya que violenta el principio republicano de gobierno establecido en el art. 1 de la Constitución y de la racionalidad de todos los actos de órganos del estado, y además constituye una flagrante violación al principio de igualdad ante la ley, ya que distingue a ciudadanos de mayor o menor categoría según si pertenecen o no a la fuerza policial, lo que resulta contrario al art. 16 C.N., que claramente establece igualdad ante la ley de todos los habitantes, y de aplicarse la norma que cuestiona la vida de uno valdría más que la de otro; que más allá de ello hay un artículo de Julio César Castro, publicado en La Ley 2003-A, en el que hace un análisis de los antecedentes normativos, los fundamentos y la discusión parlamentaria de la ley 25.601, de la cual es un antecedente la ley 18953 de 1971, que era una ley de ipso que fue modificada y se adicionaron algunas circunstancias con la ley 21.338, pero esto fue derogado con el restablecimiento de la democracia y restaurado en 2002 con esta reforma. Añadió que los antecedentes parlamentarios también son llamativos pues parecen reconocer que el aumento de pena no es la solución pero existió una suerte de solidaridad ante una serie de hechos delictivos con víctimas policías y por ello se sancionó esta ley; que los propios legisladores, conforme lo señala en su artículo el Dr. Castro, admitieron que esta ley no iba a lograr los fines que está estableciendo, por lo que sólo cabe declarar su inconstitucionalidad; que además implica una violación al principio de igualdad que tampoco pasó desapercibido a los legisladores como los legisladores Vargas, que se opuso por considerar que se otorgaba mayor valor a la vida de algunos, Stolbizer y Garré, que señalaron que la ley podría ser inconstitucional por afectar el principio de igualdad ya que la vida de los civiles valdría menos que la de los policías, es decir que los propios legisladores advertían esas debilidades al momento de la sanción de la ley, por todo lo cual debe declararse su inconstitucionalidad. Finalmente se refirió a la forma en que la Fiscalía hizo concurrir las figuras, y adelantó que discrepó con lo argumentado por ese Ministerio Público pues consideró que no hay concurso real sino en todo caso un concurso aparente, ya que la figura de portación quedaría subsumida en el robo con armas que es la de mayor penalidad, y reprimirla autónomamente afectaría el principio del “ne bis in idem” pues en definitiva se penaría dos veces la misma conducta, y en este sentido existen múltiples fallos como el de la Sala III de la Cámara de Casación, “Prada Ponce, Alexis Juan”, causa n° 5387, del 31 de agosto de 2005, señalándose que la ley ya contempla el empleo de un arma en la figura. En cuanto a la pena, consideró elevado el monto punitivo solicitado por la Fiscalía, esto es una pena única de veintitrés años pues debe tenerse en cuenta que Méndez tiene dos hijos menores de edad, y vinculado con ello plantea la inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria de los arts. 12 y 19 C.P. que incluye la privación de la patria potestad, la prohibición del derecho a voto, de disponer de sus bienes por actos entre vivos y la pérdida de los derechos sociales, por lo que consideró que se viola el principio de proporcionalidad de las penas ya que la naturaleza del hecho no tiene ninguna relación con estas penas accesorias, lo cual deja entrever su irracionalidad. Con respecto a la incapacidad civil y la pérdida de la patria potestad, salvo para casos específicos que estén

ligados al delito cometido, entendió que la aplicación automática a los casos de penas de más de tres años es claramente lesiva de derechos constitucionales y así lo señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, pues no puede impedirse a los padres ejercer sus derechos mientras sus hijos sean menores y no emancipados y sería una pena cruel, que viola la proporcionalidad mínima entre el injusto y la pena cuando el delito no fue cometido en perjuicio de los menores; y que además se vulnera el interés superior del niño pues el hecho de que sea condenado a prisión no implica que no pueda ser un buen padre, y en el caso de Méndez éste colaboraba con su manutención. En cuanto a la administración de los bienes entendió que caben idénticas consideraciones y a ello se refieren los tratadistas ya que el derecho civil estableció distintos medios para poder disponer de los bienes, por ejemplo a través del mandato, por parte de quien está detenido. En cuanto a la privación del derecho electoral consideró que se contraponen claramente con el art. 37 C.N., que garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, además a quien se excluye del derecho a voto es la parte más vulnerable de la población y la magistratura no puede tolerar normas de estas características. Agregó que en este sentido se expidió el Tribunal Superior de Justicia sobre la inconstitucionalidad, por lo que entendió que no es necesario profundizar en el tema. Finalmente, en cuanto a la suspensión del goce de toda jubilación consideró que merece idénticos reparos pues resulta confiscatoria e implica una trascendencia de la pena a terceros, como señalan Zaffaroni y los demás autores citados, además en ese período efectuaría aportes, por lo que se trata de una pena confiscatoria; y por razones de brevedad se remitió al voto del Dr. Martín en la causa “Serveira y otros”, n° 3537, del Tribunal Oral n° 15 donde se expresó sobre la inconstitucionalidad de este instituto. Respecto de la reincidencia, no profundizó en la cuestión atento que el Tribunal ya tiene una postura respecto de su constitucionalidad y considera que vulnera los principios de culpabilidad, de resocialización y del “ne bis in idem”, remitiéndose entonces a los precedentes del Tribunal para plantear la inconstitucionalidad del instituto. Asimismo reiteró las consideraciones de la Dra. de Dios y entendió que el Tribunal no puede apartarse del mínimo legal para el delito de robo simple tentado y en cuanto a la pena, debe tenerse en cuenta que Méndez tiene dos hijos menores en edad escolar y que la pena tendrá trascendencia sobre ellos, el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, las dificultades del encausado para ganarse el sustento, su bajo nivel socioeconómico, la condena anterior que registra y las dificultades que experimentan las personas que estuvieron en el sistema penal para procurarse un empleo en el medio libre, todo lo cual pidió se tenga en cuenta para graduar la pena.-

VI.- Respecto de las inconstitucionalidades planteadas la Sra. Fiscal General, Dra. Cuñarro, expresó: 1) con respecto al art. 80 inciso 8°, entendió que no se dan los elementos propios de la inconstitucionalidad, que no se viola la proporcionalidad ni la lesividad, y como ya dijo, Carrara en su “Programa” este delito tienen que ver con una ofensa a la autoridad por lo que pidió se rechace el planteo; 2) en cuanto a los arts. 12 y 19 C.P. se remitió a los fallos de las Salas II y IV de la Cámara de Casación, que en seis fallos han señalado que tales normas no son inconstitucionales, y se remitió a los argumentos

Poder Judicial de la Nación

sostenidos en esos casos por los Fiscales Generales; 3) en cuanto a la reincidencia mantuvo su posición sobre su constitucionalidad, si bien conoce la postura del Tribunal.-

EL DR. VÁZQUEZ ACUÑA DIJO:

VII. Materialidad y responsabilidad:

Las probanzas allegadas al debate permiten sostener que el 7 de mayo de 2012, alrededor de las 20.30, en oportunidad en que Cristian Wierna Calderón iba a ingresar al edificio de la calle Ciudad de la Paz 3730 fue interceptado por Matías Méndez (o Maximiliano Matías Méndez), quien arribó al lugar a bordo de su motocicleta marca “Famsa”, modelo “Supernova 150”, color negro con dominio 556-GYW, y lo apuntó con la **pistola FN-Browning, nro. R-02642, serie FN-T295642, calibre 9mm., con la inscripción en su lateral “Fabrique Nationale d’Armes de Guerre- Herstal Belgique Browning Patent deposee”, con escudo de la Policía Federal y cargada con ocho cartuchos a bala -con puntas encamisadas de morfología ojival redondeada- en su cargador y uno en la recamara**, la cual previamente extrajo de su cintura, a la vez que le exigió la entrega de dinero y bienes que tenía en su poder; que en una primer instancia la víctima le entregó una cierta cantidad de dinero compuesta por billetes de curso legal de distintos países, y al no quedar conforme volvió a exigirle más, haciéndole entrega de otro tanto, siendo que al mismo tiempo se apoderó de un helicóptero que era un regalo para su hijo; que seguidamente el damnificado accedió al edificio, mientras que el imputado se dirigió hacia su moto para alejarse del lugar; al advertir la presencia de un patrullero, repentinamente Méndez se dirigió a la puerta del inmueble, para intentar entrar al mismo; que por gritos de la novia de la víctima quien requería auxilio, personal policial que transitaba por el lugar en un móvil, se detuvo a unos metros del edificio y bajó del mismo el Principal Marcos Andrés Rinaldi, vestido con su uniforme reglamentario, para indagar sobre lo que estaba sucediendo, pues creyó que se trataba de un altercado común con un cadete de mensajería, y no de la comisión de un delito.-

En tal circunstancia, al pretender Rinaldi retener a Méndez tomándolo por el hombro, éste intentó zafarse e imprevistamente lo apuntó con la pistola que portaba a la zona abdominal y accionó el gatillo con la intención de sesgar su vida para procurar su impunidad, sin que el disparo se produjera debido a que el proyectil se trabó en la corredera; que de inmediato el imputado arrojó el arma al piso y se dio a la fuga por Ciudad de La Paz en dirección a General Paz, siendo perseguido por el Principal Rinaldi, por el Sargento De Castro, sumándose a ella el Agente Daniel Alberto Piris Da Silva; finalmente el imputado ingresó al Supermercado Coto de la Av. Cabildo 4125, donde fue detenido por los preventores. En dicha ocasión se procedió al secuestro en poder del imputado del dinero sustraído a la víctima, el cual consistió en **doscientos treinta y siete pesos; cincuenta euros; cuarenta y dos dólares; cuarenta y dos mil rupias indonesias; treinta y tres pesos malayos; un billetes de diez unidades árabes; y un billete de cinco unidades de Malasya.-**

Cabe reseñar que la prueba será analizada en conjunto porque el común a cada uno de los ilícitos enrostrados.-

Avalan dicha imputación, en primer término, los dichos de WIERNA CALDERON quien declaró que al arribar a la casa de su novia de un viaje al exterior, al descender de un taxi y acercarse al portero eléctrico del edificio se acercó el imputado, quien arribó al lugar en una moto y lo encañonó con un arma, le pidió la plata, entregándole lo que tenía en los distintos bolsillos; como no quedó conforme le requirió más dinero, por lo que procedió a suministrarle más billetes de baja denominación de varios países y alguno euros mezclados que traía en su portadocumentos, aclarando que además su agresor agarró un helicóptero que traía de regalo para su hijo; que en un momento determinado su novia abrió la puerta y logró ingresar al edificio, pero no pudo cerrarla, porque quedo el pestillo puesto; en tal circunstancia la persona encaró para la moto, siendo que de repente el mismo se dio vuelta y encaró hacia el hall del edificio donde se encontraba; en ese momento vieron por el panel de vidrio venir un patrullero que se detuvo a unos metros del edificio, suponiendo que se estacionó ahí porque su novia a través de sus gritos los alertó; finalmente agregó que el arma la encontró tirada sobre la vereda frente al edificio a unos metros donde había sido el atraco; al exhibírsele el arma en cuestión al igual que el casco y las fotos de la moto, reconoció que eran similares a las que observó en el momento.-

Por su parte el Subcomisario Rinaldi expresó que venía circulando en un patrullero por la calle Ciudad de la Paz junto con el Agente Olariaga y el Sargento De Castro cuando escuchó desde un edificio un pedido de auxilio de una mujer que gritaba “policía, policía”; como él se encontraba como acompañante en la parte delantera, descendió y lo primero que vio fue lo que él entendió, en un primer momento, se trataba de un cadete de mensajería; a su vez pudo percatarse de una moto encendida sobre la vereda; pensó que se trataba de una incidencia menor, de alguna cuestión de dinero; en tal circunstancia agarró por el hombro al muchacho que se estaba yendo, y este le pegó en un brazo, como queriéndose “zafar”; siendo que de modo imprevisto Méndez lo apuntó con un arma, no sabe si la sacó de su cintura o ya la tenía en su mano, y sin extender sus brazos lo apunta y acciona el disparador, “le pegó el dedazo al arma”; que se trataba de una 9 mm. Browning, parecidas a las provistas por la Policía Federal, pero que el tiro no salió, quedó atravesada en la corredera lo que entendió que era una vaina servida; que de inmediato el sujeto tiró el arma y el casco, y salió corriendo, por lo que empezó a perseguirlo, al igual que De Castro, encontrando en el camino al Agente Piris, quien se encontraba de custodia en Ciudad de la Paz por lo que le indicó que lo siguiera corriendo porque el físico no le daba; el imputado ingresó al supermercado “Coto” de Av. Cabildo 4125 y para pasar desapercibido se sacó la campera que vestía y salió con una remera blanca, siendo detenido cuando egresaba del mismo. Al exhibírsele los elementos y las fotos, reconoció el arma, el casco que entendía que era similar y confirmó la diligencia de secuestro que obra a fs. 4.-

A su vez Pamela Rodríguez, quien vivía en el primer piso en del edificio de Ciudad de la Paz, refirió que en un momento dado ella escuchó a su vecina gritar “policía, policía”, por lo que ella se asomó al balcón, y vio a Cristián y a otra persona que se alejaba con una mochila; que justo paso un patrullero y vio a esa persona alejarse del

Poder Judicial de la Nación

edificio, y pudo observar a un policía, que seguramente se había dado cuenta de la situación, dirigiéndose hacia él; que en un momento determinado el imputado apunta a mano extendida al policía, aunque no sabe si tiro o no, porque no escuchó nada, luego de lo cual tiro el arma y se dio a la fuga, corriéndolo los policías; que bajo de inmediato y encontró a su amiga y a Cristián en “shock” y pudo observar el arma tirada; que el agente que allí se encontraba hablaba de que “no había salido el tiro o que estaba trabada”; asimismo, aclaró que el primer policía que bajo del patrullero estaba bastante tranquilo y estaba uniformado, y que el otro bajo por la puerta trasera del móvil; por último confirmó la diligencia de fs. 4 que da cuenta del secuestro.-

En el mismo sentido que Rinaldi, el Sargento Iro De Castro mencionó que en el día del hecho y en oportunidad de encontrarse circulando en el móvil 431 bis, con Rinaldi y Olariaga de chofer, por la calle Ciudad de la Paz, oyeron una mujer que pedía auxilio, por lo que detuvieron el vehículo unos metros más adelante del edificio frente al cual sucedió el hecho; que cuando llegaron vieron una moto estacionada en la calle, aunque no recordaba si se encontraba encendida; que inicialmente bajo el Principal Rinaldi, pues a él le costaba bajar, ya que el vehículo tenía reja; que vio que el oficial quiso agarrar una persona de sexo masculino y que la persona salió corriendo en sentido contrario, como yendo para Cabildo, y Rinaldi le pegó un grito para que parara, persiguiéndolo ambos no perdiéndolo de vista; van hasta Paroissien cruzando para el lado de Cabildo y a unos 200 mts. se suma el Agente Piris que estaba de parada; que el sujeto cruzó Av. Cabildo e ingresó a Coto que se encuentra sobre dicha avenida, y atrás ingresó Piris; que cuando quiso volver a salir se encontró con él y el Principal en la puerta del supermercado, por lo que procedieron a detenerlo, que ya no tenía la campera puesta y vestía una ropa clara; que secuestraron en el lugar diversas monedas nacionales y extranjeras; por último aclaró, a preguntas de la Fiscal General, que no pararon justo frente al edificio sino unos metros después, como producto del grito de auxilio; bajo Rinaldi y luego él, y vio al Subcomisario como queriéndolo agarrar, “trató de manotearlo y se le zafo”; al exhibirse el acta de fs. 10 y 11 reconoció su firma, al igual que el plano de fs. 14, que muestra el trayecto de la persecución a pie y las fotografías de fs. 16/25.-

Asimismo, en la misma línea, el Agente Darío Fabián Olariaga – conductor del móvil- mencionó que cuando circulaban por la calle Ciudad de la Paz, en un momento dado escucharon gritos de una mujer pidiendo auxilio “policía, policía”; que el grito lo oyeron cuando ya iban pasando, lo que lo llevo a detener el móvil; que primero bajo Rinaldi y luego De Castro, y seguidamente él, que pudo enterarse que hubo un forcejeo entre el imputado y Rinaldi; que fue el último en bajar y pudo observar cuando empezaron a correr todos; quedando el arma en el piso, cerca de la moto; al serle exhibida el arma la reconoció como aquella que fue descartada.-

Finalmente el Cabo Piris, confirmado los dichos de los preventores, mencionó que en el momento del hecho se encontraba en la parada de Av. Cabildo y Paroissien y vio un masculino corriendo por la segunda arteria, y detrás de él, el oficial Rinaldi que le pidió que lo detenga, por lo que de inmediato salió a perseguir al masculino hasta que ingresó al supermercado Coto; que al ingresar al supermercado el imputado se

quitó la campera y la arrojó sobre la mercadería y al salir del mismo vestía jeans azul y remera blanca, ocasión en la que fue detenido; finalmente agregó que en presencia de dos testigos se labró las actas de detención y el secuestro de varios billetes.-

Se aduna a dichos testimonios el acta de secuestro de fs. 4 de la que se desprende la incautación de una pistola de color negro, con la inscripción Policía Federal Argentina, con número de seria R-02642, marca Brownin, calibre 9mm., cargada y con una bala trabada en la recámara. Asimismo, el secuestro de un motovehículo marca “Famsa”, modelo “Supernova 150”, color negro con dominio 556-GYW.-

