

Reg. n°244/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes de febrero de 2018, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Horacio Días, asistidos por la secretaria Paula Gorsd, para resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado en la presente causa n° CCC 1771/2015/TO1/CNC1, caratulada **“Fernández, Leonardo Gustavo, Collia, Damian Joaquín y Rodríguez, Walter Hugo s/ recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

**I.** El 4 de agosto de 2016, el entonces Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 condenó a Leonardo Gustavo Fernández, Damián Joaquín Collia y Walter Hugo Rodríguez a las penas de seis años de prisión de efectivo cumplimiento porque los consideró coautores materiales y penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso ideal con tenencia de arma de uso civil y de guerra, sin la debida autorización legal (puntos II, III y IV de la sentencia, fs. 922/vta.). La misma sentencia, en el punto VI de la sentencia, ordenó el decomiso del automóvil marca Peugeot modelo 504, dominio colocado ACP-223, propiedad del nombrado Collia (art. 23, CP, fs. 922 vta.).

**II.** Contra dicha resolución interpusieron recurso de casación la defensora pública oficial, Verónica M. Blanco, asistente técnica de Leonardo Gustavo Fernández (fs. 925/942); los defensores particulares Jorge Daniel Pirozzo, por el imputado Walter Hugo Rodríguez (fs. 943/957); y Ana Luisa Aguilar, en favor de Damián Joaquín Collia (fs. 958/961). Los remedios fueron concedidos a fs. 962/963 vta. y la Sala de Turno de esta Cámara les otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (fs. 973).

**III.** La defensa de Fernández fundó sus agravios en el art. 456, inc. 1°, CPPN y distinguió los motivos que a continuación se resumen.

**1. Errónea aplicación del art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP**

La recurrente planteó que no existía elemento de prueba alguno que permitiera afirmar que el arma calibre 22, apta para el disparo y cargada, haya sido utilizada durante la comisión del hecho delictivo. Por ende, no correspondía aplicar la agravante. En efecto, sólo el testigo Bunge dijo haber visto dos armas y, aun en este caso, pudo tratarse del armamento que no fue secuestrado.

Al respecto, señaló que el mencionado testigo había precisado que los revólveres observados eran de color marrón o negro; no obstante, el arma calibre 22 es plateada y, por lo tanto, aquél al reconocerlas señaló dos armas oscuras y excluyó las plateadas. Asimismo, recordó que de acuerdo con sus relatos, Porcelli y Cano sólo habían visto un arma de fuego durante el desarrollo del acto ilícito.

Aclaró que del vehículo de Collia se secuestró una picana eléctrica y precintos, no utilizados en la maniobra delictiva; entonces era posible que el revólver calibre 22, incluso estando en poder de uno de los participantes, no hubiera sido empleado en el suceso. Por otra parte, reclamó que el tribunal de mérito no había brindado argumentos suficientes para afirmar que el arma fue utilizada en el hecho y, en particular, cuestionó la explicación del reconocimiento efectuado por el testigo Bunge durante el debate, porque según la defensa se había vulnerado el estado de inocencia e invertido la carga de la prueba.

**2. Atipicidad de la tenencia ilegítima de arma de guerra**

En segundo término, la defensa de Fernández indicó que el revólver calibre 38 cuya tenencia se imputó a su asistido estaba descargado al momento del hecho y de su secuestro, lo cual tornaba atípica la conducta.

Añadió que la posición del tribunal de mérito termina por legitimar la punición de una persona, exclusivamente, sobre la base de una desobediencia legal o infracción administrativa, pero sin superar el umbral del principio de lesividad que autoriza la aplicación de una sanción penal. Al respecto, analizó los arts. 18 y 19, CN y, en concreto,

el principio de legalidad para afirmar que una conducta como la investigada no constituye, por sí, una acción trascendente para bien jurídico alguno y, en consecuencia, no puede considerarse típica.

Agregó que, sin perjuicio de que la conducta prevista en el art. 189 bis, CP se trata de un delito de peligro, ello no significa adelantar la punición al supuesto del arma descargada. Así, entendió que el tribunal le otorgó a la regla una extensión de la que carece, en violación a principios constitucionales. Citó en su apoyo los casos “**Díaz**” y “**Ontiveros**” resueltos por la Sala III de este tribunal. Por otra parte, criticó que la mayoría del *a quo* no brindó argumentos para explicar por qué es posible asignar diferentes significados al término empleado por la legislación según el bien jurídico que se protege, como tampoco dio cuenta de por qué se pondría en peligro el bien jurídico de la seguridad pública al tener un arma no registrada.

### **3. Inobservancia de los arts. 123 y 404 inc. 2º, CPPN y 40 y 41, CP**

En subsidio, sostuvo que el monto de la pena impuesto a su defendido fue arbitrario. Señaló que el tribunal de mérito excedió la pretensión punitiva de la fiscalía porque, si bien consideró que debía aplicarse una escala penal reducida (en función del art. 44, CP), excluyó la figura del encubrimiento agravado imputada por la fiscal y valoró atenuantes que la acusación entendió que no estaban presentes, aunque se mantuvo dentro del margen peticionado por la representante del Ministerio Público Fiscal. De este modo, aplicó una pena que superaba casi el doble del mínimo, en dos años y ocho meses, que además no encuentra explicación en la sentencia. Así las cosas, tildó de desproporcionada la pena impuesta y, en consecuencia, reclamó su anulación.

**IV.** Por su parte, la defensa de Rodríguez también fundó sus agravios en el art. 456, inc. 1º, CPPN y enumeró los motivos que seguidamente se sintetizan.

#### **1. Ausencia de acreditación del uso de un arma apta para el disparo**

El defensor de Rodríguez consideró que la decisión del tribunal *a quo* fue injusta y arbitraria, toda vez que no se aplicó la garantía *favor rei* al disponerse sin fundamentos razonables la subsunción del hecho en la figura del art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP. Apuntó que se secuestraron dos armas de fuego, una marrón oscura, calibre 38, descargada, y otra plateada, calibre 22, cargada. Sin embargo, denunció que no pudo determinarse con certeza si se utilizaron las dos, si solo fue empleada una de ellas y, en ese caso, cuál.

Aclaró que en el debate se reconstruyó que en el hecho se exhibió un arma de fuego, reconocida por Bunge. Añadió que incluso el citado testigo refirió que uno de los sujetos tenía un arma en la cintura, pero no la esgrimió y no pudo verla. En concreto, planteó que Bunge no reconoció el revólver calibre 22 cargado, lo que concordaba con los dichos de Porcelli, su esposa, que manifestó que solo vio un arma de fuego y con las afirmaciones en igual sentido de Cano, el portero del edificio.

Por ende, el impugnante precisó que si bien el arma apta y cargada fue secuestrada, no existe certeza respecto de su utilización en el evento materia de investigación. En consecuencia, correspondía la aplicación del principio *in dubio pro reo*. También citó el caso “**Ontiveros**” respecto de la exigencia de que el arma posea aptitud para el disparo al momento del hecho.

## **2. Falta de certeza respecto del grado de participación de Rodríguez**

En segundo término, objetó que no se determinó con certeza cuál fue el grado de participación de Rodríguez, en tanto que, más allá de una imputación global, no se pudo precisar cuál fue el accionar concreto de su defendido. Por lo tanto, también por el principio *in dubio pro reo*, debió entenderse que solo fue un partícipe secundario.

## **3. Ausencia de comprobación de que Rodríguez haya detentado un arma de fuego**

En otro orden, añadió que se violó el principio de culpabilidad porque no se probó que su defendido tuviera un arma de

fuego. Así, primero, señaló que en relación con el arma descargada (calibre 38) la acción es atípica, pues no es posible poner en riesgo el bien jurídico tutelado por la norma si el revólver carecía de municiones.

Agregó que tampoco podía imputarse a Rodríguez la tenencia del arma de fuego calibre 22 dado que no había prueba alguna que permitiera sostener que la detentó en algún momento. De este modo, el defensor particular precisó que la tenencia de armas es un delito de propia mano y, en consecuencia, la tesis de la tenencia compartida elaborada por los jueces de mérito violaba el principio de culpabilidad. Para la defensa, el tribunal *a quo* se equivocó, debido a que si bien puede hacerse extensiva una imputación de robo agravado por el uso de un arma a todos los intervinientes más allá de quien la detentaba, pues todos se benefician eventualmente de su uso, no puede aplicarse esa misma teoría al delito de tenencia ya que es imposible que todos la detenten al mismo tiempo.

#### **4. Errónea individualización de la pena**

En este punto, la defensa planteó que la individualización de la pena fue arbitraria, desacertada y carente de fundamentación. Indicó que a su asistido se le impuso la misma sanción que a los restantes imputados, pese a que carece de antecedentes condenatorios. Por otra parte, advirtió que no se entiende por qué la pluralidad de intervinientes o la configuración de un plan previo debían valorarse como pautas agravantes. Recordó que el delito de robo con arma, más grave, absorbe a la agravante en poblado y en banda, con lo cual se efectuó una doble valoración en perjuicio del acusado. Añadió que el tribunal de mérito no brindó las razones por las cuales tales circunstancias debían agravar la pena.

Sostuvo que los jueces de la instancia anterior omitieron indicar en qué medida las pautas establecidas para establecer el *quantum* de la pena trascienden el juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del acusado. Por los motivos expuestos, requirió la nulidad de la determinación de la pena en los términos de los arts. 123 y 404, CPPN.

#### **5. Inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP**

Finalmente, indicó que las penas previstas en el art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP son irracionales a la luz del ordenamiento jurídico (art. 28, CN) y, en particular, sobre la base de las sanciones que se prevén para los delitos más graves. Realizó un estudio comparativo y concluyó que esta norma protege bienes de inferior jerarquía –como el patrimonio– que quedarían sancionados con penas más severas que otros hechos lesivos de intereses de mayor importancia comparativa, como los bienes que protegen la vida, la libertad o la integridad sexual. Citó jurisprudencia relativa al mecanismo de control de constitucionalidad difuso.