Además contamos con el acta de fs. 10 que da cuenta del secuestro de doscientos treinta y siete pesos; cincuenta euros; cuarenta y dos dólares; cuarenta y dos mil rupias indonesias; treinta y tres pesos malayos; un billetes de diez unidades árabes; y un billete de cinco unidades de Malasya, en poder del imputado.-

A su vez, de los informes del R.E.N.A.R de fs. 89/90, 94 y 124, surge que el arma incautada se encuentra registrada a nombre del Sr. Juan Antonio Do Santo D.N.I. 17.063.583., y anteriormente lo estaba registrada a nombre de Francisco Do Santos L.E. 5.675.522. Asimismo, pusieron en conocimiento que Matías Méndez no se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en ninguna de sus categorías.-

Respecto del desapoderamiento que sufriera Wierna Calderon, entendemos que la prueba es concluyente en cuanto a que el imputado llegó a bordo de la motocicleta incautada, que lo apuntó con la pistola calibre 9 mm. y que le sustrajo la cantidad dineraria ya indicada. Confirma tal atribución la declaración de la propia víctima quien fue clara en señalar cómo se desarrollo el suceso y principalmente que fue amenazado con el arma mencionada; a su vez los preventores Rinaldi, De Castro, Olariaga y Piris relataron la fuga emprendida por el imputado desde el sitio donde se cometió el hecho hasta donde fue detenido. También hicieron conocer el secuestro del dinero en poder del imputado, como también el secuestro del arma, lo cual quedó instrumentado en las actas de fs. 4 y 10.-

Debe resaltarse que tanto el imputado como sus asesores técnicos reconocieron la autoría del hecho y el modo de cómo se llevo a cabo, esto es, con un arma de fuego.-

Respecto del intento de homicidio perpetrado por Méndez para lograr su impunidad, resultan concluyentes los dichos del Subcomisario Rinaldi y los de la vecina Pamela Rodríguez para enrostrarle tal accionar al imputado.-

El Subcomisario Rinaldi, cuyo relato a la luz de la lógica y la sana crítica aparece como coherente y sin intersticios, refirió expresamente, en lo que nos ocupa, que intentó retener a Méndez para investigar qué es lo que estaba sucediendo, por lo que lo tomó del hombro y éste le pegó un manotazo como intentando zafarse, y de improviso, desde la altura de la cintura con la mano derecha, lo apuntó –a menos de un metro- con el arma secuestrada hacia la zona abdominal y accionó la cola del disparador, “le pegó el dedazo al arma”, sin que saliera el tiro, para luego arrojarla al suelo y darse a la fuga; que luego pudo comprobar que el disparo no salió porque se trabó el proyectil en la corredera; que el arma en cuestión era una de las provistas por la Policía Federal.-

Poder Judicial de la Nación

A su vez la testigo Pamela Rodríguez –quien se encontraba en el balcón a pocos metros del hecho- aunque no vio si el imputado accionó el gatillo, ratificó que el mismo apuntó con el arma al Subcomisario; que cuando bajo escuchó a los preventores que se encontraban en el lugar de que “el arma había sido disparada y no había salido el tiro o que estaba trabada”.-

Ahora bien, tanto los asesores técnicos como su pupilo, negaron que efectivamente el mismo hubiera apuntado con el arma al Policía y también que hubiera accionado el gatillo.-

Sin embargo se considera que el cuadro probatorio resulta incontrastable sin que existan datos externos que permitan dudar de los testimonios de Rinaldi y Pamela Rodríguez; debe señalarse que Rinaldi se encontraba a corta distancia cuando Méndez accionó el gatillo, además debe sumarse la circunstancia de que se trata de un preventor con amplia experiencia lo que le permitió percatarse del disparo fallido. También cabe recalcar que la testigo Rodríguez corroboró que efectivamente el imputado apuntó con el arma al Subcomisario, y que luego tomó conocimiento de que aquella se encontraba trabada. Es lógico que la testigo no hubiera percibido que el imputado accionara el gatillo, pues se encontraba en su balcón ubicado en el primer piso. Pero haber descrito con claridad la acción de apuntar por parte de aquél hacia el policía, lo cual ejemplificó gestualmente en la audiencia, otorga un fuerte indicio de veracidad a la versión del preventor. Y a su vez, haber mencionado la testigo que, luego de finalizado el episodio delictivo, tomó conocimiento allí mismo de lo ocurrido con dicha arma, permite considerar a la circunstancia en cuestión como aparecida espontáneamente, a la vista de los allí presentes, y no como algo que se procuró instalar deliberadamente y de modo oculto en la escena del crimen con el propósito de perjudicar la situación del imputado.-

Resulta a su vez un dato relevante, a nuestro juicio, el hecho de que efectivamente en el momento de secuestrarse el arma, se pudo verificar que la misma tenía una bala atascada en la corredera (ver informe de fs. 68), pues condice con lo afirmado por el Subcomisario en cuanto a que el disparo no se produjo por cuestiones ajenas al imputado.-

En cuanto a la portación del arma de guerra se encuentra acreditado su transporte, en primer termino, con los dichos de los testigos ya analizados y el acta de secuestro, siendo que su ilicitud se encuentra acreditada con el informe del R.E.N.A.R, el cual nos indica que Méndez no se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en ninguna de sus categorías (cfr. fs. 124).-

VIII. TIPICIDAD:

Previo a entrar a analizar la significación jurídica que corresponde otorgarle a cada una de las conductas atribuidas, se entiende necesario resolver sobre la aptitud de la pistola secuestrada pues es un elemento común a los tres hechos comprobados.-

Tal como resulta de la experiencia técnica obrante a fs. 129/132, la División Balística de la P.F.A. informó:

Que la pistola semiautomática de simple acción calibre 9X19 mm, marca FN-Browning, número R-02642, Serie FN-T295642, al momento del examen pericial, resultó ser apta para producir disparos pero de funcionamiento anormal debido a que carece del resorte del seguro del cargador, lo cual inhabilita dicho seguro permitiendo efectuar disparos sin el cargador colocado en su alojamiento (cfr. fs. 109/110 y 129/134).-

El Subinspector Ale, al ser interrogado por las partes sobre la idoneidad del arma para el disparo, confirmó las conclusiones que arribara y refirió que se probaron los cartuchos con esa pistola, escogidos al azar de aquellos incautados, y eran aptos para sus fines, fueron disparados los dos sin inconvenientes.-

Ahora bien, cuando el experto refiere a un “**funcionamiento anormal**” en su pericia, surge claramente que es porque **carece del resorte del seguro del cargador, lo cual inhabilita dicho seguro permitiendo efectuar disparos sin el cargador colocado en su alojamiento**, esto es, que aumenta el poder ofensivo de dicha arma.-

En suma la pistola empleada y portada era apta para producir disparos en el momento del hecho.-

Ahora bien, la defensa técnica ha planteado que, en virtud de que uno de los cartuchos se encontraba trabado en la corredera, el bien jurídico integridad física nunca se puso en peligro, por lo que considera que no puede agravarse el tipo penal de robo y mucho menos endilgarle a su asistido la figura de homicidio “*criminis causae*” en grado de tentativa.-

A contrario de lo sostenido por la Defensa Oficial entendemos que ex ante y ex post la pistola secuestrada era idónea para afectar el bien jurídico vida. Se asevera ello pues dicha arma no sufría un “grave defecto en su funcionamiento”, toda vez que el imputado, con solo desplazar la corredera correctamente, hubiese logrado que la bala trabada en la recámara se eyecte hacia el exterior de ella, y hubiese podido de inmediato cargarla nuevamente, sin tener que desarmarla ni realizar otra operación compleja.-

La presunta inidoneidad absoluta del medio empleado consistió en el caso, en consecuencia, en sólo una imposibilidad meramente pasajera (fruto de una circunstancia casual y fortuita), de que el disparo se produjese, superable de modo sencillo con un simple movimiento.-

Hecho que damnificara a Wierna Calderón:

La conducta ilícita atribuida a Matías Méndez se encuentra atrapada por los tipos penales de los artículos 166 inciso 2º, párrafo segundo, y 189bis, inciso segundo, párrafo cuarto, del Código Penal de la Nación.-

Se arriba a tal juicio de tipicidad toda vez que Méndez para apoderarse del dinero propiedad de Wierna Calderón, intimidó al nombrado con una pistola calibre 9mm., marca Browning, con la inscripción Policía Federal Argentina, con número de serie R-02642, sobre su empuñadura posee el nro. FN-T295642, la cual se encontraba cargada y

Poder Judicial de la Nación

las experiencias técnicas realizadas sobre la misma nos indican que es apta para producir disparos, pero de funcionamiento anormal debido a que carece del resorte del seguro del cargador, lo cual inhabilita dicho seguro permitiendo efectuar disparos sin el cargador colocado en su alojamiento, al igual que las balas con las que se encontraba cargada resultaron ser aptas para sus fines específicos (cfr. fs. 129/134).-

El robo en cuestión fue tentado, pues Méndez fue detenido al salir del supermercado Coto secuestrándose en su poder la totalidad del dinero sustraído, y en su persecución nunca fue perdido de vista, por lo que no pudo consolidar un poder de disposición sobre el dinero.-

Finalmente, se le imputa también el delito previsto en el artículo 189 bis, inc. 2º, cuarto párrafo del Código Penal, pues como ya se dijera, se acreditó la portación del arma por parte de Méndez y la misma resultó ser apta para el disparo y las balas que contenía aptas para sus fines específicos, siendo que el nombrado no tenía permiso para portar armas (cfr. fs. 124). Asimismo conforme surge del decreto 395/75 la pistola calibre 9mm. se trata de un arma de guerra (art. 4 inc. 5 de dicho decreto).-

Hecho que damnificara al Subcomisario Rinaldi:

La conducta imputada a Matías Méndez de efectuar un disparo con la pistola calibre 9mm., marca Browning, apuntándolo a la zona abdominal sin lograr su finalidad, esto es, de sesgar la vida del Subcomisario Rinaldi para lograr la impunidad de la sustracción previa ya analizada, constituye el delito de homicidio agravado “*criminis causae*” previsto en el artículo 80 inciso 7º del Código Penal, en grado de tentativa (artículo 42 del C.P.N.).-

En efecto, como ya se ha acreditado, el encartado dirigió la pistola que blandía hacia la zona abdominal a una muy corta distancia, donde contrariamente a lo que sostiene la defensa, en ella se encuentran órganos vitales, tales como el hígado, el vaso, y las venas ilíacas, y que en el caso de un impacto de un proyectil, como los secuestrados, produce una lesión letal (nótese que se trata de proyectiles calibre 9mm, con punta ojival, de gran poder ofensivo).-

El tipo penal en bajo análisis exige como señala Buompadre la siguiente ecuación: un delito medio (homicidio) y un delito fin (en nuestro caso el robo) ambos conectados entre sí subjetivamente (cfr. Buompadre, Jorge E. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, pág. 159, segunda Edición Mave). En nuestro caso, se tuvo por probado que el disparo fallido de Méndez, por cuestiones ajenas a su voluntad, se conecta finalmente con el robo del que resultara víctima Wierna Calderón. La conducta desarrollada por el imputado abarca ambas posibilidades, pues se reitera, con el objeto de asegurar su impunidad, intentó matar al Subcomisario Rinaldi.-

En esta inteligencia, queda claro que el dolo de homicidio que se hace presente en este supuesto, no acaeció por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo, sin que sea necesario preordenarlo y que apareció durante la ejecución de la acción enrostrada (ver en este sentido, Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal parte Especial, Tomo I, pág. 49, Ed. Rubinzal-Culzoni 1999).-

En suma, se ha acreditado en autos la intención del imputado de matar para “la ultrafinalidad de procurar su impunidad”, voluntad que se exteriorizó por la zona en que se intentó el disparo, la entidad del arma y de sus proyectiles, y la corta distancia en que fue efectuado; y objetivamente, en que se puso en riesgo concreto el bien jurídico vida, pues el arma era idónea para sus fines específicos.-

También ello se refuerza a poco que se repare que la víctima se encontraba uniformada y había descendido instantes antes de un patrullero identificable, por lo cual, ante los ojos del imputado, se presentaba claramente como un escollo a superar en orden a no sufrir en su persona ninguna consecuencia por la acción que se encontraba desarrollando hasta ese momento.-

No se desconoce que la Sra. Fiscal también agravó la tentativa de homicidio teniendo en consideración la calidad de policía de la víctima (art. 80, inc. 8). En ese sentido discrepamos con la Dra. Mónica Cuñarro pues entendemos que en el caso bajo análisis, entre los agravantes del homicidio asignados –art. 80 inc. 7 y 8-, media un concurso aparente el que debe resolverse por aplicación del principio de especialidad, el cual impone la elección de uno de los agravantes.-

En efecto corresponde aplicar el tipo penal establecido en el art. 80 inc. 7, pues consideramos que es la figura típica más adecuada. Pues como ya se mencionó la tentativa de homicidio perpetrada por Méndez fue con el objeto de asegurar el robo.-

Asimismo, se encuentra debidamente tutelado el bien jurídico en cuestión.-

IX. RELACIÓN CONCURSAL:

Cabe concursar de manera ideal el robo agravado por su comisión con arma de fuego en grado de tentativa con el homicidio agravado “*criminis causae*” en grado de tentativa, pues entre el desapoderamiento de los bienes de Wierna Calderon y el intento de sesgar la vida del Subcomisario Rinaldi existió una unidad de acción alcanzada por una única finalidad, esto es, asegurar el resultado del robo (art. 54 del Código Penal).-

Por otro lado, en lo referente a la portación ilegítima de arma de guerra, la misma se encuentra alcanzada por las reglas del concurso material, pues aquí sí estamos frente a la presencia de conductas distintas e independientes, y las circunstancias de que se superpongan temporalmente durante el robo, no hace que perdiera su autonomía al resultar acciones físicas y jurídicas separables.-

De otro lado, de aceptarse la tesis defensiva, esto es de que nos enfrentamos a un concurso aparente, tornaría impune la conducta de la portación del arma con antelación al hecho (Cfr. C.N.C.P. Sala 1ª 29/12/1993, “Heredía Francisco, A.”, causa 80; ídem. Sala 2ª, 8/3/2002, “Herrera, Javier Silvio”; ídem sala 4ª, 30/8/2006 “Gil, Omar Alberto”, causa 5068, entre otros).-

Y en tal orden de ideas, no existe duda alguna que Méndez llegó al lugar tripulando su moto en soledad, tal como lo describió con precisión la víctima Wierna Calderón, por lo que no existe indicio que permitiese afirmar, ni siquiera en aplicación del principio del “favor rei”, que no la hubiese portado en ese tramo del hecho.-

Poder Judicial de la Nación

X. AUTORÍA:

Matías Méndez deberá responder como autor penalmente responsable de los delitos enrostrados (art. 45 del Código Penal).-

XI. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD:

No se advierten causales de justificación ni de inculpabilidad que tornen lícita las conductas enrostradas a Matías Méndez ni que impidan reprocharla (cfr. informe médico legal de fs. 76 e informe a los fines del art. 78 del C.P.P.N realizados por el Cuerpo Médico Forense obrantes a fs. 193/194).-

XII. PENA

A) PENA DE PRISIÓN:

En cuanto a la pena a imponerle a Matías Méndez se considera razonable imponerle la pena de 12 años de prisión por ser autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por su comisión con arma de fuego en grado de tentativa, en concurso ideal con el delito homicidio agravado “*criminis causae*” en grado de tentativa, que a su vez concurre materialmente con la portación ilegítima de arma de guerra de arma de guerra, para ello se valora, como agravante: la pluralidad de ilícitos y de víctimas, que el suceso ocurrió durante la noche (lo cual se procuró aprovechar para facilitar su comisión), y la creación de un peligro a la integridad física de los moradores del edificio en cuestión, principalmente la Srta. Yamila Fernández, y de posibles transeúntes, asimismo la condición de la víctima en el supuesto de tentativa de homicidio, habida cuenta el mayor grado de vulnerabilidad en que se encuentran los policías cotidianamente; por el otro, como atenuantes, que tiene dos hijos menores, que se trata de una persona joven, que proviene de un sector socioeconómicamente deprimido, y demás pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.-

Ahora bien, toda vez que el imputado registra un antecedente condenatorio dictado el 17 de marzo de 2006 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7, en el marco de la causa N° 2184/2205, en donde se lo condenó a la pena única de nueve años y tres meses de prisión (cfr. certificado de antecedentes de fs. 238), y conforme lo solicitado por la Sra. Fiscal General, en virtud de lo establecido en el artículo 58 del Código Penal, corresponde unificar dicha condena con la pena aquí impuesta, condenándolo en definitiva a la **pena única de 19 años y 6 meses de prisión**, debiendo estarse en cuanto a las costas a lo dispuesto en cada pronunciamiento.-

Asimismo, y toda vez que el nombrado se encontraba gozando de la libertad condicional otorgada el 5 de febrero de 2011 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1, conforme lo solicitará la Sra. Fiscal General, corresponde revocarla (art. 15 del Código Penal).-

B) PENA DE INHABILITACIÓN:

Los asistentes técnicos plantearon la inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria de los arts. 12 y 19 C.P. que incluye la privación de la patria potestad, la prohibición del derecho a voto, de disponer de sus bienes por actos entre vivos y la pérdida de los derechos sociales, por lo que consideró que se viola el principio de proporcionalidad de las penas ya que la naturaleza del hecho no tiene ninguna relación con estas penas accesorias, lo cual deja entrever su irracionalidad.-

Por ello, abordaremos las cuestiones por separado:

1) Privación de la patria potestad, administración de los bienes y el derecho a disponer de ellos por acto entre vivos.-

Cabe señalar que en orden al planteo de inconstitucionalidad introducido por la Defensa Oficial respecto del artículo 12, segunda disposición, del Código Penal en cuanto prevé la incapacidad civil de las personas privadas de su libertad que hayan sido condenadas por más de tres años de prisión. En primer término, el señor defensor al plantear dicha oposición limitó sus fundamentos a señalar que dicha incapacidad se trataba de una especie de “muerte civil”, haciendo alusión a los fundamentos que diera Sebastián Soler en la nota al Proyecto de Reforma del Código de 1960, sin mencionar los agravios de índole constitucional que lo llevan a requerir una decisión de tal gravedad inconstitucional.-

La falta de fundamentación por sí sola, permitiría la descalificación introducida por el señor Defensor del artículo 12, segunda disposición, del Código Penal; pero sin perjuicio de ello, a fin de respetar el derecho de defensa del imputado, y en la inteligencia de que el defensor fundamenta su aserto en que la incapacidad contemplada tendría carácter punitivo y que efectivamente conllevaría una incapacidad de carácter absoluto, corresponde dar respuesta adecuada a su planteo.-

Se sigue a nuestro juicio, tal como está redactado el artículo 12, segunda disposición, que la incapacidad prevista en la misma es una de hecho, y se origina de la situación de privación de libertad en que se hallan los sujetos inhabilitados. Y como bien señala Ricardo C. Núñez, estas incapacidades tienen carácter civil, porque su finalidad no es esencialmente la de castigar a quien infringe la ley, sino la de suplir su incapacidad sufrida por el encierro (cfr. Núñez, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, -2ª reimpresión- 1988, pág. 448).