V. Por último, y del mismo modo, la defensa de Collia fundó sus agravios en el art. 456, inc. 1º, CPPN y distinguió los motivos que a continuación se detallan.

### **1. Errónea valoración de la prueba**

Planteó que la valoración de la prueba fue arbitraria, incurriendo en una defectuosa deducción y análisis jurídico de los hechos probados. Refirió que la fiscalía no acreditó que su asistido se encontrara dentro del departamento, como tampoco ninguno de los testigos así lo señaló.

Por otra parte, respecto del empleo del arma de fuego indicó que no existe ninguna declaración testimonial que sostenga que su defendido en algún momento del hecho detentara, blandiera o amenazara con el revólver a alguno de los ocupantes del inmueble. Refirió que pese a que se encontraron dos armas de fuego, únicamente, Bunge reconoció aquella que la pericia balística estableció como descargada y, por tanto, no apta para el disparo. Agregó que el testimonio de Porcelli también hizo mención a una sola arma. Advirtió que la filmación de la zona del garaje del edificio tampoco muestra a Collia portando un arma de fuego. Por ello, en virtud del principio *in dubio pro reo*, consideró que la calificación legal debió efectuarse en los términos del art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP.

En otro orden, indicó que Collia había sido contratado para realizar un viaje, que llegó en su propio automóvil, y no portaba ni blandió arma alguna, ni entró al departamento, ni sustrajo objeto alguno

de éste. Agregó que no hay testigos ni huellas digitales que lo ubiquen en el perímetro del hecho ni empleando los revólveres secuestrados y el entrecruzamiento de llamadas de celulares resulta plenamente ajustado al relato de su asistido. Asimismo, consideró que no podía atribuirse idéntico reproche a la persona que blande un arma, amenaza con ella y desapodera a las víctimas, con aquélla que solo permanece en el lugar. Por ello, entendió que la participación de Collia no resultó esencial y debió encuadrarse bajo la categoría de partícipe secundario. Sostuvo que el razonamiento contrario afecta el principio de culpabilidad, dado que no existe proporcionalidad entre su acción y la pena impuesta.

## **2. El decomiso del automotor**

Por último, la impugnante sostuvo que de las constancias de la causa surge que el automotor en cuestión no fue utilizado para cometer el acto ilícito, por lo que entiende que no resultó procedente su decomiso. Añadió que el automóvil es un modelo antiguo y de poco valor económico, empleado por su defendido a los fines de colaborar con el mantenimiento económico de sus hijas menores.

**VI.** En el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó el defensor público oficial, Mariano Patricio Maciel, quien, tras reiterar los argumentos manifestados por su colega de la anterior instancia en el recurso de casación (fs. 976/983), introdujo un nuevo agravio en los términos del art. 456 inc. 2º, CPPN (fs. 982/vta.). De este modo, postuló que la aplicación concursal de la figuras aplicadas (esto es, robo con arma de fuego y tenencia de arma de fuego), conforme la jurisprudencia de esta Sala en los precedentes **“Bareiro”**, **“Orona”** y **“Benavídez”**, debe ser solo a título aparente. En definitiva, el defensor aplicó el criterio adoptado para los casos de portación, por tratarse la tenencia también de un delito de peligro abstracto en el que la posibilidad lesiva concreta posterior de algún bien jurídico quedaría, eventualmente, conforme a un análisis comparativo de las respectivas exigencias típicas, más alejada de la acción que en la portación.

**VII.** Transitada la etapa prevista en el art. 468, CPPN, (fs. 491), el caso quedó en condiciones de ser resuelto.

Efectuada la deliberación establecida en el art. 469, CPPN, se arribó a un acuerdo en los términos que a continuación se exponen.

**CONSIDERANDO:**

**El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:**

De acuerdo con el resumen efectuado al inicio, los agravios introducidos por las defensas se traducen en las siguientes cuestiones (arts. 469 y 398, CPPN), algunas comunes a todos los recurrentes y otras particulares de cada uno de ellos. Por un lado, todos han discutido el empleo de una arma de fuego en el hecho, y la consecuente calificación jurídica; el grado de participación en el suceso de los imputados Rodríguez y Collia; la calificación legal, el concurso entre los distintos delitos y el planteo de inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP; la determinación de la pena; y el decomiso del automotor marca Peugeot.

Para tratar todas estas cuestiones, corresponde, en primer término recordar qué consideró probado el tribunal de mérito y cómo razonó al respecto.

**1. El razonamiento probatorio del tribunal de la instancia anterior**

a. Tal como se resumió en el inicio (punto I), los jueces del tribunal *a quo* condenaron a Leonardo Gustavo Fernández, Damián Joaquín Collia y Walter Hugo Rodríguez por considerarlos coautores materiales y penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso ideal con tenencia de arma de uso civil y de guerra, sin la debida autorización legal (fs. 922/vta.). Así, consideraron probados los hechos que a continuación se transcriben.

*“Las pruebas reunidas durante el debate autorizan, más allá de cualquier duda razonable, a tener por acreditado que el 9 de enero de 2015, alrededor de las 23.15, Damián Joaquín Collia, Leonardo Gustavo Fernández y Walter Hugo Rodríguez, se apersonaron en el edificio sito en la Avenida del Libertador 2202, en esta Ciudad, al cual se habían trasladado en el vehículo marca “Peugeot 504”, dominio ACP-223, propiedad del primero de los nombrados, llevando consigo un revólver marca Smith & Wesson calibre .38 Special, numeración 566171, sin*

*municiones en su tambor y apto para producir disparos y de funcionamiento normal, y un revólver marca Smith & Wesson calibre .22, numeración 15116, cargado con siete cartuchos con bala de plomo, punta hueca marca FM, también apto para producir disparos y de funcionamiento normal; luego de lo cual los imputados, simulando ser habitantes del inmueble, intentaron acceder por la puerta de ingreso, utilizando una llave símil a la original; al no poder accionar el mecanismo de la cerradura, quien se hallaba a cargo de la portería, el Sr. Walter Guillermo Cano, advirtiéndole tal circunstancia les abrió la puerta desde adentro, permitiéndoles el acceso al hall de entrada; de inmediato uno de los intervinientes, lo sujetó y le mostró que tenía un arma, siendo obligado por Collia, Rodríguez y Fernández a tomar el ascensor de servicio y subir hasta el sexto piso; una vez allí, con otra de las llaves falsas que portaban, abrieron la puerta de servicio del departamento propiedad de la familia Bunge, ingresaron, maniataron al encargado y lo ubicaron en el sector del lavadero.*

*“Ya en el interior de la vivienda, Fernández se dirigió al living, donde se encontraba el Sr. Hernán José Bunge -mirando televisión-; seguidamente empuñó uno de los dos revólveres antes mencionados y se lo colocó en la cintura, luego de lo cual le dijo “esto es un robo” y le exigió la entrega del dinero, respondiéndole la víctima que el único dinero que tenía era la suma de veinte mil pesos, que se encontraban en una bolsa marrón que estaba al lado de la cama de su mujer, Sra. Porcelli, cercana a la mesa de luz; al mismo tiempo otro de los intervinientes, posiblemente Rodríguez, se encaminó al cuarto matrimonial donde se hallaba aquella a quien le refirió a viva voz “dame todo lo que tenés, todo, dame dólares, dame plata”; es por ello que al sentirse amedrentada la víctima le hizo entrega de la bolsa de papel que contenía la cantidad referida, y en un momento determinado aquél le arrebató de su cuello un collar de oro; casi de inmediato, Bunge fue trasladado por Fernández al cuarto matrimonial, para luego ser ambos maniatados con cinta adhesiva; que en ese escenario, quien se encontraba en la habitación con la Sra. Porcelli, empezó a buscar dinero y otros bienes, al tiempo que blandía un revólver; por su parte, mientras ello sucedía, el tercer participante, posiblemente Collia, entraba y salía del cuarto y circulaba por la vivienda, asegurando que el robo se llevara a cabo sin interrupciones. A su vez se encuentra comprobado que además de la suma de veinte mil pesos y el collar de oro, Fernández, Collia y Rodríguez sustrajeron del interior del departamento, gran cantidad de joyas, dos mil seiscientos sesenta y dos dólares estadounidenses, tres*

*monedas de oro y nueve mil doscientos diecisiete pesos argentinos; además de otros objetos de valor que aparecen detallados en el acta de fs. 5/7.*

*“Una vez finalizado su cometido en el departamento, los procesados se dirigieron al estacionamiento del edificio, donde cargaron parte de lo sustraído en el auto marca Audi A8, dominio IPW-271, propiedad de la dueña del departamento del 7mo piso, Sra. Ana Cecilia González López, el que se hallaba sin el sistema de cierre centralizado activado; de forma inmediata y a raíz de un llamado al nro. 911 por parte de la Sra. González López, cuya empleada advirtió la presencia de los imputados en los pasillos comunes del 7mo piso, siendo aproximadamente las 23:28 se hicieron presentes en el lugar efectivos policiales, quienes cercaron la manzana y los posibles accesos al edificio, franqueándoles su ingreso el portero del edificio lindero, el Sr. Ruperto Eugenio Endler Lobel, quien a través de las cámaras de monitoreo había observado a los tres sujetos que se encontraban dentro de la cochera del edificio en cuestión; antes del ingreso de los preventores a dicho lugar, Rodríguez, Collia y Fernández, empleando una escalera lograron acceder, a través de una claraboya, a la azotea del garaje y pulmón del edificio.*