A su vez, en el mismo sentido Soler, reconoce que refiere que el carácter de esta consecuencia, esto es, la privación (mientras dure la pena), de la patria potestad, la administración de los bienes y el derecho de disponer de ellos por actos entre vivos está claramente establecido por la diferencia de las expresiones usadas por la ley, con respecto a la pena de inhabilitación accesoria, y la oportunidad en que ambas cesan, según el artículo 16 del Código de fondo, para agregar que la incapacidad civil no tiene un fin punitivo, sino que contempla una situación de hecho que acarrea el encierro del condenado, impidiéndole realizar por sí los actos de la vida civil y atender sus negocios. A la vez, la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación redactora del Código es terminante en este sentido, “la primera -de inhabilitación- debe regir para después de la condena (...), mientras que la

Poder Judicial de la Nación

segunda –la incapacidad- debe mantenerse mientras dure el encierro. La privación de derechos civiles (...) no es una pena sino una accesoria indispensable, que no tiene objeto represivo sino tutelar desde que subsana un estado de incapacidad” (Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, Tomo II, Ed. Tipográfica Editora Argentina, –11ª reimpresión- 1999/2000, pág. 461).-

Alfredo Orgaz, en su artículo “De nuevo sobre las cuestiones civiles en la reforma penal. Respuesta a una respuesta”, contestándole a Sebastián Soler precisa con razón que la interdicción configura en nuestra ley una incapacidad de hecho; es una mera incapacidad del ejercicio de los derechos, que dura únicamente mientras dura el cumplimiento de la pena. Los derechos son ejercidos por el representante legal del condenado (curador), y esto es decisivo para el autor para descartar la interdicción como incapacidad de derecho (cfr. Jurisprudencia Argentina 1960-VI, pág. 77 y siguientes).-

Por otra parte, esta incapacidad de hecho relativa, se circunscribe únicamente a los supuestos taxativamente previstos por la ley, por lo que conserva, por ejemplo su capacidad para disponer sin representante o autorización especial de los bienes por testamento, para casarse, para reconocer hijos naturales y para por medio de un representante voluntario estar en juicios que, como el divorcio o filiación natural, no versen sobre la administración de sus bienes (Núñez, Ricardo C., op. cit., Tomo II, pág. 451). Además, como ya se dijera, la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y el derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, dura sólo “mientras dure la pena”; por lo que, como bien señala Orgaz, no se trata de una privación de derechos sino de ejercicio, “la cual, por naturaleza no tiene más objetivo que la protección del incapaz y de su familia” (cfr. Orgaz, Alfredo, art. cit.; y C.N.C.P., Sala I, causa n° 6499 “Sánchez, Graciela Noemí s/recurso de inconstitucionalidad”, rta. el 24/02/06, reg. n° 8547).-

A su vez, la remisión a la curatela del Código Civil, al estar prevista sólo para incapaces de hecho, demuestra la naturaleza de la incapacidad del condenado; esto es, la inhabilitación relativa, debiéndose agregar otro fundamento, como señala Jorge De La Rúa: la exclusión de la capacidad accesoria por un lapso suplementario a la expiración de la pena principal, a diferencia de la inhabilitación absoluta accesoria, prevista en la primera disposición de la norma (cfr. De La Rúa, Jorge “Código Penal Argentino. Parte general”, Ed. Depalma, Buenos Aires, –2ª edición- 1997, pág. 181).-

En suma, sería distinto en el caso de que la condena trajera aparejada una incapacidad de derecho absoluta, ya que esta sí significaría la “muerte civil” del condenado; como se advierte en el fallo mencionado *ut supra*, y podría traer aparejado cuestiones de índole constitucional.-

Por lo dicho, es evidente que la asistencia técnica del imputado Méndez no ha demostrado con fundamento de qué manera las limitaciones del artículo 12, segunda disposición, del Código Penal constituyen un efectivo y real restricción a los derechos de su ahijado procesal, y en concordancia con la opinión de la señora Fiscal General, doctora Mónica Cuñarro, corresponde rechazarse tal pretensión a la luz de lo expuesto (ver en ese sentido Bueres-Highton Código Civil Comentado, Tomo I, pág. 561, Ed. Hammurabi 2011).-

2) Inhabilitación absoluta prevista en el artículo 19 del Código Penal.-

a) A su vez la Defensa también planteo la inconstitucionalidad de la pérdida de los derechos ahí enumerados, esto es: privación del empleo o cargo público aunque provenga de elección popular (inc. 1°);

b) La incapacidad para tener cargos, empleos y comisiones públicas (inc. 3°).-

Sin perjuicio de que tampoco en este supuesto hizo saber la defensa cual es el perjuicio constitucional que pudiera sufrir su defendido, también cabe rechazarla por los siguientes argumentos. Como bien señala Zaffaroni se desprende de su lectura que no priva de todos los derechos, los que por otra parte, se reitera, sería una “muerte civil” inadmisibles en el derecho contemporáneo (cfr. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo V, pág. 231, Ed. Ediar 1983).-

Los derechos que priva este artículo están previstos expresamente en las leyes de empleo público (art. 5 inc. “A” de la ley 25.164) y electoral (art. 3 inc. “E” de la ley electoral), y no emergen de la norma penal, sino que transcribe las prohibiciones previstas en aquellos instrumentos legales.-

Por lo que corresponde rechazar la propuesta de inconstitucionalidad respecto a los supuestos de inhabilitación analizados.-

c) Suspensión del goce de derechos previsionales (artículo 19 inc. 4°).-

Debe señalarse que el defensor yerra al plantear la inconstitucionalidad de este supuesto, pues lo hace en abstracto, pues el supuesto que prevé el artículo 19 inc. 4, se refiere únicamente a las hipótesis en que el imputado estuviese percibiendo la pensión o la jubilación graciable.-

Por lo que cabe también, rechazar dicho cuestionamiento constitucional.-

d) Privación del derecho electoral (art. 19 inc. 2°).-

En este supuesto se considera que asiste razón al Sr. Defensor Oficial y debe hacerse lugar al planteo de inconstitucional por los fundamentos que vierte el Dr. Adrián N. Martín en su voto, a las cuales adhiero.-

C) PENA DE DECOMISO:

Habida cuenta que el imputado empleó la motocicleta marca “Famsa”, modelo “Supernova 150”, color negro con dominio 556-GYW, para trasladarse al lugar del hecho y utilizarla eventualmente para fugarse, la cual resultó ser de su propiedad (cfr. informe del Registro Nacional de la Propiedad Automotor de fs. 72), corresponde proceder a su decomiso, al igual que el casco (art. 23 del Código Penal).-

Poder Judicial de la Nación

El Dr. HUARTE PETITE dijo:

Adhiero a todo cuanto ha señalado mi distinguido colega en forma precedente.-

No obstante ello, señalo que formulo tal adhesión a los exclusivos fines de posibilitar la conformación de una mayoría habida cuenta el contenido del voto del distinguido colega Dr. Adrián Martín anunciado en la deliberación respectiva, toda vez que deseo dejar a salvo mi opinión en orden a que no se verifica una relación de concurso aparente (por relación de especialidad) entre las calificantes contenidas en los incisos 7° y 8° del artículo 80 del Código sustantivo.-

Existe consenso general en que “dos normas tienen relación de género a especie, cuando una de ellas reproduce todos los recaudos de la otra, más un elemento adicional que la torna preferente por su mayor especificidad. Así, quien mata a su padre realiza simultáneamente el tipo básico de homicidio (art. 79, CPen.) y el agravado de parricidio (art. 80, inc. 1°, CPen.), pero en virtud del principio de especialidad al autor sólo se le imputará el segundo tipo. Consecuentemente, cuando una misma materia se encuentra simultáneamente regulada por dos o más leyes, resulta aplicable la norma especial” (por todos, Righi, Esteban, “Derecho Penal, Parte General”, pág. 436, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008).-

Pues bien, entiendo claro que, cuando se mata (o se intenta matar) a alguien “para procurar la impunidad para sí o un tercero”, no siempre se realiza simultáneamente el tipo de matar (o intentar matar) “a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición”; y a la inversa, no siempre que se mate (o se intente matar) a un miembro de tales fuerzas, se realiza simultáneamente el de matar (o intentar matar), para “procurar la impunidad”.-

Tampoco, siguiendo a la misma doctrina, se verifican aquí los supuestos de concurso aparente por “subsidiariedad” (desde que la aplicación de las normas aquí mencionadas no está supeditada, ni expresa ni tácitamente, a que el hecho que prevé estuviese contenido en otra disposición que estableciese una pena mayor), o por consunción (pues ninguno de los tipos en cuestión es más grave que el otro por contener todo el injusto y la culpabilidad que fundamentan al primero).-

Así las cosas, no encuentro obstáculo alguno para postular la aplicación de ambas agravantes, desde que la acción atribuida a Méndez puede ser subsumida también sin problemas en la calificante en cuestión, pues es claro que aquél intentó matar a Rinaldi, no sólo “para procurar la impunidad para sí”, sino también, “por la función” que estaba cumpliendo en ese momento, como integrante ostensible de una fuerza policial.-

Sentado ello, también deseo dejar a salvo mi opinión sobre la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 80, inciso 8°, del Código sustantivo.-

En términos generales, la defensa ha planteado que ella vulneraría el principio de igualdad ante la ley, pues existirían vidas (las de los miembros de aquellas fuerzas), que valdrían más que otras, al gozar de una mayor protección del orden jurídico.-

Sin embargo, encuentro que ello no es así.-

Conforme tiene dicho la Corte nacional, la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (entre otros, Fallos: 312:826 y 851), lo cual no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable (entre otros, Fallos: 310:1080; 311:1451).-

Con arreglo a las normas que determinan las funciones de la Policía Federal Argentina (y de otras fuerzas de seguridad policial), sus integrantes tienen como función, entre otras, la de prevenir la comisión de delitos y realizar todas aquellas acciones necesarias para el mantenimiento de la seguridad de las personas y los bienes.-

Ello es impuesto como un deber propio de la función, pues el Código Penal establece expresamente una sanción para el funcionario público que “faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes” (artículo 274).-

De modo que, ante toda situación que, ante sus ojos, implique la eventual comisión de un delito, cometido o por cometerse, el funcionario policial no sólo está facultado a intervenir, sino que “debe” hacerlo.-

En consecuencia, el sólo desempeño de las tareas propias de su cargo lo expone, sin más, a tener que afrontar, eventualmente, serios riesgos para su integridad física.-

Lo hace, además y por lo general, vistiendo un uniforme que lo identifica claramente como funcionario policial; y a todo evento, antes de efectuar cualquier procedimiento, si se encontrase de civil, debe reglamentariamente dar a conocer previamente su carácter de tal.-

En esas condiciones, no puede considerarse un fundamento arbitrario (por carente de fundamentación), o un “indebido privilegio”, que el legislador hubiese procurado motivar a los destinatarios de las normas penales (con una amenaza de pena superior), para que no realicen acciones como las aquí tratadas, pues se procura, en definitiva, disuadir a aquéllos a que realicen conductas lesivas contra la vida de quienes, por el simple cumplimiento de sus tareas, se encuentran expuestos y vulnerables a atentados de esa índole.-

Por todo ello, y sin perjuicio de que se declare abstracto el planteo de inconstitucionalidad articulado por la defensa sobre el punto, dejo salvada mi opinión personal al respecto.-

XIII. REINCIDENCIA:

El Dr. Martín E. Vázquez Acuña dijo:

Básicamente pueden sintetizarse los distintos enfoques que cuestionan la legitimidad de la reincidencia en aquellos que se vinculan con el principio de culpabilidad por el hecho y con el principio ne bis in idem. En ambos enfoques se plantean la cuestión de si es posible computar a la reincidencia como agravante, es decir, si quien delinque

Poder Judicial de la Nación

después de haber sufrido una pena, puede ser sancionado más severamente o sufrir una pena agravada, cuando es condenado por un delito posterior a la pena ya sufrida.-

Ahora bien, tal como lo hace mi distinguido colega, se entiende que la objeción constitucional debe formularse desde la óptica del principio de culpabilidad, pues se considera que el instituto de la reincidencia, no logra superar el tamiz constitucional del derecho penal de acto consagrado en los arts. 18 y 19 de la C.N.-

Se coincide con Magariños en cuanto afirma que "...si la ley penal solo puede válidamente seleccionar acciones (art. 19 C.N.) y la pena sólo debe fundarse en lo que previamente establece la ley (art. 18 C.N.), la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor sólo adquiere legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y carece de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo..." (H. Mario Magariños; "Reincidencia y Constitución Nacional" en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N°7, pag 86 y 87).-

A su vez, Bacigalupo, sosteniendo el derecho penal de acto, mantiene que "...el juicio de culpabilidad relevante para la individualización de la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior al hecho (sobretudo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito)..." (Enrique Bacigalupo, "Principios Constituciones de Derecho Penal", ed. Hammurabi, año 1999, pag 163).-

Está claro que el derecho penal de acto que sirve como presupuesto y medición de la pena impide "...la concepción de una agravación de la pena independiente de la culpabilidad y de origen preventivo general y/o especial; por otro lado, la concepción de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida, finalmente, al modelo estrechamente ligado a aquella concepción del aumento de injusto y culpabilidad que se basa en la observación normológica de que el autor, junto al injusto de la infracción concreta sometido a enjuiciamiento realiza otro injusto, consistente en haber tomado en cuenta como advertencia las condenas anteriores en forma contraria al deber..." (Bernhard Haffke, "Reincidencia y medición de la pena" en el libro de Bern Shunemann; "El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales", Ed. Tecnos, año 1991, pag 185).-

Nuestro más alto Tribunal, convalidando el instituto de la reincidencia, ha sostenido en distintos fallos, que el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esta naturaleza, cuyo alcance ya conoce, y tal desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho. En suma "lo que se sanciona con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada – como es obvio- en ésta". A lo que cabe añadir que, según la Corte, "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de

culpabilidad de la conducta posteriori a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...” (el resalto me pertenece) (Fallos 308:1938; 311:522; 311:1209; 311:1451; 331:1099; entre otros).-

Como bien lo hace notar Magariños en su obra ya citada, está claro que los fundamentos de dichos fallos de nuestro más alto Tribunal se adscriben a la fórmula de la advertencia, que fuera acuñada en la decisión dictada por el Tribunal Constitucional Alemán de fecha 16 de enero de 1979, respecto del parágrafo 48 del Código Penal Alemán (StGB).-

En esa sentencia se estableció que “...la agravación conforme el parágrafo 48 requiere que al autor, en consideración a la clase y circunstancia de los delitos, se le pueda reprochar que no ha tomado como advertencia las anteriores condenas...”, pues, “...quien prescinde de los impulsos de contención establecidos en las condenas anteriores, actúa en determinadas circunstancias, con incremento de energía criminal y, por lo tanto, con incremento de culpabilidad...”.-

Según Hafke, para esta fórmula “...si el autor merece un mayor reproche de culpabilidad por un nuevo hecho, ello más bien porque mediante las anteriores condenas y su cumplimiento, ha sentido el concreto reproche por el hecho antijurídico no sólo de modo abstracto e impersonal a través de la ley, sino en su propia persona, “en su propia carne”...”. Con ello, sigue dicho autor “...se han hecho eficaces especiales impulsos de contención que deberían haberlo apartado antes y con mayor intensidad...” (op. cit, pag. 185).-

Pretender sostener la legitimidad de la reincidencia y de sus consecuencias legales, en un supuesto mayor grado de culpabilidad que deriva de fórmulas tales como el “desprecio de inseguridad del autor por la pena ya sufrida” es ajeno e inconciliable con el principio de derecho penal de acto, por eso se entiende que la “fórmula de advertencia” adoptada por nuestra Corte Suprema en los fallos ya citados, fracasa frente a la garantía sostenida en el art. 19 de la C.N. en cuanto exige que las prohibiciones sólo pueden referirse a conductas externas contempladas en un tipo penal (art. 18 C.N.) y la aplicación de la pena debe tener como referente únicamente el grado de reproche que le corresponde al autor en la comisión de tal injusto penal, que fija el límite aceptado por el derecho penal de acto (cfr. voto del Dr. Raúl Zaffaroni en el Plenario Guzmán, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 08 de agosto de 1989) .-