*“Los preventores, luego de un intenso rastillaje, procedieron a la detención de Fernández, quien se hallaba en la azotea del lugar, en tanto que Rodríguez y Collia fueron aprehendidos sobre el pulmón de un edificio lindero, lugar donde habían llegado tras trepar por los aires acondicionados y caños que había en el lugar, siendo que al ser avistados por personal policial arrojaron en un sitio cercano al de su detención las armas ya descriptas.*

*“En poder de Rodríguez se procedió al secuestro de una cédula de identidad a nombre de Bunge, dos billeteras con tarjetas de crédito a nombre del detenido, con documento nacional de identidad, un manojito de llaves y un papel manuscrito en el que se encuentra anotada la dirección del lugar del hecho; y en poder de Collia un celular Samsung negro y un juego de llaves pertenecientes al Peugeot 504. Asimismo, próximo al lugar de detención de éstos últimos, se secuestraron los dos revólveres antes mencionados, uno marca Smith & Wesson, calibre .22 y el otro de la misma marca, calibre .38 SPECIAL, junto con una campera de jean, un morral negro, con tres mallas de reloj, precintos y una gorra negra; en el garaje del inmueble, un vehículo particular marca Audi, modelo A8, dominio colocado IOW-271 color gris, y de su interior una cartera símil cuero a cuadrillé color marrón oscuro con la inscripción “Louis Vuitton” que en el interior tenía 2612 dólares y la cantidad de*

*9217 pesos, un bolso de tela a rayas de color beige, que contenía en su interior variada cantidad de joyas, encendedores, y monedas de oro; una bolsa de nylon conteniendo doscientos veinte siete pesos en monedas argentinas, un morral color negro con dos llaveros, uno de dos llaves y el otro de tres, una pícana eléctrica, y objetos varios...”* (fs. 894/896).

**b.** Para arribar a esta conclusión, el tribunal de mérito valoró las siguientes pruebas, producidas o incorporadas por lectura durante el debate.

**i.** Los testimonios de Hernán José Bunge y Piera Rosita Porcelli, quienes indicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron los hechos investigados (fs. 896/897 vta.).

**ii.** El testimonio de Walter Guillermo Cano, quien el día de los hechos se encontraba sustituyendo al encargado titular del edificio donde viven Bunge y Porcelli y precisó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron lugar los acontecimientos (fs. 897 vta./898).

**iii.** Los testimonios de Ana Cecilia González López de Villa y Laura Villarreal de Ramírez, quienes recordaron el momento en el que tomaron conocimiento del hecho (fs. 898/899).

**iv.** El testimonio de Miguel Bracho, quien describió las circunstancias en las cuales ingresó junto con el personal policial al edificio donde se produjeron los hechos (fs. 899).

**v.** La declaración del cabo Enrique Alegre, los sargentos Víctor Suárez, Marcelo Fabián Passo, Víctor Gallego y el subinspector Lucas Alejandro Lamattina, quienes relataron cómo se desarrolló la actuación del personal policial y los resultados de su intervención (fs. 899/903 vta.).

**vi.** Las secuencias fílmicas de las cámaras 5 y 6 que el tribunal de mérito y las partes observaron durante el debate; la cámara N° 5, ubicada en un sector del garaje del edificio de Avda. del Libertador 2202, mostraba a los tres acusados (fs. 903 vta./904).

**vii.** Las actas de fs. 5/7, 34, 37 y 41, que dan cuenta de los efectos secuestrados, y las detenciones de Collia, Rodríguez y Fernández, respectivamente (fs. 904).

viii. El acta de secuestro del rodado marca Peugeot, modelo 504, dominio colocado ACP-223 propiedad de Collia de fs. 222 (fs. 904).

ix. Las fotografías de los efectos secuestrados en el interior de dicho automóvil obrantes a fs. 229/233, entre los cuales se observaron varios elementos de sujeción, entre ellos, sogas y precintos (fs. 904).

## **2. Examen de los agravios vinculados con el empleo del revólver calibre .22**

i. La utilización de esta arma en la comisión del hecho juzgado fue analizada por la sentencia en dos momentos distintos: por un lado, al examinar la “materialidad” del suceso (punto X, fs. 894/907); por el otro, en la “tipicidad” (punto XI, fs. 907/918).

Así, para establecer qué hecho consideraban probado, los jueces de mérito valoraron los dichos de Hernán José Bunge y su esposa Piera Rosita Porcelli. El primero narró en el debate que mientras miraba televisión en el living de su casa, uno de los agresores, Fernández, colocó en su cintura un arma de fuego; casi al mismo tiempo, posiblemente el coimputado Rodríguez, actuó en la habitación contigua donde se encontraba su esposa, Piera Rosita Porcelli y esgrimió otra arma de fuego de las mismas características (el análisis de ambas declaraciones puede verse a fs. 896/897 vta.).