Es por ello que se aprecia que asiste razón a Bacigalupo, quien criticando el fallo del Superior Tribunal Constitucional de España 150/91, en cuanto en éste se decía que “...es claro ... que con la apreciación agravante la reincidencia no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores ... sino únicamente y exclusivamente el hecho posterior...” sostiene “... que lo que en realidad es claro es lo contrario: el hecho posterior se castiga nuevamente una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida o se castiga lo que el propio Tribunal Constitucional considera incompatible con la Constitución: la personalidad (peligrosa) del autor...” (op. cit. pag 166).-

Si bien se pretende desligar el hecho anterior por el cual fuera condenada una persona, de la pena impuesta en la sentencia posterior, en la fórmula asumida por

Poder Judicial de la Nación

nuestra Corte Suprema, lo cierto es que, como bien lo señala Zaffaroni "...toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme. No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse..." (voto en el Plenario Guzmán ya citado).-

El "desprecio por la pena sufrida" en la posición adoptada por la Corte, traducida supone que quien cumplió pena en encierro en virtud de una condena anterior, no importa el tiempo –se señala total o parcialmente-, ni si fue sometido a tratamiento penitenciario, al cometer un hecho posterior debe aplicarse pena agravada que conlleva la declaración de reincidencia en los términos del art. 50 del C.P. Se afirma que se trata de una pena agravada porque la declaración de reincidencia supone la denegación de un derecho tal como el contemplado en el art. 13 del C.P.. El reproche estaría dado no por la magnitud del injusto sino por no haber respetado la "advertencia" que supone el cumplimiento en encierro.-

Tal acepción de la culpabilidad viola la recogida por nuestra Constitución Nacional, en su art. 19, toda vez que manda, se reitera, que en el reproche se tenga en cuenta la magnitud del acto enrostrado, por lo que se postula, al igual que mi colega, que se declare la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P., tal como está redactado.-

Así voto.-

El Dr. HUARTE PETITE dijo:

No coincido con las conclusiones a las que ha arribado mi distinguido colega en base a las siguientes consideraciones:

1) Por derecho penal "del hecho" o "de acto" se entiende una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descripta típicamente, y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor. De adverso, el derecho penal "de autor" se dará cuando la pena se vincula a la personalidad del autor, y serán su asocialidad y el grado de la misma lo que decidirán sobre la clase y cuantía de la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho; sólo el que "el autor sea tal", se convierte en objeto de la censura legal (conf. Roxin, Claus, "Derecho Penal", Parte General, T. I, pág. 176, Ed. Civitas, Madrid, España, 1997).

Nuestro ordenamiento jurídico, fuera de toda duda, ha establecido un derecho penal "de hecho" o de "acto", lo cual se deriva directamente, en primer lugar, del artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al **hecho** del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del **hecho** de la causa..." (el resaltado me pertenece).

En forma concordante para lo que aquí interesa, el artículo 19 constitucional establece que “Las **acciones** privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a **hacer** lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (el resaltado también me pertenece).

Por último, y también de modo compatible con la normativa hasta aquí citada, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de jerarquía constitucional –artículo 75, inciso 22, CN), dispone que “Nadie puede ser condenado por **acciones u omisiones** que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...” (el resaltado me pertenece), y en forma sustancialmente similar lo establece el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de igual jerarquía que aquélla.

Con claridad meridiana se puede concluir entonces en que toda acción punible debe constituir, necesariamente, un episodio concreto y determinado de la vida (un “hecho”, “una acción u omisión”, “un hacer”), ya que, conforme a las reglas constitucionales referenciadas, el Derecho Penal, en nuestro país, es “de acto” y “no de autor”, y con tal fundamento, a una persona nunca puede imponérsele una pena en cuanto “es”, sino únicamente en cuanto obra o deja de obrar; en definitiva, cuando “hace” algo que la ley prohíbe hacer, o “deja de hacer” algo que la ley ordena hacer.

En esa inteligencia, se ha destacado también el elemental valor del principio de regulatividad y la consiguiente prohibición de las leyes penales constitutivas, presupuesto de la igualdad penal, por cuanto todos los hombres son iguales penalmente en tanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son, ya que sólo sus acciones y omisiones, y no su distinta personalidad, pueden ser tipificadas y culpabilizadas. Es que las normas penales constitutivas no prohíben “actuar” sino “ser”, y de ello se deriva su inconstitucionalidad (conf. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”, pág. 504, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997).

2) En aplicación de tales principios de rango superior, el Tribunal que integro ha declarado por unanimidad la invalidez constitucional de lo establecido en el artículo 189 bis, inciso 2º, octavo párrafo, del Código Penal (según ley 25.886), en cuanto establece una pena de prisión de cuatro a diez años, para “el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas y portare un arma de fuego de cualquier calibre” (sentencia del 26 de octubre de 2005, causa nro. 2276, “Chanampa, Osvaldo Nahuel s. encubrimiento agravado por su comisión con ánimo de lucro, portación ilegítima de armas y abuso de armas”).

Se dijo allí que dicha norma, al erigir como presupuesto de hecho el “registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas” y adicionar luego el “portar un arma de fuego de cualquier calibre”, ha creado un tipo de autor “...pues si se observa la disposición legal, se concluirá con claridad en que lo realmente constitutivo de la ilicitud (aquello que el legislador consideró ‘merecedor de pena’) es el ‘tener antecedentes

Poder Judicial de la Nación

penales', toda vez que la portación de arma de fuego, en sus diferentes calibres, según las categorías posibles legalmente (armas de guerra y uso civil -conf. artículos 4 y 5, respectivamente, del decreto 395/75), ya fue objeto de incriminación en los párrafos anteriores del inciso 2° del artículo 189 bis (concretamente, en su tercer párrafo –‘portación de arma de fuego de uso civil’, y en su cuarto párrafo –‘portación de arma de fuego de guerra’)...”.

Se continuó diciendo en aquél decisorio que “...la inconstitucionalidad de la disposición de marras es así evidente, si se tiene en cuenta que, al introducir un tipo propio del ‘derecho penal de autor’, y no describirse ninguna acción u omisión, sino una cuestión vinculada estrictamente con lo que se ‘es’ (registrar antecedentes penales) se viola claramente el carácter de ‘derecho de acto’ que corresponde asignar al derecho penal vigente (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en razón de las disposiciones mencionadas de forma precedente que exigen que la sanción penal sólo puede tener fundamento en la previa comisión de ‘acciones u omisiones’ previstas legalmente...”.

3) Encuentro, sin embargo, que la disposición ahora puesta en crisis resiste el test de constitucionalidad, al que mis colegas han considerado como una valla insuperable para su validez.

Directamente vinculado con el diseño constitucional en materia penal hasta aquí expuesto se encuentra el principio de culpabilidad, que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha derivado del mismo artículo 18 ya citado, el cual supone, como requisito ineludible para la aplicación de una sanción, la preexistencia de una acción ilícita que pueda ser atribuida al imputado, tanto objetiva como subjetivamente (entre otros, Fallos: 315:632; 321:2558 y 324:3940).

En dicho principio constitucional puede fundarse también la “culpabilidad” como estrato analítico dentro de lo que se ha llamado la “teoría del delito”.

Existe general consenso doctrinario en que luego de verificarse la existencia de una acción típica y antijurídica, deberá comprobarse si aquélla resulta además “culpable”, para lo cual tradicionalmente se ha dicho que “culpabilidad” es “reprochabilidad”.

Se “reprocha” (esto es, “se reconviene, se echa en cara”) a quien realizó una acción de tales características, que se hubiese “motivado” en contra de la norma, cuando hubiese podido comportarse (o “motivarse”) de un modo distinto (acatando la norma).

Desde este punto de vista, se dice usualmente que las normas penales procuran, en lo que aquí interesa, “motivar” a sus destinatarios para que no hagan lo que aquéllas prohíben o cumplan con lo que ordenan hacer.

En definitiva, en lo que aquí interesa, la norma se dicta con la pretensión de ser observada, y con ello se busca “motivar” a las acciones humanas

conforme a aquélla; esto es, según la acepción castellana del verbo “motivar”, se persigue “disponer del ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo”.

Es por ello que, en tal inteligencia, se ha dicho que del citado “principio de culpabilidad” se deriva “la posibilidad real de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas” (disidencia parcial del Juez Petracchi en Fallos: 316:1190 y 1230, y sus citas).

En los hechos, sin embargo, no se realiza una comprobación en un sentido “positivo” de tal “capacidad de motivación conforme a la norma”.

El análisis de la “culpabilidad” en el sentido que ahora interesa se limita, por el contrario, a la comprobación de si se encuentra presente alguna de las causales generalmente aceptadas que la “excluyen”: capacidad de culpabilidad (o imputabilidad), error de prohibición inevitable, y causas de exculpación o de “inexigibilidad de otra conducta” (Sancinetti, Marcelo A., “Casos de Derecho Penal, Parte General, I, 3° edición reelaborada y ampliada, pág. 78, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005).

Ahora bien, si se concluye en que la acción típica y antijurídica (que puede denominarse también “ilícito” o “injusto”), es además “culpable”, ello constituirá base suficiente para posibilitar, en la mayoría de las hipótesis (pues podría aún darse, vg., un caso de “excusa absolutoria”), la imposición de una pena.

El ilícito y la culpabilidad resultan ser así presupuestos ineludibles para la punibilidad de una acción, y además, constituyen la base para la determinación, en concreto, del monto de la sanción a aplicarse.

Esto último no podría ser de otro modo, habida cuenta la clara opción por el derecho penal de “hecho” o de “acto” que ha efectuado nuestro ordenamiento constitucional: el hecho es decisivo no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino que la pena debe, además, “adecuarse” al hecho (Ziffer, Patricia S., “Lineamientos de la determinación de la pena”, pág. 120, Editorial Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1996).

Las categorías conceptuales de ilícito y culpabilidad en la determinación de la pena no se diferencian del concepto de ilícito y culpabilidad en la “teoría del delito”.

La única diferencia es de perspectiva: ilícito y culpabilidad son “conceptos graduables”, esto es, que admiten diferentes magnitudes. No obstante ello, en la teoría del delito sólo interesa si se encuentran dados sus presupuestos; en la determinación de la pena, cuál es su intensidad. Este análisis requerirá, no ya la subsunción de una situación de hecho en un concepto, sino establecer relaciones acerca de la mayor o menor gravedad de ese hecho (conf. Ziffer, Patricia S., op. cit., pág. 121).

De las causas de exclusión de la culpabilidad como estrato analítico en la teoría del delito se derivan los elementos que la componen.

De entre ellos, interesa referirse al denominado “conocimiento virtual de la antijuridicidad”, cuya contracara es el “error de prohibición”, que cuando resulta inevitable (como ya se dijo), excluye la culpabilidad.

Poder Judicial de la Nación

Para afirmar esta última (en definitiva, para poder efectuar el pertinente “juicio de reproche”), se requiere un conocimiento potencial (virtual) de la ilicitud de la acción atribuida.

Ello se deriva de la circunstancia de que, para que el autor tenga la posibilidad de “comprender la criminalidad de su acción” (artículo 34, inciso 1º, del Código sustantivo), es necesario que obre en virtud de una correcta información sobre la forma como el orden jurídico regula su comportamiento.

Volviendo sobre el carácter “graduable” de los elementos que integran la culpabilidad, es generalmente aceptado que, como la posibilidad de “comprensión” a la que alude el artículo 34 citado, implica poder conocer e internalizar las pautas valorativas que llevaron a la sociedad a prohibir u ordenar, bajo amenaza de sanción penal, una determinada conducta, el grado de esfuerzo que el sujeto debió realizar para comprender la criminalidad de su comportamiento es inversamente proporcional a la magnitud del reproche penal que se le formula.

De forma tal que la pauta para la individualización judicial de la pena, en cuanto al elemento aquí tratado, surge de la siguiente relación: a mayor esfuerzo que debió hacerse para alcanzar tal comprensión, menor culpabilidad; siendo, a la inversa, más severo el reproche, si era mínimo el esfuerzo que se requería a ese mismo fin (por todos, Righi, Esteban, “Derecho Penal, Parte General”, págs. 325/6, 1ra. Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008).

4) Pues bien, considero que, sobre tal base, resulta constitucionalmente admisible efectuar un mayor juicio de reproche (de lo que se derivará una sanción de más entidad), a quien, por haber cumplido con anterioridad una pena privativa de libertad, al momento de cometer un nuevo delito conocía más acabadamente el carácter ilícito de su acción y por lo tanto, debía hacer un esfuerzo menor para comprender su antijuridicidad.

En efecto, al dictarse la condena anterior, a aquél se le comunicó fehacientemente, por un órgano judicial constitucionalmente habilitado para hacerlo, que su conducta era considerada ilícita y culpable y que, en consecuencia, debía cumplir una determinada pena privativa de libertad, lo cual, además, fue obligado a hacer.

Cabe preguntarse: ¿sería admisible la alegación de un error de prohibición respecto de quien ha realizado un determinado comportamiento con anterioridad, por el que ya fue condenado y cumplió pena privativa de libertad, y realiza ahora una conducta de similares características a la anterior?.

Si las circunstancias de hecho en cada caso resultan análogas (esto es, si se puede verificar una vinculación entre el hecho -o hechos- por el que anteriormente cumplió pena el imputado, y aquél -o aquéllos- que constituye el objeto procesal presente, de modo tal que al menos una de las conductas -tanto de las anteriores como de las actuales-, lesionaron el mismo bien jurídico, a través de la realización de la acción prevista en tipos penales que guarden entre sí, apreciado ello razonablemente, un cierto grado de similitud), se impone la respuesta negativa.

Ello así, pues dado el carácter comunicativo de la sentencia anterior, en modo alguno podía tener una mínima duda, siquiera, sobre el carácter antijurídico de la acción ahora realizada.

No se trata en tales casos de que el sujeto haya sido simplemente “anoticiado” de la sentencia condenatoria en su contra, sino de que, efectivamente, cumplió parcial o totalmente, privado de su libertad, la pena que allí se le impuso, por lo cual el mensaje que recibió en el sentido antes expuesto fue suficientemente claro y explícito, de modo que quedó incorporado con firmeza en su experiencia vital.

De la absoluta imposibilidad de admitir allí un error de prohibición, se deriva, contrariamente, la mayor magnitud del conocimiento potencial (virtual) de la antijuridicidad de la acción que en el nuevo proceso se le atribuye y de allí puede generarse, en consecuencia, un mayor juicio de reproche.

5) Sostengo así, sin perjuicio de las precisiones que más adelante se efectuarán, que el instituto de la reincidencia regulado en el artículo 50 del Código Penal no resulta violatorio del principio de prohibición de múltiple persecución penal por un mismo hecho (*ne bis in idem*), ni del principio de culpabilidad por el hecho, ni del principio de igualdad ante la ley.

El carácter agravado de la pena privativa de libertad impuesta al reincidente (dado por la imposibilidad de obtener su libertad condicional –artículo 14, *ibídem*), no deriva de la comisión de un hecho anterior por el cual ya ha cumplido pena, sino del mayor contenido de culpabilidad de la acción por la que ahora resulta condenado, en razón de habersele comunicado fehacientemente en aquella ocasión que conductas análogas eran ilícitas, y haber cometido el actual delito, obviamente, en conocimiento de tal ilicitud.

Ello justifica, en consecuencia, la emisión de un juicio de reproche de mayor entidad.

Con ello no se coloca ningún etiquetamiento ni rótulo al condenado.

Simplemente, para los casos en que se concluya en la existencia de la condición de reincidente en el imputado (cumplido el debido proceso en el que, obviamente, tal carácter debe ser acreditado por quien lo invoca, y debidamente debatido para afirmárselo o negárselo por el órgano jurisdiccional), el legislador ha derivado de ello una consecuencia más grave, y la declaración que se hace de tal carácter sólo tiene por objeto precisarla para el caso concreto.

La razonabilidad de la decisión legislativa que llevó a la sanción de las normas aquí analizadas puede fundarse de la siguiente manera.

Como ya dijimos anteriormente, la ley penal, como toda otra norma de carácter general, es dictada con la pretensión de ser observada y con ello, en lo que aquí importa, se procura, siempre bajo la amenaza de una sanción penal, motivar que las acciones humanas se adecuen a su contenido, sea no realizando aquel comportamiento que allí se describe (delitos de comisión), sea cumpliendo aquella conducta que se debe llevar a cabo en ciertas circunstancias (delitos de omisión).

Poder Judicial de la Nación

En definitiva, y como también ya se dijo, se persigue “disponer del ánimo de alguien” (los destinatarios de las leyes penales), para que “procedan de un determinado modo”, esto es, no transgrediendo sus prohibiciones ni omitiendo sus mandatos.

A tales fines, el legislador, con respeto estricto al principio de culpabilidad de acto, ha considerado, en tal sentido, que “una primer condena penal”, en ciertos casos (artículo 26 del Código sustantivo), opera como un factor de atenuación de la pena (por lo cual posibilita dejar en suspenso la efectiva aplicación de la pena privativa de libertad), mientras que tal atenuación se excluye cuando, por el contrario, el sujeto ya ha cumplido pena privativa de libertad y vuelve a cometer un hecho reprimido con esa misma especie de pena (artículo 50, *ibídem*).

Esta forma de legislar se vincula estrictamente con el juicio de desvalor sobre el hecho: el primero, por regla general, no es tan grave como el que sigue a una condena. Tal punto de vista, así, torna compatible la agravación por la reincidencia “con el principio de culpabilidad, y lo determinante no es el hecho pasado, sino el actual” (conf. Ziffer, Patricia, *op. cit.*, pág. 158).

Sobre esa base, si el fin perseguido por la sanción de la ley penal es la adecuación de la conducta ciudadana a sus mandatos y prohibiciones, no aparece en modo alguno como irrazonable que, respecto de aquél a quien se le comunicó fehacientemente la contrariedad de su comportamiento con el orden jurídico (a través de la ejecución forzosa en su persona de una pena privativa de libertad), se predique un mayor contenido de culpabilidad, toda vez que, como ya se dijo, el esfuerzo que debía realizar para comprender la antijuridicidad de su acción era menor que respecto de aquél que nunca antes había sido objeto de tal comunicación.

En efecto, quien pese a la pena efectivamente cumplida vuelve a cometer un delito (como dijimos, de características más o menos similares al que justificó la anterior imposición de pena), tiene una mayor “posibilidad real de ajustar su conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas” (Fallos: 316:1190 y 1230, ya citados).

Ello, por cuanto sabe, fuera de toda duda, que la conducta que ahora realiza es contraria al orden jurídico.

De esta forma, y teniendo en cuenta el ya mencionado carácter graduable de los elementos que componen la culpabilidad (para el caso, el mayor conocimiento de la antijuridicidad al momento de cometer el nuevo delito), se justifica un reproche de entidad mayor, y en consecuencia, una mayor pena.

La decisión legislativa que llevó a establecer consecuencias más graves para quien reincide en el delito luego de haber cumplido pena privativa de libertad en forma efectiva, aparece entonces como razonable y no violatoria del principio de igualdad ante la ley.

En efecto, nada impide al legislador establecer consecuencias diferentes para supuestos de hecho (el que comete su primer delito y el reincidente) que, como vimos, resultan distintos.

En ese sentido, y con arreglo a la esencia diversa de uno y otro supuesto, tampoco aparece como absolutamente desproporcionado e irrazonable, conforme a los fines que se persiguen obtener (la observancia debida de las normas), establecer un sistema por el cual se beneficia a quien delinque por primera vez con la posibilidad de obtener, dados también los demás requisitos, una suspensión de la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que correspondiese aplicarle (artículo 26 del Código sustantivo); e inversamente, se es más riguroso con quien, habiendo ya cumplido pena privativa de libertad, comete un nuevo delito para el que está prevista esa misma especie de pena (artículo 50, *ibídem*).

En tal inteligencia, se ha dicho con absoluta claridad que “...el instituto de la condena condicional previsto en el artículo 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional...”, e igualmente, “...que esta Corte ha sostenido en Fallos: 327:3816, que ‘...la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien pueda ser un autor ocasional...’ y que ‘...la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente...’” (Fallos: 329:3006, considerandos 7° y 8°).

En definitiva, procurar prevenir futuros comportamientos ilícitos bajo la amenaza de una sanción penal no resulta un objetivo descabellado del legislador, y en ese orden de ideas, intentar desalentar al eventual reincidente a la comisión de nuevos delitos con el establecimiento de una pena más grave, y de adverso, establecer un régimen sancionatorio más benigno para quien no ha cometido ninguno, tampoco lo es.

Por lo tanto, la decisión legislativa que aquí nos ocupa, no puede ser objetada bajo el prisma de la violación de alguna garantía constitucional, y debe ser entendida, simplemente, como una decisión tomada con fundamento en atendibles razones de política criminal, en procura de la obtención de determinados fines igualmente inobjetables, sobre cuyo mérito, acierto o error, dada la superación del respectivo control de constitucionalidad, los órganos judiciales no pueden expedirse.

6) Se ha cuestionado el instituto aquí tratado con fundamento en que, habida cuenta los efectos deteriorantes de la denominada “prisonización”, el Estado habría contribuido a causar la reincidencia, pues el tratamiento “resocializador” que se habría procurado implementar respecto del individuo que cumple pena, habría fracasado abiertamente, de lo cual, justamente, la recaída en el delito es una clara evidencia.

De esta manera, habría en el reincidente, por lo general y de adverso a lo aquí sostenido, “una menor culpabilidad en razón del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obliga en

Poder Judicial de la Nación

términos de teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al delito” (conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; “Derecho Penal, Parte General”, pág. 1011, Ediar, Buenos Aires, 2000).

Es un dato de la realidad insoslayable que la “finalidad esencial” de la “reforma y readaptación social del condenado”, que determinan en relación a las penas privativas de libertad el artículo 5.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y (conforme a la citada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema), el artículo 18 de la Constitución Nacional, no siempre es obtenida y la recaída en el delito (lo cual ocurre con frecuencia), es prueba elocuente de ello.

Ahora bien, la reincidencia, en todos los casos ¿es responsabilidad estatal?

El ser humano, por su condición de tal, ¿conserva todavía, pese a la “prisonización” que sufrió en su momento, cierto margen de autodeterminación para adecuar su conducta al ordenamiento jurídico?

O, por el contrario, el poder punitivo que a su respecto se ejerció ¿resultará decisivo para reducir dicho margen a un punto tal que todos los nuevos delitos que a partir de allí podrá cometer, sólo podrán serle reprochables en menor medida?

En tal sentido, ¿sólo debería legitimarse una nueva aplicación de aquel poder a su respecto que tenga en cuenta tal “prisonización” anterior, excluyendo así, de modo definitivo, la posibilidad de considerar la pena anterior cumplida como una agravante?

Respondo a ello diciendo que luego de varios cientos de años de aplicación del encierro como pena, no puede haber duda a los operadores del sistema penal acerca de los efectos perjudiciales que aquél conlleva para las personas a las que le es impuesto.

Es por ello que, haciéndose cargo de tal evidente dato de la realidad (y en forma más o menos contemporánea con la generalización de la pena privativa de libertad como mayoritaria expresión del poder punitivo estatal), se ha procurado morigerar, a través de múltiples maneras, la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad (a través de los institutos de la libertad condicional, salidas transitorias, prisión domiciliaria, entre otros más); en ese mismo orden de ideas, se han establecido buena cantidad de alternativas a las penas privativas de libertad (la ya mencionada pena de ejecución condicional, las sanciones de multa e inhabilitación, entre otras), e incluso, a la mera posibilidad de que aquéllas fuesen aplicadas (suspensión del juicio a prueba, por ejemplo).-

Ahora bien, de la observación del panorama general en la materia no puede derivarse, como regla única e indiscutible, para todo el universo de casos posibles, que la mera privación de libertad en cumplimiento de una pena sea la causa, exclusiva y excluyente, de la reincidencia.

Ello, incluso, no parece ser afirmado con toda seguridad ni siquiera por los autores antes citados, quienes ponen de manifiesto su sorpresa (op. cit., pág. 1011), porque “no sean mayores sus índices” [de la reincidencia].

Si esto es así, existe un amplio margen para dudar de si es efectivamente la “prisonización” la exclusiva causa de la recaída en el delito, pues en algunos casos, como lo señalan aquéllos, tal efecto no se ha producido.

Si toda “prisonización” lleva ineludiblemente a la reincidencia, pero en una apreciable cantidad de supuestos ello no ocurre, ¿puede aún seguir sosteniéndose la premisa de la cual se parte”

Aparece más adecuado, por el contrario, concluir en que la “prisonización” podría, ciertamente, originar muchos supuestos de reincidencia, pero ello, en modo alguno, es posible elevarlo a una regla absoluta y general, a partir de su falta de verificación concreta e irrefutable en todos los casos.

Sobre esa base, las argumentaciones traídas a la discusión por la calificada doctrina de mención no pueden aceptarse.

En efecto, como fundamento sustancial del concepto de culpabilidad (en las diversas formas en que éste es empleado, esto es, como principio que excluye la posibilidad de atribución de responsabilidad penal puramente objetiva, como estrato analítico en el marco de la teoría del delito, y como límite infranqueable en cuanto a la determinación del monto punitivo), se encuentra la idea del ser humano como un ente capaz de autodeterminación, es decir, como dotado de capacidad suficiente, como regla general, de “obrar con libertad” y, en consecuencia, de “decidirse por el derecho y contra el injusto”.

Ello, más allá de las críticas que ha merecido el concepto de culpabilidad expresado en la “posibilidad de obrar de otro modo”, esto es, “con arreglo a la norma” (por todos, Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, págs. 798/806, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997), desde que, también siguiendo al autor citado, y prescindiendo de la vieja polémica entre los partidarios del “libre albedrío” y del “determinismo”, es irrefutable que, cuando se dan ciertas condiciones (y no se verifican otras que llevarían a negarlo) el sujeto, en el ordenamiento normativo, es tratado “como libre” (op. cit., págs. 807/12, en especial parágrafos 34 y 35).

Tal imagen del ser humano es la que mejor se adecua a su dignidad como persona, pues sólo así puede oponerse una valla eficaz contra toda pretensión punitiva estatal que exceda de aquélla que pueda merecer sólo por “su hecho”: si aquél no es concebido como alguien con capacidad de autodeterminación, y en consecuencia, responsable (y sólo en la medida de ello), por “lo que hizo” en ejercicio de su libertad, las necesidades de prevención del delito (especiales y generales), podrán llevar a la imposición de sanciones, no sólo desproporcionadas al hecho, sino, incluso, desconectadas por completo de una “acción libre”.

En este orden de ideas, no debe perderse de vista que, como ya se dijo con cita de Ziffer, las categorías de ilícito y culpabilidad en la determinación de la pena no se diferencian del concepto de ilícito y culpabilidad en la “teoría del delito”, y que su distinción es sólo de perspectiva: en la teoría del delito sólo interesa si se encuentran dados sus presupuestos; en la determinación de la pena, cuál es su intensidad, dado por el carácter “graduable” –esto es, que admiten diferentes magnitudes- de ambos conceptos.

Poder Judicial de la Nación

Desde ese punto de observación, es claro que el ordenamiento jurídico penal vigente (sin vulnerar con ello garantía constitucional alguna), no ha considerado que todos los casos de “prisonización” anterior reducen la capacidad del sujeto de comportarse con arreglo a la norma, y que en consecuencia, sólo puede efectuársele un reproche de entidad menor o, incluso, ningún reproche.

Por el contrario, conforme también lo hemos sostenido aquí, el mayor conocimiento de la antijuridicidad de su nueva acción delictiva, cumplida en el ámbito de las posibilidades de autodeterminación de su comportamiento inherentes a su condición de ser humano, dado el carácter comunicativo de la pena que se le impuso anteriormente por la comisión de un delito de análogas características, constituye una fundamentación constitucionalmente válida para la agravación de la pena por reincidencia.

Ello no significa, en modo alguno, desconocer la eventual aplicación a cada caso de otras pautas (vinculadas en buena medida con el cumplimiento anterior de pena privativa de libertad), que el legislador ha tenido en cuenta a los fines de efectuar la respectiva individualización de la pena, y que justifican, en muchos supuestos, la fijación de un monto menor.

Me refiero, así, a lo establecido en el artículo 41, inciso 2°, del Código sustantivo, en cuanto establece tener en cuenta a aquél objeto “la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”.

Si tal dificultad para atender a sus necesidades personales o familiares reconoce su origen (lo cual es harto frecuente), en la imposibilidad de obtener o desarrollar una actividad laboral apta a ese fin derivada de su anterior permanencia en prisión, ello deberá ser valorado en especial al momento de determinar la pena en concreto, como un claro factor atenuante, por reducción de su capacidad de autodeterminación; en definitiva, de sus posibilidades “de obrar de otro modo”.

No obstante lo cual, ello no impide la subsistencia de una circunstancia agravante, cual es, como ya se dijo, su mayor grado de conocimiento sobre la antijuridicidad del nuevo hecho que ha cometido, siempre que éste pueda ser imputado, igualmente y en definitiva, al ejercicio de “su libertad”.

7) Al momento de expresar las razones por las cuales he sostenido la constitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, no he podido dejar de adelantar que, para la concreta aplicación de dicha norma, debe poder verificarse una vinculación entre el hecho (o hechos) por el que anteriormente cumplió pena el imputado, y aquél (o aquéllos) que constituye el objeto procesal presente, y que tal relación debe consistir en que al menos una de las conductas (tanto de las anteriores como de las actuales), deben haber lesionado el mismo bien jurídico, a través de la realización de la acción prevista en tipos penales que a su vez guarden entre sí, apreciado ello razonablemente, un cierto grado de similitud.

En tal sentido, el efecto comunicativo derivado del anterior cumplimiento de pena privativa de libertad, sólo puede tener, a mi modo de ver, la consecuencia constitucionalmente válida de posibilitar un mayor juicio de reproche por la

comisión de un nuevo delito (fundado ello en un mayor conocimiento de la antijuridicidad de su acción), si se reúnen tales características de correspondencia entre el anterior delito y el actual.

Ello así, pues tal efecto comunicativo (dado por la circunstancia de haberle hecho saber a una persona el carácter contrario a derecho y merecedor de pena de una concreta conducta por él realizada, y que, con tal fundamento, se le imponía de manera coactiva el cumplimiento posterior de una pena privativa de libertad), sólo puede tener virtualidad para aplicar el instituto aquí tratado si puede concluirse, con absoluta certeza, que, al momento de la comisión del nuevo hecho, el imputado sabía (en un mayor grado que otra persona que nunca hubiese sido obligada a cumplir pena en virtud de un comportamiento de tales características), de la antijuridicidad de aquella acción que, en el ámbito de su autodeterminación, decidió llevar adelante, pese a que tenía la posibilidad exigible de no hacerlo.

De lo contrario, si los comportamientos involucrados en uno y otro proceso no guardan tal vinculación entre sí, no podrá predicarse que el nuevo hecho fue cometido con un mayor conocimiento de su antijuridicidad (susceptible de un mayor reproche consecuente en base a la norma aquí tratada), sino sólo, en su caso, que se verificó respecto de la conducta atribuida la conciencia de su ilicitud, pero sin que ésta tuviese las características que, en particular, se derivan del supuesto en análisis (como ya se dijo, una mayor magnitud de aquella conciencia).

Cierto es que el artículo 50 de nuestro ordenamiento sustantivo no efectúa una distinción como la que aquí sostengo, que la acerca a la denominada “reincidencia específica”, tal como está regulada, por ejemplo, en el Código Penal Español en su artículo 22, inciso 8º (Luis Rodríguez Ramos –Director-; Amparo Martínez Guerra –Coordinadora-; Código Penal, Comentado y con Jurisprudencia, 3ª. edición, La Ley, diciembre 2009, Madrid, España, págs. 188 y 216/26).

No obstante ello, encuentro que, desde el punto de vista de los fundamentos en los cuales me he basado aquí, y luego de una reflexión sobre el tema motivada por los fundamentos de los distinguidos colegas que me precedieron en el voto, la interpretación aquí propiciada es la única constitucionalmente posible.

Y en esa inteligencia, hago más las consideraciones que conformaron el criterio seguido en forma reiterada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que “...el análisis de la validez constitucional ‘...de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo, en consecuencia, practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere’, entendiéndose que ‘...por la gravedad de tales [exámenes] debe estimárselos como *ultima ratio* del orden jurídico,... de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera’ (doctrina de Fallos: 260:153 entre otros)...”, y que ello es así, en la medida en que es deber de los órganos jurisdiccionales “...agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la

Poder Judicial de la Nación

ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable...” (Fallos: 328: 1491, voto de los Sres. Jueces Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni, considerando 27, página 1519).

8) Yendo al caso concreto de autos, del certificado obrante a fs. 238 se desprende que Matías Maximiliano Méndez registra una condena a la pena única de nueve años y tres meses de prisión, impuesta el 17 de marzo de 2006, como autor, entre otros, de los delitos de robo agravado por haber sido cometido con arma de fuego, y robo reiterado, uno de ellos en grado de tentativa. El vencimiento de dicha pena operará el 5 de marzo de 2014, y al momento del hecho se encontraba gozando de libertad condicional, la que le había sido otorgada el 5 de febrero de 2011.

En consecuencia, siendo evidente que el nombrado cumplió pena privativa de libertad con anterioridad, en razón de delitos que afectaron sustancialmente los mismos bienes jurídicos que ahora vulneró, se impone declararlo reincidente con arreglo al artículo 50 del Código sustantivo.

Tal es mi voto.

XIV. COSTAS:

En atención al resultado del presente proceso, el imputado deberá cargar con las costas del proceso (inciso 3º del artículo 29 del Código Penal).-

EL DR. ADRIÁN N. MARTÍN DIJO:

I. Hecho imputado en perjuicio de Wierna Calderón

Comparto, en lo sustancial, el voto del juez Vázquez Acuña en lo que hace a la realización del hecho imputado y que damnificara a Wierna Calderón, tanto en lo que hace a la descripción fáctica del suceso, a su autoría como asimismo –aunque en forma parcial- a la calificación legal (robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa).

En ese sentido debe considerarse que Méndez intentó apoderarse de dinero y algún otro elemento ajeno mediante violencia en las personas y su conducta se vio agravada en virtud de haber intimidando al damnificado mediante la exhibición de un arma de fuego. El arma de mención se hallaba en condiciones de uso inmediato, al menos al inicio del suceso.