Luego, ya en el examen de la tipicidad (fs. 907 y sigs.), el tribunal refirió que producto de la intermediación propia del juicio oral y público, había percibido los dichos de Bunge como ciertos y destacó que fue “...*muy claro*...” (fs. 907 vta.) al señalar que durante el episodio vio, en lo que aquí interesa, tanto en el living como en el cuarto de su mujer, a dos sujetos distintos, empleando cada uno de ellos un arma diferente.

Por otra parte, los jueces destacaron que durante el debate (con arreglo a lo establecido en los arts. 275 y concordantes., CPPN) Bunge reconoció una de las armas secuestradas, esto es, el revólver calibre .38 SPECIAL, incautado sin municiones. Esto, a entender del tribunal de mérito, encontró una explicación razonable en el tiempo transcurrido desde el hecho hasta la declaración del testigo (un año y

medio, aproximadamente), como también por las particularidades de la situación vivida, donde más allá de la observación de un arma de fuego, las víctimas por el estado emocional en que se encuentran no suelen prestar mayor atención a detalles como su calibre, color o tamaño. Razón por la cual, para los jueces de la instancia anterior el mero yerro en el reconocimiento del revólver calibre .22 no melló la veracidad de las manifestaciones del testigo, así como tampoco la prueba de la utilización de las dos armas incautadas durante el hecho que lo damnificó. Así, se lee en la sentencia: “...Encuentra una explicación razonable la circunstancia de que {Bunge} no hubiese reconocido a la restante tanto el tiempo transcurrido desde el hecho de su declaración (casi un año y medio), como las particularidades de la situación vivida, que según regla de experiencia común, permiten concluir en que, más allá de la observación de un arma de fuego (objeto de por sí susceptible de generar un natural temor y consecuente perturbación anímica general en aquel contra el que se lo empuña), las víctimas no suelen prestar, en casos análogos al de autos, justamente por el estado emocional en que se encuentran, mayor atención a detalles como su calibre, color o tamaño. Por lo cual, el mero yerro en el reconocimiento no posibilita poner en duda en lo más mínimo la veracidad de sus dichos, ni tampoco la utilización de las armas incautadas durante el hecho que lo damnificó...” (cfr. 908). Lo afirmado por el tribunal *a quo* encuentra sustento en lo dicho por el mismo testigo Bunge: “...la sensación de emoción violenta que tiene uno en ese momento a veces lo exime de cosas...” (cfr. acta de debate, fs. 830 vta.).

El *a quo* también destacó que el relato de Bunge se articuló correctamente con el resto de las pruebas.

En este aspecto, y de modo decisivo, como apuntó el tribunal de mérito, *el revólver calibre .22 con municiones en su interior fue secuestrado en el marco de la detención de Collia y Rodríguez*. En efecto, el cabo Enrique Alegre y el sargento Víctor Suárez en su declaraciones testimoniales indicaron que con la colaboración del encargado del edificio pudieron observar que dos de los atacantes se encontraban agazapados entre uno de los extractores del aire acondicionado de gran porte y arrojaron dos armas de fuego al suelo; justamente, una de ellas era el revólver calibre .22 (cfr. fs. 908 de la sentencia; declaraciones de fs. 25 vta. y 32 vta.).

A su vez, el tribunal de mérito analizó y consideró correctamente probado que el arma en cuestión reunía las condiciones exigidas por el tipo legal escogido, esto es, robo con arma de fuego. En primer lugar, apuntó que el peritaje practicado la noche del suceso informó que se había analizado “...*un revólver con la inscripción que en su parte izquierda se lee ‘Trade Mark’, y la marca ‘Smith & Wesson’, en acero inoxidable, calibre .22 LR (largo), con cachas de nácar, y en la parte superior de su cañón se lee la inscripción ‘Springfield Mas USA Pat Aug 496 oct .8 01 nov.10.03 Feb 6.08 Sep.1409’, y en la base de la empuñadura la numeración 15116...*”. Concluyó que “...*posee siete alvéolos, cargados con SEIS (6) cartuchos de bala, de plomo, con punta hueca, marca FM, en buen estado de conservación del arma, y en condiciones de disparo...*”. Asimismo, el citado informe fue corroborado por el análisis de la División Balística de la Policía Federal Argentina, donde se confirmó la aptitud para el disparo, tanto del arma como de los proyectiles hallados en su interior (fs. 439/443; fs. 908 vta./909 de la sentencia).

**ii.** De lo dicho se desprende con claridad que el tribunal *a quo* consideró que en el hecho se utilizaron dos armas de fuego (una esgrimida contra Bunge y la otra exhibida a Porcelli). Para este razonamiento resulta irrelevante establecer con cuál, efectivamente, fueron apuntados individualmente cada uno de los moradores del inmueble, porque lo cierto es que *una de ellas estaba cargada y era apta para el disparo* y fue una de las utilizadas en el suceso.

En este sentido, la ponderación de los dichos de Hernán José Bunge efectuada por los sentenciantes resulta correcta, razonable y no luce arbitraria ni contradictoria; según lo transcripto en la sentencia, el testigo fue claro y preciso al recordar el hecho y pudo observar a dos sujetos distintos, empleando cada uno de ellos un arma de fuego diferente; por su parte, Porcelli también fue concluyente al afirmar que el individuo que entró en su habitación también esgrimió otra arma de similares características.

En este punto, la defensa de Rodríguez introduce la hipótesis de que en realidad el revólver calibre .22 nunca se esgrimió y el agresor solo lo tuvo en su cintura (ver punto IV, 1 de las results). No

obstante, este planteo se desentiende de que en el juicio la defensa de Fernández intentó –sin éxito– efectuar la misma crítica, pese a lo cual Bunge en su declaración, y de forma razonable, explicó con relación al elemento ofensivo que el atacante “...cuando revolvía lo tenía que poner en el pantalón, sino no podía revolver nada y luego agarraba el revólver otra vez...” (cfr. acta de debate, fs. 830). Más aún, frente a las preguntas formuladas en el debate brindó mayores explicaciones, recordando “...haber visto a dos personas que blandían armas, el que estaba vestido de blanco, que siempre la tuvo y cuando le ató las manos la soltó un poco y después la agarró otra vez; que el otro portaba un arma también y cuando revolvía los roperos la guardaba en el pantalón...” (cfr. acta de debate, fs. 830/vta.). Esta declaración sumada a los dichos de Porcelli y el resto de los elementos enunciados en el punto anterior, permiten descartar este planteo.

En cuanto al segundo planteo a favor de Rodríguez (punto IV, 3) en el sentido de que él nunca tuvo un arma de fuego, argumento sostenido en la misma línea por la defensa de Collia (punto V.1), ambos recurrentes omiten considerar que el tribunal razonó sobre la base de la existencia de un plan común; pero además y esto es decisivo para rechazar el agravio, *nada dicen sobre la circunstancia afirmada por la sentencia de que tanto Rodríguez como Collia, al ser avistados por la policía, arrojaron las armas ya descritas* (ver punto 1, a, de este voto), lo que indica a las claras que las tuvieron en el transcurso del suceso. Por lo demás, la participación en el plan común, convenientemente fundada y razonada por el *a quo*, torna irrelevante establecer con exactitud quién blandía el arma efectivamente cargada, en tanto esa circunstancia se transmite a todos los partícipes del hecho.

En definitiva, no se advierten –ni los recurrentes exponen con fundamento suficiente– argumentos o explicaciones de peso que permitan afirmar que el razonamiento y las inferencias realizadas por el tribunal *a quo* conduzcan a dudar razonadamente sobre el empleo del revólver calibre .22 largo en el hecho debatido en el juicio. En este sentido, las defensas no logran demostrar una errónea o arbitraria valoración de la prueba. El tribunal de mérito efectuó una ponderación global de toda la prueba reunida (los moradores de la vivienda, Bunge y

Porcelli; el portero; los policías que intervinieron y los peritajes) según fue reseñado precedentemente. Este análisis fue lógico, razonable y no luce arbitrario, contradictorio, ni lesiona principio constitucional alguno, amén de no haber sido adecuadamente refutado por las defensas a partir de los argumentos desplegados en sus recursos.

### 3. La participación de Collia y Rodríguez

Según se ha resumido, el tribunal *a quo* consideró a Fernández, Rodríguez y Collia coautores, grado de participación discutido por los dos últimos.

Para tratar esta cuestión, conviene repasar lo dicho en otras sentencias de este tribunal.

a. En el precedente **“Santos Leguizamón y Coronel”**<sup>1</sup> se expusieron los criterios y el marco teórico para establecer la participación de una persona en un hecho punible, con cita de otros casos resueltos en otra jurisdicción<sup>2</sup>. Así, se dijo que *“...La sección del sistema del hecho punible que se ocupa de ofrecer las reglas para la imputación legítima a una persona de la participación en un ilícito en calidad de autor, autor mediato, coautor, cómplice o instigador es una de las que ofrecen mayor cantidad de dificultades a los juristas especializados en el Derecho penal...”*<sup>3</sup>. En el mismo sentido se ha dicho que *“...la mayoría de las veces a modo de advertencia, muchos textos citan a Kantorowicz, un autor que a principios del siglo XX sentenció que la teoría sobre la participación criminal era ‘el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia penal alemana’...”*<sup>4</sup>. Los problemas apuntados radican en que si bien la teoría alcanzó un alto grado de desarrollo para establecer la estructura de la autoría y de la participación, muchas veces se carecen de criterios prácticos para su aplicación. Además, debemos agregar que durante

---

<sup>1</sup> Sentencia del 7.7.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 573/17.