De los informes periciales incorporados al debate surge que el arma era apta y las municiones que poseía también lo eran, y que además resultaban adecuadas para el arma en cuestión. Ciertamente es que al momento del secuestro del arma esta se hallaba trabada, cuestión que retomaré en extenso al tratar la siguiente imputación. Sin perjuicio de ello, Rinaldi dijo en el debate que Wierna Calderón le aseveró que, en determinado momento del

suceso que damnificara a éste, el imputado manipuló el arma de forma tal que es sencillo derivar que fue en ese instante en que el arma quedó trabada. Es decir, y sin perjuicio del tratamiento posterior que realizaré sobre este punto, concluyo en que el imputado inició un robo con el uso de un arma cargada y apta para el funcionamiento, a pesar que el suceso finalizó con un elemento no apto para su uso inmediato. Con relación a que el suceso quedó en grado de tentativa me remito a lo señalado por el juez Vázquez Acuña lo cual, además no fue controvertido por las partes.

Sin perjuicio de ello, considero que la portación ilegítima del arma de guerra no concurre en forma real con el suceso calificado como robo sino que nos hallamos ante un concurso aparente. En esa línea ya me he expedido en otras oportunidades, entre las cuales se cuenta la sentencia dictada en la causa n° 4176 “Vera” del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 con fecha 30 de septiembre de 2013. En particular, considero que en este caso la acción de exhibir el arma formó parte de la violencia necesaria del robo, en este caso para intimidar a la persona que desapoderó. Asimismo, la portación del arma se halla contemplada en el tipo penal de robo con arma de fuego que exige el uso de un arma cargada y apta para el disparo. En efecto, entiendo que la figura de robo con arma de fuego interfiere en la operatividad de la de portación ilegítima de arma de guerra, por lo que se excluye la aplicación de esta última en el caso. Además en el caso no podría considerarse el caso de portación autónoma pretérita o posterior. Esto último es así porque no acreditó el acusador una portación anterior escindible del hecho de robo y, por otra parte, se confirmó que no hubo portación posterior debido a que el arma secuestrada en el lugar mismo del suceso al ser arrojada por el imputado.

En tal sentido, comparto lo señalado por la jueza Ángela Ledesma al expedirse, entre otros, en el caso citado por la defensa en su alegato (CNCP, sala III “Prada Ponce”, causa n° 5387, resuelta el 31 de agosto de 2005).

En suma, la conducta de Méndez debe ser calificada, a mi criterio, como típica del delito de **robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa** (art. 42, 45 y 166.2 párrafo segundo CP).

En lo que hace a la determinación de la pena, de conformidad a las pautas que indicara en la sentencia dictada en la causa n° 3537 “Cerqueira, Diego y Blasco, David s/robo agravado”, y reiterara en la dictada en la causa n° 3542 “Serrano, Miguel A. y Diaz, Andrés M. s/ robo agravado” -ambas del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 -, considero que por imperativo legal y constitucional -ante la ausencia de otra pauta normativa- corresponde establecer como punto de ingreso en la escala penal, el mínimo de ella. A partir de ese punto de ingreso deberá, según este criterio, habilitarse mayor poder punitivo alejándose del mínimo de la escala exclusivamente ante la existencia de agravantes contenidos en el injusto y, por otra parte, reducir esa habilitación punitiva de concurrir pautas atenuantes, sean éstas últimas del injusto o de la culpabilidad.

En el caso, encuentro como pautas **agravantes:** a) el uso de un arma desprovista de uno de sus seguros, lo cual ha aumentado el riesgo de ser disparada y, en consecuencia, la posibilidad de afectación de la integridad física del damnificado –al menos al inicio del suceso-; b) la reiteración de secuencias en las que abordó al damnificado y le

Poder Judicial de la Nación

exigió más dinero u objetos, lo que da cuenta de una mayor extensión del acontecimiento, c) que el imputado haya intentado ingresar a un domicilio ajeno hacia el final del suceso, lo cual fue impedido por el damnificado sosteniendo la puerta de ingreso al edificio, d) el uso de un vehículo, el cual dejó encendido, para obtener mayor posibilidad de huir del lugar y consumir el delito, y e) el aprovechamiento del lugar y horario sin gran circulación peatonal o vehicular, pero con la posibilidad de introducirse rápidamente en una avenida.

Por su parte, no observo elementos **atenuantes** vinculados a los injustos relatados más allá de que el hecho ha quedado en grado de tentativa lo que de por sí ya se encuentra considerado en el art. 44 CP en cuanto a la escala punitiva. No obstante ello, sí advierto atenuantes a considerar en lo que hace a la situación personal del imputado. Al respecto valoro que a) que desde su infancia ha tenido consumos conflictivos de estupefacientes, y b) que ha estado en condiciones de encierro durante muchos años, y c) que hacía muy poco tiempo que se hallaba en libertad procurando conseguir sustento propio y de su familia.

Evidentemente todo lo indicado, lo cual surge del informe social y de la audiencia mantenida, le ha generado un aumento de su vulnerabilidad social, y por ende al sistema penal, que debe considerarse en este momento.

En función de la calificación legal propuesta, las pautas en cuanto a las agravantes y atenuantes valoradas precedentemente, he de considerar que la pena adecuada a los sucesos acreditados **debe ser la de tres años y diez meses de prisión.-**

Respecto de la pena única solicitada por el MPF, considero adecuada la imposición de la **pena única de doce años y diez meses de prisión**, comprensiva de la propuesta y de la pena única de nueve años y tres meses de prisión dispuesta en la causa n° 2184/2205 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 (art. 58 CP). Asimismo corresponde revocar la libertad condicional que respecto de esta última había sido dispuesta (art. 17 CP).

II. Hecho imputado en perjuicio de Marcos Rinaldi

Distinta será mi decisión respecto del restante suceso imputado, a saber: el calificado como tentativa de homicidio respecto de Marcos Rinaldi. La imputación dirigida a Méndez relacionada a la tentativa de homicidio por la cual la fiscal lo acusara reposaría en varias premisas, según lo ha sostenido la referida fiscal. Sin embargo, a poco de andar cabe observar que esa multiplicidad de premisas no es tal y que la acusación sólo se sustenta en los dichos del oficial de policía que en milésimas de segundo observó, según dijo, que Méndez presionó “al menos una vez”, la cola del disparador cuando lo apuntaba o, para reproducir las palabras del policía, cuando aplicó “el dedazo”.

Por otra parte, se cuenta con la firme negativa del imputado respecto de ese tramo fáctico. En lo relacionado al robo con el uso de armas éste no ha negado la imputación sino que, por el contrario aceptó su responsabilidad en ella, mas en lo relacionado a la tentativa de homicidio dijo varias veces durante el debate que no había intentado efectuar el disparo que le adjudicaban.

En estos términos la tradicional doctrina indicaría que estamos ante dos dichos contrapuestos y que a partir de allí no es posible avalar la acusación fiscal. No

obstante ello, no considero que esa forma de valorar la prueba sea adecuada. Es más, en numerosas oportunidades he considerado probada la imputación con el solo dicho del presunto damnificado, aún frente a la negativa del imputado. Es decir no existen, a mi criterio recetas cuantitativas de valoración de prueba sino que la regla de la sana crítica autorizaría a establecer condenas contando con un único testigo del suceso. Sin embargo, para ello es imprescindible no sólo fundamentar las razones por las cuales, mediante pruebas diversas, se le otorga credibilidad a la hipótesis acusatoria sino que además es ineludible establecer los motivos por los cuales cabe desacreditar plenamente la hipótesis alternativa.

Es decir, por un lado la hipótesis acusadora debe estar pluriconfirmada respecto de su valor explicativo, aún cuando en lo que hace a la prueba testimonial se sostuviera en un único testigo, lo que no implica que no debería estar avalada por otros elementos, siempre que fueran introducidos al debate. Por el otro, esa hipótesis debe haber sobrevivido como la única razonable, puesto que si la hipótesis alternativa planteada por la defensa no hubiera sido desvirtuada por la acusación, entonces aquella no podrá sustentar una condena.

Adentrándonos en la cuestión a resolver, cabe destacar que estamos ante la presencia de dos hipótesis contrapuestas. En ese sentido, debe añadirse que la hipótesis de la fiscal se halla construida sobre una serie de proposiciones fácticas que, como se verá, no todas se han verificado en el debate.

La fiscal al momento de alegar sostuvo respecto del primer tramo fáctico, pero en relación al uso del arma, que el imputado al abordar a Wierna Calderón "...extrajo el arma con la mano derecha ya que es diestro, como vimos en el juicio, mano donde tenía el casco, y le pidió que le diera todo lo que tuviera, accionando la corredera y apuntando al damnificado exigiéndole que le entregara más...". Sobre ello volveré luego, pero resulta relevante destacarlo ya que la acusación ubicará el accionar de la corredera del arma en dos momentos distintos, según el tramo fáctico que analice lo cual de por sí torna endeble parte de su acusación.

Respecto del segundo tramo calificado por la fiscal como tentativa de homicidio, dijo que al escuchar los gritos Rinaldi bajó del móvil y "...se acercó a tratar de hablar con el imputado, lo tocó en el hombro, ante lo cual el imputado que es diestro y tenía el casco (hizo) un movimiento y cree que no le dio tiempo para correr hasta el último tramo el arma como para poder disparar...". En otro tramo de su alegato, la fiscal insistió en que Rinaldi dijo que "...intentó agarrar al muchacho del hombro pero éste le pegó en el brazo, se quiso zafar y cuando esta persona fue para atrás sacó el arma de la cintura y cree que no le dio el tiempo para darle bien a la corredera...". En otro momento la fiscal también aseveró que Rinaldi dijo que "...lo tomó del brazo, la persona se soltó, luego escuchó un ruido y esta persona le disparó..."

Adviértase que la fiscal nuevamente colocó en cabeza del imputado el accionar la corredera, pero en un momento distinto: al encontrarse con Rinaldi, e incluso puso en boca de Rinaldi dichos que éste no afirmó. Estas premisas la acusación las utilizó para sustentar la voluntad de efectuar el disparo que el imputado niega. Ahora bien, más

Poder Judicial de la Nación

allá de que el imputado niega la conducta atribuida, esas afirmaciones de la fiscal están huérfanas de todo sustento probatorio. Sobre ello también retornaré luego cuando analice los dichos de Rinaldi.

La acusación en el alegato agregó que el imputado "...en este forcejeo... no tuvo el tiempo para tirar la corredera, por eso la bala quedó trabada y no salió y esto le salvó la vida al subcomisario Rinaldi", apuntando además que "...esto le provocó bronca al imputado que la tiró y por eso nadie oyó un balazo, porque la bala quedó trabada..."

Aquí se observa otro agregado en la hipótesis fiscal que no se compadece con lo relatado por los testigos. En efecto nadie habló de ningún tipo de forcejeo ni tampoco es evidente que el imputado haya arrojado el arma porque algo le hubiera provocado bronca, como lo asevera la fiscal.

Apunta la acusación que si bien los demás agentes policiales y el damnificado del robo no observaron lo relatado por ella, "...todos son contestes en que vieron una situación y la situación que se ve es este forcejeo, que la persona huye y luego el arma queda tirada...". En ese sentido afirmó la representante del MPF en otro tramo de su exposición que Olariaga dijo que "...hubo un cruce de palabras entre Rinaldi y el imputado" y que "...vio que Méndez forcejeaba con el principal y corría...". Sin embargo, más allá de que Méndez haya arrojado el arma y que emprendiera la huida, los testigos que mencionó la fiscal nada más han dicho en el juicio. En efecto, el pretendido forcejeo no sólo no lo informó el propio Rinaldi, sino que sobre ello nada agregaron Wierna Calderón, de Castro u Olariaga. Lo único que sí indicó Rinaldi es que procuró detener la marcha de Méndez poniéndole una mano sobre el brazo y que éste lo esquivó, lo cual dista mucho de un forcejeo.

Dicho ello cabe ahora analizar lo que declaró en el juicio el propio Rinaldi. En lo pertinente relató que "...bajó del móvil pensando que era alguna incidencia menor, de dinero, ya que siempre sucede, entonces paró por el hombro al muchacho que se estaba yendo pero éste le pegó en un brazo, se quiso zafar, hizo un ademán con el hombro y **cuando volvió hacia atrás sacó el arma de la cintura o la tenía en la mano, ya que él no le había mirado las manos**, lo esquiva y vuelve **sin extender el brazo le dispara**, aclarando que vio que accionaba la cola del disparador, y como el disparo no salió la tiró al suelo, dio media vuelta y salió corriendo, **esto en fracción de segundos**; y que **esto lo vio la testigo**".

También aseveró Rinaldi que el imputado "...**estaba a un metro**; que **vio que accionó la cola del disparador una vez como mínimo**, y a posteriori se dio cuenta y luego el damnificado le contó que el individuo quiso hacer una recarga o algo para tirarle al damnificado y **se le trabó una vaina en la corredera**, pero aclara que esto no lo vio, y **piensa que por eso no salió el disparo, porque quedó atravesada una vaina servida**".

Por último, en lo importante para la resolución, a preguntas de la fiscal Rinaldi también afirmó que "...si cuando bajó del móvil hubiera sabido que esta persona tenía el arma habría gritado «alto policía», exhibido su arma y esperado la reacción del sujeto, pero **no tuvo tiempo**; que el sujeto lo apuntó con la mano derecha y **no recuerda si**

en la otra tenía el casco o no pues vio el arma y se enfocó en eso; y que no recuerda si vio que se descartara de algún otro objeto” (los destacados han sido agregados).

Es decir, de los dichos del único testigo que vincularía directamente a Méndez con la decisión de producir un disparo se derivan algunas referencias ineludibles a la hora de valorar las pruebas. En primer lugar que el suceso en cuestión acaeció “...en fracción de segundos...”. Es así que Rinaldi dijo que en ese marco el imputado “se zafó” de la interceptación del policía, se volvió hacia atrás y a un metro de distancia, “sin extender el brazo... accionó la cola del disparador una vez como mínimo”. En segundo lugar, cabe destacarse que sobre la inmediatez de la situación dijo Rinaldi que lo acontecido lo tomó por sorpresa, puesto que había pensado que se trataba de un incidente menor. Es así que expresó que “no tuvo tiempo”. En tercer término, y con relación a la cantidad de veces que Méndez podría haber intentado dispararle también fue dubitativo apuntando que “accionó la cola del disparador una vez como mínimo”, agregando que lo apuntó con la mano derecha, pero que no recordaba “...si en la otra (mano) tenía el casco o no pues vio el arma y se enfocó en eso”. Asimismo añadió que tampoco recordaba si se había descartado de otro objeto.

Como se ve la memoria del testigo posee algunas lagunas, lógicas y entendibles en una situación como la vivida durante unos brevísimos instantes en el marco de un procedimiento que creía de menor entidad y durante la noche.

Además de ello, también aparece como relevante el hecho de que el testigo haya destacado los dichos que el propio damnificado del robo le dijera luego, y que se enterara que el arma se la habría hallado trabada. Obsérvese que Rinaldi dijo que “...luego el damnificado le contó que el individuo quiso hacer una recarga o algo para tirarle al damnificado y **se le trabó una vaina en la corredera**, pero aclara que esto no lo vio, y **piensa que por eso no salió el disparo, porque quedó atravesada una vaina servida**”.

Más allá de que lo que trabó el arma no fue una vaina servida como dijo Rinaldi -lo que también da cuenta de la forma en que recuerda lo sucedido-, es destacable que sí se deduce sin dificultades que Rinaldi habló con Wierna Calderón sobre lo acontecido en ese instante y también supo en esos momentos sobre las condiciones en que había sido hallada el arma.

Considero que no es posible, con el plexo probatorio referido, descartar que Méndez hubiera apuntado con el arma a Rinaldi y por alguna razón distinta a la pretendida por la fiscal hubiera, inmediatamente, arrojado el arma y corrido. Considérese que tampoco se compadece con los dichos de Rinaldi la referencia efectuada por la fiscal en punto a que Méndez al encontrarse con Rinaldi extrajo el arma de su cintura. Rinaldi no pudo aseverar si ello aconteció así o si Méndez ya llevaba el arma en la mano, lo que haría todavía más entendible que casi por un acto automático hubiera apuntado con el arma a Rinaldi pero inmediatamente decidiera correr, sin que nunca se le hubiera representado la posibilidad de disparar, tal como el imputado lo ha dicho varias veces durante el debate.

Asimismo, es pertinente destacar además que la pretendida acción de disparar el arma no fue advertida por los compañeros de Rinaldi (de Castro y Olariaga) quienes bajaron del patrullero después que Rinaldi. Aún más, estos ni siquiera mencionaron

Poder Judicial de la Nación

durante el juicio que Rinaldi les hubiera referido inmediatamente después de la aprehensión de Méndez el suceso del pretendido disparo.

A ello debe añadirse que Rinaldi en ningún momento dijo, como lo aseverara la fiscal en su alegato, que hubiera visto a Méndez accionar la corredera o que hubiera escuchado un ruido antes de verse apuntado con el arma. Muy por el contrario, Rinaldi ni siquiera pudo establecer si Méndez llevaba el arma en la mano o si la extrajo de su cintura. En consecuencia, la proposición fáctica consistente en que Méndez accionó inadecuadamente la corredera del arma luego de toparse con Rinaldi fue hipotetizada por la fiscal sin ningún sustento probatorio.

Cierto es que si se hubiera acreditado -como pretende la fiscal- que Méndez hubiera accionado la corredera del arma frente a Rinaldi y que inmediatamente lo hubiera apuntado sin duda coadyuvaría a pensar que el imputado tuvo voluntad, al menos inicial, de efectuar un disparo. Sin embargo no tiene sentido alguno pensar esa hipótesis puesto que no tiene asidero probatorio.

Sólo se sabe fehacientemente, por lo indicado en el informe de fs. 129/132 que el arma que poseía Méndez y que éste arrojara al piso era apta para el disparo, de funcionamiento anormal debido a que tenía el seguro limado, que los proyectiles eran aptos para disparar con ese arma. Asimismo en el informe de fs. 68 se indica que en el momento del secuestro tenía una bala trabada en la corredera.

En suma, considero que se puede tener por cierto que cuando Méndez caminaba hacia la posición donde estaba Rinaldi, este intentó frenarlo poniéndole una mano en el hombro y que el imputado lo esquivó corriéndole la mano con su propio hombro y con un movimiento de cintura. Además se puede tener por acreditado que en ese contexto Méndez tuvo en sus manos el arma y, con alta probabilidad puede considerarse que le apuntó a Rinaldi o, al menos que la portó con el cañón hacia el frente. Por último es correcto afirmar que Méndez arrojó el arma antes de huir y que también se deshizo de dos objetos que llevaba consigo: su propio casco y el helicóptero de juguete propiedad de Wierna Calderón.

En ese contexto de rapidez, proximidad, nocturnidad, ubicados en la vía pública con iluminación artificial, es que Rinaldi asevera haber visto, al menos, un “dedazo” sobre la cola del disparador sin poder afirmar si hubo más intentos de disparos, si el arma la sacó Méndez de la cintura o ya la llevaba en la mano, o si tenía otros objetos en las manos. Es decir, la imagen que en su memoria tiene Rinaldi ni siquiera esta plenamente clara para él. En efecto, se sabe que Méndez caminaba con el casco en alguna de sus manos o colgado en su brazo, ya que lo tiró luego de iniciar su huida, y que también llevaba debajo del brazo una caja con el helicóptero de juguete que el damnificado del robo le había comprado a su propio hijo ya que también se conoce que Méndez lo dejó caer luego de la situación que lo vinculara con Rinaldi.

Con este marco no advierto que la hipótesis acusatoria se halle pluriconfirmada ni que la hipótesis alternativa haya quedado desvirtuada.

Cabe destacar además dos cuestiones adicionales, en relación al presunto intento de disparo cuando el arma ya se encontraba trabada. En primer término, que Rinaldi

no pudo haber percibido por otro sentido ningún estímulo sensorial que hubiera apoyado lo que dijo haber visto. Es decir, que no ha habido ningún ruido compatible con el accionamiento de la cola del disparador. Por otra parte, lo que Rinaldi dice haber visto es un "dedazo" que, cabe resaltar, no es el recorrido habitual del dedo que ya de por sí es de sólo unos milímetros. La situación es aún más difícil de observar en este supuesto, ya que la traba del mecanismo debió impedir cualquier movimiento observable de la cola del disparador. Es decir, lo que vio Rinaldi no está complementado tampoco por un ruido, ni tampoco lo visto es lo que habitualmente se debe ver al observar un disparo de arma, sino un recorrido nimio o directamente nulo debido a la traba del mecanismo.

Es por todo ello que lo que Rinaldi vio, o creyó ver, ocurrió de una forma para nada limpia, evidente y sin obstáculos, sino de noche, en fracción de segundos y atravesada por objetos y ubicaciones de los brazos de Méndez que no permiten dar pleno crédito a lo que Rinaldi dice haber visto. Estas otras cuestiones también colaboran en hacer más endeble la hipótesis acusatoria y, coetáneamente en reforzar la viabilidad de la hipótesis alternativa sostenida en el debate por Méndez y por sudefensa.

En esa línea argumental cabe resaltar que Rinaldi dijo expresamente, y gesticuló en tal sentido, que Méndez lo habría apuntado con la pistola desde su propia cintura, realizando el ademán sin despegar la mano ni el arma de la cintura donde la llevaba. Se advirtió en el debate que ese movimiento habría exigido incluso en el imputado un movimiento del torso hacia atrás lo que, además, así lo representó Rinaldi en el juicio. También dijo Rinaldi que ello lo pudo observar la testigo, sin saber si se refería a Fernández Claro o a Pamela Rodríguez.

Con relación a Fernández Claro ha sido la propia acusación la que optó por desistir de su testimonio debido a que se encontraba de viaje al momento del debate. Con relación a Pamela Rodríguez, vale señalar que la testigo dijo, en lo pertinente a esta cuestión, que vio como Méndez se encontraba con el oficial de policía y que en determinado momento le apuntó con el arma y luego que salió corriendo en dirección contraria al tránsito. Sobre ello cabe destacar en primer lugar que Rodríguez dijo no saber ni haber visto que Méndez hubiera accionado la cola del disparador, y en segundo lugar llama poderosamente la atención que para gesticular la forma en que Méndez habría apuntado a Rinaldi, Rodríguez estiró el brazo derecho completamente hacia adelante y formando un ángulo de 90° con el torso, lo que claramente se contrapone a lo dicho por Rinaldi.

De ninguna manera estoy siquiera sospechando de la mendacidad de ninguno de los dos testigos sino que, por el contrario, entiendo que la rapidez de la escena, lo sorprendente para ambos, y las demás condiciones detalladas hacen que no sea posible establecer qué cosa efectivamente vieron los testigos y qué cosa construyeron luego en su memoria a partir de premisas aisladas.

Esta serie de aspectos hacen que, sin dudar de que Rinaldi válidamente pudiera haber creído que Méndez haya querido dispararle, no permiten considerar que eso es lo que ocurrió más allá de toda duda razonable. Adviértase que al arrojar el arma, inmediatamente secuestrada por personal policial, se pudo constatar, como lo afirmaron los

Poder Judicial de la Nación

testigos, que esta tenía obstruido el mecanismo por la bala referida. No es para nada descabellado pensar que Rinaldi, a partir de haberse visto apuntado por Méndez, con más el hecho de enterarse de que la pistola estaba trabada, pudo haber construido el resto de la escena convenciéndose incluso de haber visto el accionar de la cola del disparador.

Vale destacar que sobre la memoria y su construcción ha dicho Enzo Traverso que “...al extraer de la experiencia vivida, la memoria es eminentemente *subjetiva*. Está anclada en los hechos a los que hemos asistido, hechos de los que fuimos testigos, incluso actores, y a las impresiones que grabaron en nuestro espíritu. Es cualitativa, singular, se preocupa poco por las comparaciones, por la contextualización, por las generalizaciones. No necesita pruebas para aquel que es portador de ella. El relato del pasado que un testigo nos brinda - siempre y cuando este último no sea un mentiroso concierne- siempre será *su* verdad, o sea, la imagen del pasado depositada en él. Debido a su carácter subjetivo, la memoria jamás está fijada; se parece más bien a una obra abierta, en transformación permanente. No sólo, según la metáfora de Benjamín, "la tela de Penélope" se modifica todos los días gracias al olvido que nos acecha, para reaparecer después, a veces mucho después, tejida en una forma distinta a la del primer recuerdo. El tiempo no está solo en la tarea de erosionar y debilitar el recuerdo. La memoria es una construcción, **siempre filtrada por conocimientos adquiridos posteriormente, gracias a la reflexión que sigue al acontecimiento, gracias a otras experiencias que se superponen a la primera y modifican el recuerdo**”, añadiendo que “...la memoria, ya sea individual o colectiva, es una visión del pasado siempre matizada por el presente” (Traverso, Enzo “El pasado, instrucciones de uso”, ed Prometeo, Bs As., 2011, p 22 – el destacado ha sido agregado).

Con relación a la hipótesis acusatoria, insisto en que lo afirmado por la fiscal en torno a que Méndez en algún momento accionó la corredera del arma frente a Rinaldi, que no lo hizo completamente –tal vez debido a que llevaba en el brazo el casco-, que ello hizo que la bala se trabara, que apuntó a Rinaldi, que intentó disparar y que, al ver que el disparo no salió arrojó el arma y huyó, es lógico y posible. Lo que ocurre es que casi todo ese relato no se sustenta en ninguna prueba a punto tal que la propia fiscal puso en boca de Rinaldi cuestiones que éste no dijo, tales como que observó el accionar de la corredera del arma o que escuchó un ruido compatible con ello.

Descartadas las cuestiones que no tienen sustento probatorio, sólo quedan, sustancialmente, los dichos de Rinaldi. Ahora bien, en el marco de un juicio penal, es ineludible que los jueces procuren advertir, si las aseveraciones que los testigos pronuncian acerca de los hechos observados por ellos, son producto de la experiencia vivida, o bien son además medidas por construcciones de segundo o tercer orden, parafraseando a Traverso, filtrada por conocimientos adquiridos posteriormente, o gracias a la reflexión que sigue al acontecimiento, o incluso debido a otras experiencias que se superponen a la primera y modifican el recuerdo.

En tal sentido no puedo descartar que el recuerdo de Rinaldi sobre el “dedazo”, contextualizado como ya se hizo en términos de tiempo y espacio, esté en su

memoria filtrado por la vivencia de verse sorprendido y apuntado, y por el hallazgo posterior de la pistola trabada.

En consecuencia, la posibilidad de que el relato de la fiscal fuera creíble, incluso hasta posible, no es suficiente para condenar a una persona si además no se descarta la hipótesis alternativa firmemente sostenida por el imputado al reconocer la comisión del robo pero no la de la tentativa de homicidio. En suma, corresponde interrogarse sobre si es posible y razonable que lo que dijo el imputado es creíble, y la respuesta sin dudas es también afirmativa.

La doctrina y, en menor medida, la jurisprudencia ha trabajado esta cuestión. Al respecto cabe destacar en primer término que Maier ha sostenido que "...la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aún la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución..." (Maier, Julio B.J.: "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", tomo 1, 2º edición, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, p 495). Por su parte, Cafferata Nores ha dicho respecto de la situación del caso en el que no se presenta "...la firme convicción de que el acusado es verdaderamente culpable... no por la inexistencia de dudas sobre ello, sino por su disipación o superación", que la superación de las dudas "...no podrá obedecer apuras decisiones de voluntad ni a simples impresiones de los jueces, sino que deberá ser la expresión (o el fruto) de una consideración racional de las pruebas del proceso, que explique de qué modo pudieron ser disipadas las dudas que había y cómo se llegó, a pesar de ellas, a la convicción de la culpabilidad"(Cafferata Nores, José I.; "La prueba en el proceso penal", Depalma, Buenos Aires, 2001, p 12).

En tal sentido, Ferrajoli consideró que la previsión del Código Procesal Penal italiano, artículo 192, al prescribir "...una pluralidad de datos probatorios 'graves, precisos y concordantes' ha legalizado la necesidad epistemológica de una pluralidad de confirmaciones según el esquema del *modus ponens*". Agregando que "...en segundo lugar, la previsión, en el mismo artículo 192, de la obligación del juez de 'dar cuenta de la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados' equivale a la prescripción de que la motivación explicité todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por el juez, además de los criterios pragmáticos y sintácticos por él adoptados, incluidos los de las contra pruebas y las refutaciones por *modus tollens*" (Ferrajoli, Luigi: "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", ed. Trotta, Madrid, 1995, p155).

En la misma línea se ha dicho que "...todo veredicto de condena, se debe cimentar en una multiplicidad de pruebas homogéneas, unívocas y unidireccionales que acrediten, con el grado de certeza necesario, la recreación histórica de los acontecimientos y la responsabilidad penal del o los autores del hecho ilícito", lo que no advierto en este punto del caso a juzgar (Cfr. entre mucho otros, CFCP, sala II, causa n° 10282 "Paredes", resuelta el 24 de mayo de 2012 –voto de la jueza Ledesma-, CFCP, sala II, causa n° 14112 "Abollo", resuelta 7 de mayo de 2012 -voto del juez Slokar-) .

Poder Judicial de la Nación

Por su parte la CSJN ha dicho en el caso “Vera Gimenez” (Fallos 329:6019), resuelto el 27 de diciembre de 2006, específicamente, en su considerando 8º, que la conclusión a la que se arribara en el fallo recurrido suponía “...vaciar de contenido al principio *in dubio pro reo* en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación)”.

Es pertinente destacar entonces dos cuestiones. Por un lado, tal como lo hace Ángela Ledesma recuperando las palabras de Sentís Melendo, “...no se trata de duda sino de otro fenómeno: falta de pruebas” (Sentís Melendo, S. “In Dubio Pro Reo, Ejea, Buenos Aires, 1971, p 158). Por el otro, coincidentemente con aquello, y tal como lo refiere Roxin, “...la mera seguridad subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la prueba producida no permite una conclusión racional sobre a autoría del acusado” (citado por Bacigalupo, Enrique, en “La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios”, ed Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p 27).

En tal sentido, y con relación a una valoración racional de la prueba en el proceso penal es conocido el trabajo de Ferrer Beltrán quien en primer lugar ha querido desligarse de la sola exigencia de convicción o certeza subjetiva del juez, y luego a querido aportar más precisión al estándar de “más allá de toda duda razonable” (Ferrer Beltrán, Jordi; “La valoración racional de la prueba”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p 148 y ss). Es así que concluye en su trabajo que, para tener por probado la hipótesis acusatoria en el proceso penal es necesario que ella deba “...ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas”, pero que además deban haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*”.

Sobre la segunda parte del estándar, ha referido Ferrer Beltrán que se exige que “...se hayan refutado todas las hipótesis compatibles con la inocencia... excepto: 1) las implausibles, 2) las que no sean compatibles con los datos del caso de que se disponga y 3) las meras hipótesis *ad hoc*”. Sobre ello agrega que “...entiendo por hipótesis implausible sólo aquella que no es compatible con el estado actual del conocimiento o que no tiene ninguna base en éste para sustentarse”. Por otro lado, agrega, tampoco exigen refutación las hipótesis formuladas mediante estrategias *ad hoc*. A fin de explicar este concepto, expresa Ferrer Beltrán que son casos de hipótesis construidas con datos añadidos e improbables, es decir que no sea empíricamente contrastable, no sensibles a la experiencia.

Conexa con esta cuestión es la situación que trata el autor al descartar la teoría de la inferencia a la mejor explicación que considera, en todo caso, válida en el proceso civil pero no en el marco penal ya que “...puede suceder que la hipótesis de la acusación sea una mejor explicación de los hechos que la hipótesis de la defensa, pero que a pesar de ello no sea una buena explicación”, y asimismo podría ocurrir que ambas

“...hipótesis explicativas en conflicto, tanto de la acusación como de la defensa, [fueran] buenas”.

En esos escenarios, aceptar una acusación, implicaría una aceptación de una fuerte debilitación del estándar probatorio. Sin perjuicio de estas elaboraciones, reafirma Ferrer Beltrán, que si bien aquellos requisitos “...exigen un grado muy alto de corroboración de la hipótesis acusatoria en un proceso penal... el cumplimiento del estándar no garantiza la no comisión de errores de ningún tipo”. Es por ello que frente a un estándar exigente, “...es previsible que se cometan más errores del tipo falso negativo (absoluciones falsas) que del tipo falso positivo (condenas falsas). No obstante ello, éstos últimos no están excluidos, lo que demuestra carácter inseguro del razonamiento inductivo. Es por ello, que lejos de flexibilizar un estándar se deben extremar los recaudos para evitar de la mejor manera los falsos positivos.

Al respecto, existe una situación referida por Ferrer Beltrán y que se ha debatido recientemente en el marco de los nuevos sistemas de enjuiciamiento adversariales, a saber: si “...una forma de disminuir las falsas absoluciones (aumentando las falsas condenas, claro) podría ser debilitar la exigencia de la segunda cláusula del estándar de prueba, de manera que se requiera únicamente refutar las hipótesis compatibles con la inocencia efectivamente alegadas por la defensa, en caso de que haya alegado alguna”. Sobre ese punto, cierto es que “...es evidente que de este modo se facilita más el cumplimiento del estándar por parte de la corroboración de la hipótesis de la culpabilidad”, y que “la elección de un estándar más o menos exigente es ya una decisión enteramente política”. Ahora bien, en nuestro sistema constitucional considero que no es posible descartar una hipótesis alternativa plausible y no refutada por el sólo hecho de que la defensa no la hubiera planteado, o no lo hubiera hecho con la precisión y firmeza que la situación requeriría, máxime cuando desde la defensa se hubiera elegido explorar otras hipótesis que finalmente no hayan tenido esa misma fuerza. En suma, considero que si existe una hipótesis posible no destruida, aún cuando ella no hubiera sido fuertemente planteada por la defensa, la acusación no puede prosperar.

En parte, el caso que nos ocupa transita por esos carriles. Considero que el testigo Rinaldi no miente, sino que lo que recuerda ha estado mediatizado muy fuertemente por la rapidez de lo acontecido, la sorpresa, el impacto emocional y la necesidad de llenar lagunas o baches en el relato por lo que su testimonio no es posible considerarlo válidamente como único sostén de una condena, máxime si se le añade que luego de lo acontecido se enteró de cuestiones relevantes relacionadas al arma que lo habrían podido impulsar a completar el relato.

En tal sentido considero que el testimonio que acreditaría que Méndez además de apuntar a Rinaldi, accionó la cola del disparador, no sólo es únicamente el del oficial de policía, sino que además esos dichos se encuentran contextualizados en un momento, espacio y circunstancias que hacen necesario que deban ser abastecidos con otros elementos de convicción para dar apoyatura a un veredicto de condena. Al no existir en el caso esos otros elementos, concluyo en que la imputación, sobre este punto, no ha presentado un marco probatorio unívoco sobre las alternativas que giraron en torno al

Poder Judicial de la Nación

acaecimiento del evento juzgado, más bien existe un cuadro incierto, con dos alternativas razonables, lo que no satisface la exigencia de certeza que requiere todo veredicto de condena. En tal sentido, debe primar el principio *in dubio pro reo*.

En suma, debe primar el principio de inocencia y la consecuente obligación de que la carga de la prueba de toda imputación recaiga en el acusador y no en el imputado. Es por ello que, a mi criterio, en este caso una condena respecto del hecho controvertido del juicio lesiona los principios constitucionales y convencionales establecidos en los arts. 18, 75.22 CN, éste último en función de los arts. 8.1 y 8.2 de la CADH y arts. 14.1 y 14.2 del PIDCyP).

Es por lo expuesto que postulo la **absolución** por el suceso imputado que fuera calificado por la fiscal como tentativa de homicidio, por no contar la acusación con prueba suficiente para pretender una condena.

III. Accesorias legales

Respecto del planteo efectuado por la defensa en relación a las previsiones del art. 12 CP, debo señalar que desde la sentencia dictada el 11 de octubre de 2011, en la causa n° 3537 “Cerneira” del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15, he señalado que las penas accesorias comprendidas en el art. 12 del CP deben ser analizadas, para su aplicabilidad, según la relación que tuvieran con el hecho por el cual se dispone la condena. Asimismo, en aquella oportunidad me pronuncié por la inconstitucionalidad del art. 19.2 CP en tanto restringe el derecho al voto a todas las personas condenadas a más de tres años de prisión. Asimismo, en la sentencia dictada en la causa n° 4176 “Vera” del registro del mismo tribunal, con fecha 30 de septiembre de 2013, amplié algunos fundamentos por los cuales considero inviable constitucionalmente el art. 19.2 del CP y el art. 3.e del Código nacional Electoral.

En efecto, el art. 12 CP establece la pena de inhabilitación absoluta como accesoria de toda pena privativa de libertad mayor de tres años. Esta inhabilitación importa en los hechos una incapacidad civil que implica las privaciones contenidas en los distintos incisos del art. 19 CP (en especial la privación del derecho electoral) y la suspensión de derechos civiles previstos en la segunda parte del art. 12 (en particular, la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos)

Como indican Zaffaroni, Alagia y Slokar, esta incapacidad civil tiene el carácter de pena accesoria y no el de una mera consecuencia accesoria de la pena, porque la privación efectiva de la libertad no necesariamente la implica” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, op. cit., p 985). De hecho retomaré la cuestión para destacar las razones por las cuales de ninguna manera el encierro impide a una persona condenada el ejercicio de sus derechos civiles, sea mediante traslados al exterior de la unidad carcelaria, sea durante el ejercicio del régimen de salidas establecidas en la ley de ejecución penal, o sea a través de la figura del mandatario especial contemplada en la legislación civil.

Es así, que entiendo que, salvo específicos casos en los que el tribunal deba aplicar alguna de estas sanciones por hallarse indisolublemente ligadas al delito cometido –

por ejemplo la privación de la patria potestad ante un caso de un delito cometido por el padre respecto de sus hijos-, su aplicación automática a toda pena de prisión superior a los tres años implica un ejercicio habilitante de poder punitivo lesivo de derechos de raigambre constitucional.

Obsérvese que en relación a la privación del ejercicio de la patria potestad, salvo los casos especialísimos indicados antes, no es posible aplicarla sin aceptar una afectación al principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, por un lado, y por el otro, al derecho de los niños de ser respetados en su interés superior y, en particular, a estar en contacto pleno con sus padres con independencia de lo que ellos hayan realizado (arts. 5, 7.1, 8.1, 9.1, 18.1, entre otros Convención sobre los Derechos del Niño). Aún más, en el caso de que el otro progenitor considerara que es necesario la suspensión de la patria potestad respecto del padre condenado, no sólo no tendría inconveniente alguno en requerirlo al juzgado con competencia civil pertinente sino que además se le exigiría que probara dicha necesidad y, además, sería requisito cumplir con el derecho del niño de ser oído.

Por su parte, la inhabilitación para la administración de los bienes es, como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, "...la más marcada supervivencia de la muerte civil" (op. cit., p 986), siendo además claro que aquella no resulta de la restricción ambulatoria que importa el encarcelamiento. Nuevamente, correspondería aceptar su aplicación a contextos muy restrictivos que en el caso no acontecen.

En esta línea de análisis no es menor destacar lo estipulado por las "Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos", adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955). En la regla 61 se indica explícitamente que "...en el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse en lo posible a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos...Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos".

Por su parte, en esa misma línea, el Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina, años 2005-2006, Resolución MJyDH n° 303/04 y n° 136/05) propuso dejar sin efecto la inhabilitación absoluta prevista por los arts. 12 y 19 CP bajo el argumento de que tal incapacidad priva al condenado de derechos inherentes a la condición de persona humana, derechos que deben serle reconocidos aun cuando se encuentre privado de su libertad. Es así que entre los fundamentos se señaló que "...se suprime como efecto de la inhabilitación absoluta la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, por resultar lesiva a derechos constitucionales. Asimismo se aclara que la privación del derecho electoral sólo puede establecerse para ser electo, porque el principio republicano adoptado por la Constitución

Poder Judicial de la Nación

obliga a evaluar la idoneidad personal de los funcionarios públicos pero no puede ser consagrada para ser elector dada la inexistencia de norma constitucional alguna que imponga tal tacha, y la ley infraconstitucional no puede establecer distinciones al respecto”.

Sobre este último punto, el derecho al sufragio, cabe relevar que las limitaciones normativas al voto parten de disposiciones anteriores a la reforma constitucional de 1994. Es así que ciertas disposiciones de la legislación anterior a esa reforma –aún cuando pudieran haber sido cuestionadas desde el punto de vista constitucional ya con anterioridad- deben ser sometidas a un nuevo test de constitucionalidad tendiente a confirmar su legitimidad.

En tal sentido entre los nuevos derechos y garantías expresamente reconocidos se incluyó el art. 37 CN que establece “...el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia” y que “el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”. Al respecto vale sostener que el adjetivo “pleno” que describe la garantía tiene el sentido de otorgarle la mayor amplitud compatible con las exigencias de una sociedad democrática. Ante ello la privación del derecho electoral anula la aquella manda constitucional. De la misma forma las características de universalidad e igualdad anexas al sufragio son incompatibles con su privación a una categoría de personas, en el caso los condenados a penas privativas de libertad mayores a tres años.

También es importante destacar que la CADH indica en el art. 23.1.b, el derecho a votar y que éste puede ser reglamentado, entre otras razones, por una condena en un proceso penal (art. 23.2). Sin embargo, esa reglamentación no puede implicar la anulación del derecho. Obsérvese en tal sentido que la misma convención prescribe que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (art. 5.6), y por otra parte, el art. 30 establece que “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En consecuencia, es evidente que siendo el único propósito convencionalmente legítimo de la pena la reforma y readaptación social de los condenados, debe demostrarse racionalmente porqué la privación del derecho a elegir a los representantes satisface aquel propósito. Ese pretendido propósito no sólo no se deriva de la restricción sino que, por el contrario la disposición de los arts. 12 y 19 CP parece responder a otros ideales. Obsérvese en tal sentido que, a partir de las disposiciones del CP, se podría autorizar a extender la privación hasta tres años más luego de cumplida la pena. Evidentemente las razones poseen un carácter de tinte vindicativo y deshonoroso. La misma ley n°8871, denominada “Ley Saenz Peña”, expresamente disponía que se encontraban excluidos del padrón electoral: “...*Inciso 3. Por razón de indignidad:... f) Todos aquellos que se hallen bajo la vigencia de una pena temporal, hasta que ésta sea cumplida*”.

Sobre la ejecución de la pena privativa de libertad, y en consecuencia relacionado a la forma de ejercer los derechos durante ello, la CSJN explicitó algunas

importantes líneas directrices en el fallo dictado en la causa "Romero Cacharane, H. A. s/ ejecución penal", resuelta el 9 de marzo de 2003. Al respecto vale señalar que sostuvo la CSJN que aunque determinados derechos de condenados a prisión pueden ser disminuidos por las exigencias del encierro, ello no implica que pueda despojárselo de su protección constitucional. En consecuencia, al no haber ninguna relación entre la aplicabilidad de la pena y la imposibilidad de ejercer el derecho al voto, esta restricción no puede entenderse derivada de aquella situación de encierro.

Al respecto debe considerarse que no sólo no se verifica imposibilidad fáctica alguna para que las personas que se hallan en encierro puedan votar, sino que ello de hecho se ha realizado en numerosas oportunidades desde que la CSJN dictó sentencia en la causa "Mignone, Alberto Fermín s/ acción de amparo" resuelta el 9 de abril de 2002 (Fallos 325:524). Allí se consideró inconstitucional la prohibición del ejercicio del sufragio a los detenidos sin condena firme. A partir de esa disposición se agregó al Código Nacional Electoral el art. 3 bis que establece el derecho de toda persona en encierro sin sentencia firme a emitir su voto en todos los actos electorarios que se celebren durante el lapso en que se encuentre detenido (ley n° 25858). Es de allí que se confirma sin mayor dificultad que no existe ninguna relación entre la privación de libertad y la restricción del derecho al voto.

Por otra parte, también es de notable relevancia que el derecho privado es de aquellos clasificados como derechos políticos y como tal un derecho humano fundamental. En efecto, como ya se destacara el derecho a votar está garantizado en el art. 37 y 75.22 CN, este último en función del art. 25 del PIDCyP, entre otros. Ese derecho además posee una íntima relación con el sistema democrático lo cual, entre muchos otros lugares, está expresamente expresado en el art. 6 de la Carta Democrática Interamericana a referir que "la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia."

En este mismo sentido resulta relevante destacar las diversas presentaciones que la Asociación Pensamiento Penal (APP) y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) han efectuado ante diversos tribunales del país. Entre dichas presentaciones se destacan la que APP efectuó ante la Cámara Nacional Electoral en el caso "Castro Ricardo s/acción de amparo c/Estado Nacional-Código Electoral Nacional-art. 3 inc. 'e' ", causa n° 5481, que puede compulsarse en <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/08/Amicus-castro.pdf>, y la que ADC efectuó ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo fallo declaró la invalidez constitucional de la restricción del voto a condenados (cfr. TSJ "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. N° 8730/12 resuelto el 6 de septiembre de 2013). Por su parte, otros tribunales también reconocieron el derecho al voto de las personas condenadas a prisión, Entre ellos cabe destacar las resoluciones dictadas por el Juzgado de Garantías n° 8 de Lomas de Zamora, en la causa "E.E.M. s/ portación de arma de guerra sin contar con la debida autorización

Poder Judicial de la Nación

legal”, n° 00-016113-11, resolución del 20/10/2011; por la Cámara Federal de La Plata en el expte. n° 6574, “García de la Mata, Angel María s/su presentación”, resuelta el 22 de octubre de 2011, y por el Juzgado de primera Instancia de distrito de Ejecución Penal de Sentencia de la Ciudad de Santa Fe, expte. n° 646/2011, “Hábeas Corpus Correctivo Colectivo Internos alojados Cárcel Las Flores U2 de Santa Fe s/ solicitan emitir sufragio”, resolución del 27 de septiembre de 2011, entre varias otras.

Asimismo, es pertinente señalar sobre la existencia en el marco de la Cámara de Diputados de la Nación de un proyecto de ley (expte. 6153-D-2010) que reconoce lo discriminatorio de la situación que hoy nos rige. Así el proyecto indica entre sus fundamentos que se propone eliminar “...la arbitraria disposición que les niega de modo genérico la posibilidad de votar”.

El proyecto de mención enumera diversas razones en su favor, entre las que se destacan las siguientes: a) la condena penal no es una restricción legítima del derecho a votar, por cuanto –como lo indica CorteIDH, OC n° 5-85- los derechos sólo pueden ser restringidos si se persigue una finalidad adecuada, si es proporcional al fin que persigue y si no existe otra vía menos gravosa de para lograr el mismo fin; b) la jurisprudencia comparada ya invalida la prohibición absoluta del voto a los condenados (TEDH casos “Hirst v. Gran Bretaña”, “Frodl v. Austria”, entre otros); c) la condena penal no puede trascender la restricción de la libertad ambulatoria. En este punto los fundamentos del proyecto han destacado, con precisión y claridad que ComisiónIDH “...ha establecido, la privación de la libertad puede conllevar la restricción de algún otro derecho cuya limitación está indisolublemente ligada a la ejecución de la medida” y que la privación del derecho electoral “...no supera el umbral para tal justificación, pues nada exige la restricción de la libertad ambulatoria sobre la libertad política”; y d) la finalidad resocializadora de la pena establecida en el art. 5.6 CADH, exige no excluir a los condenados de nuestra comunidad. Allí se añadió específicamente que la restricción al voto “...lejos de integrarse a esa dinámica, resalta en cambio, la exclusión y el estigma como notas distintivas del castigo penal.”

No escapa a mi análisis que en el caso la aplicabilidad de esta pena accesoria se halla vinculada a la pena ya impuesta y que aquí se unifica. Sin embargo, conforme lo establece el art. 58 CP en función de la regla establecida en el art. 55 CP, el tribunal que unifica las penas podrá modificarlas con el único límite de no alterar los hechos ni las condenas impuestas.

En ese sentido propongo no aplicar en el caso la pena accesoria prevista en el art. 12 CP, por resultar en algún caso inconstitucional (privación del derecho al sufragio), y en otros casos inconexa con las circunstancias del caso. A tal fin deberá **declararse la inconstitucionalidad de art. 19.2 CP y del art. 3.e del Código nacional Electoral**, y la **inaplicabilidad de las demás previsiones del art. 12 y 19 CP** por resultar ajenas al caso de estudio.

IV. Reincidencia

En relación a la declaración de reincidencia, sólo habré de mencionar que comparto, en lo sustancial, los fundamentos del voto del juez Vázquez Acuña en lo que hace a la **declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia** por cuanto éste resulta coincidente en grandes líneas con los fundamentos por los cuales ya me he pronunciado reiteradas veces en tal sentido. (Cfr. en tal sentido la referida sentencia en la causa “Cerqueira” publicada en la Revista Pensamiento Penal n° 134 del 02 de noviembre de 2011, accesible públicamente a través del link <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/arma-utileria-inconstitucionalidad-reincidencia-inconstitucionalidad>). En ese sentido sólo habré de reiterar que considero que el instituto de la reincidencia afecta las previsiones del derecho penal de acto, vulnera la garantía contra el doble juzgamiento y evade la prohibición de considerar una presunta “peligrosidad” en el ámbito penal.

V. Disposición de objetos e imposición de costas

Sobre estos puntos también adhiero al voto del juez Vázquez Acuña.

Así lo voto.-

En atención a ello y al mérito que ofrece el acuerdo que antecede el Tribunal

RESUELVE:

I.- CONDENAR a MATÍAS MENDEZ, cuyas demás condiciones personales obran en el encabezamiento, por ser autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado “*criminis causae*” en grado de tentativa, en concurso ideal con el delito de robo agravado por haberse cometido con arma de fuego en grado de tentativa, los que a su vez concurren materialmente con el delito de portación ilegítima de arma de guerra, a cumplir la pena de **DOCE AÑOS DE PRISIÓN**, con accesorias legales, y al pago de las costas del proceso, (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 44, 45, 54, 55, 80 inc. 7°, 166 inc. 2° párrafo 2do, 189 bis, inc. 2 párrafo 4to, del Código Penal).-

II.- REVOCAR la libertad condicional otorgada a **MATÍAS MENDEZ** el pasado 2 de febrero de 2010 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 en el marco del legajo nro. 29.528/20.598 (art. 15 del Código Penal) y **CONDENAR a MATÍAS MENDEZ** a la **PENA ÚNICA DE DIECINUEVE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, con accesorias legales, debiendo estarse en cuanto a las costas en lo dispuesto en cada pronunciamiento, comprensiva de la pena impuesta en el acápite que precede y de la pena única impuesta el 27 de marzo de 2006 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 en el marco de la causa N° 2184/2205, en donde se lo condenó a la pena única de nueve años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 55 y 58 del Código Penal).-

III.- DECLARAR la INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 50 del Código Penal.-

IV.- DECLARAR la INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 19 inciso 2° en función del artículo 12 del Código Penal.-

Poder Judicial de la Nación

V.- RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad en cuanto a las demás consecuencias previstas en el artículo 12 del Código Penal.-

VI.- DECLARAR ABSTRACTO el planteo de la inconstitucionalidad del artículo 80 inc. 8° del Código Penal.-

VII.- Proceder al **DECOMISO** de la motocicleta secuestrada en autos y del casco (art. 23 del Código Penal).-

Insértese, hágase saber y cúmplase. Una vez firme el fallo, practíquese el cómputo de pena. Comuníquese a la Policía Federal, al Registro Nacional de Reiniciencia, a la Secretaría Electoral, al Director del Servicio Penitenciario Federal, al Director del Complejo Penitenciario Federal de la C.A.B.A., y al Juzgado de Ejecución Penal y Civil que correspondan. Póngase a disposición del Juzgado de Garantías N° 1 del Departamento Judicial de Moreno la pistola calibre 9mm secuestrada en autos con arreglo a lo informado a fs. 201. Líbrese oficio a Director del R.E.N.A.R. a fin de que procedan a destruir las balas incautadas junto con sus vainas.-

En su oportunidad ARCHIVESE la causa”.-

MARTÍN E. VÁZQUEZ ACUÑA

ALBERTO HUARTE PETITE
(según su voto)

ADRIÁN N. MARTÍN
(en disidencia parcial)

Ante mí:

ERICA SUSANA MANIGOT
Secretaria