<sup>2</sup> Como integrante del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego, autos **“Hurimilla y Sánchez Velazquez”**, causa n° 251, sentencia del 11.04.2005, reg. 11, t. I, f° 90/148, protocolo año 2005, jueces Sarrabayrouse, Varela y Sagastume; reiterado en **“Sánchez Velazquez y Leiva”**, causa n° 300, sentencia del 7.09.2006, reg. n° 26, t. II, f° 287/304, protocolo año 2006, jueces Sarrabayrouse, Varela y Sagastume; y **“Cárdenas Almonacid”**, causa n° 270, reg. n° 29, t. II, f° 354/388, protocolo año 2006, jueces Sarrabayrouse, Varela y Sagastume.

<sup>3</sup> Cfr. Maximiliano RUSCONI, *Código Penal y normas complementarias*, Zaffaroni/Baigún (directores), t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 147.

<sup>4</sup> Cfr. Dante Marcelo VEGA, *El exceso en la participación criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, septiembre de 2003, p. 9.

muchos años la confusión entre la causalidad natural y la autoría generó no pocos problemas.

Distintas teorías se han disputado a lo largo de la historia los criterios para establecer quién es el autor de un hecho; así, pueden citarse la formal-objetiva, la subjetiva y la final-objetiva, actualmente dominante. De acuerdo con ella, autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras que los que toman parte, sin dominar el hecho, son partícipes<sup>5</sup>.

En sentido amplio, la participación criminal puede entenderse como la mera concurrencia de personas en el delito. Con esta denominación se pretende abarcar a quienes son autores, cómplices e instigadores<sup>6</sup>. Se rige por los siguientes principios: a) exterioridad; b) comunidad de hecho: para que sea posible la responsabilidad común que supone la participación criminal, la base indefectible es un hecho común que la genere, con las siguientes características: el hecho común no debe ser indefectiblemente unitario desde el punto de vista jurídico; la participación exige, desde el punto de vista material de la unidad de hecho, un concurso de contribuciones a este hecho. No requiere, sin embargo, un concurso de acciones. Basta un aporte físico ejecutivo al hecho para sustentar un concurso de delincuentes, el cual se puede integrar con otros aportes físicos o por otros aportes puramente morales comunicados al ejecutor por la palabra u otros medios de expresión de las propias actitudes.

La esencia de la participación reside en que la intervención de las distintas personas en el mismo hecho se realiza en ayuda, sea recíproca entre sí, sea unilateralmente, de una parte a otra. La ayuda supone en quienes la prestan una convergencia de las particulares intenciones en un mismo objetivo que puede tener su fuente en el acuerdo de los participantes, reflexivo o improviso, o en la respectiva intención de contribuir a un objetivo común<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. Enrique BACIGALUPO, *Líneamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, ps. 163-170.

<sup>6</sup> Cfr. Fabián BALCARCE en *Derecho Penal. Parte General*, Carlos J. LASCANO (h) (director), Advocatus, Córdoba, 2002, ps. 523-548.

<sup>7</sup> Cfr. autor y obras cits., ps. 525-526.

La participación en sentido restringido se caracteriza por estudiar el problema de aquéllos que, tomando parte en el delito, no tienen el dominio del hecho; vale decir, colaboran en un hecho ajeno y, consecuentemente, no autónomo. Por lo tanto, la participación alcanza a los cómplices e instigadores, porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, pero no son típicas en sí mismas, en el sentido de que no realizan por sí solas la acción descrita en el tipo. Aquí, los principios comunes son: a) comienzo de ejecución; b) la medida de la pena del partícipe está vinculada al proceso ejecutivo cumplido; c) la tentativa de participación no es punible; y d) hay participación en la tentativa, pero no hay tentativa de participación<sup>8</sup>.

Por otro lado, afirmar que la participación es accesoria de un hecho principal significa decir que la punibilidad del partícipe depende de la realización de un hecho principal por uno o varios autores. Así, el hecho del autor debe haber sido, por lo menos, *típico y antijurídico* (accesoriedad limitada). Por lo tanto, en la participación la culpabilidad es personal: hay un hecho típico y antijurídico (consistente en la autoría y las acciones de los partícipes) y cada uno responde según su *propia* culpabilidad. Además, mayoritariamente se sostiene que el hecho principal debe ser doloso<sup>9</sup>.

En nuestro sistema jurídico, cómplice es el que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito. Las categorías de partícipe primario o secundario dependen de la magnitud de la ayuda prestada, es decir, si con ella (o sin ella) el delito no habría podido cometerse. Para aplicar este criterio, se sugiere la utilización de la teoría de la *conditio sine qua non*: si se elimina mentalmente la acción del partícipe y el hecho no habría podido cometerse, estaremos ante una participación necesaria<sup>10</sup>.

La aplicación de este método, a su vez, no está exenta de complicaciones. Tal como lo sostuvo el juez Niño en los precedentes

---

<sup>8</sup> Cfr. Fabián BALCARCE, op. cit., ps. 538-539; de otra opinión, Marcelo SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 56-91.

<sup>9</sup> Cfr. Enrique BACIGALUPO, op. cit., p. 179; sin embargo, parte de la doctrina admite la participación en los ilícitos negligentes.

<sup>10</sup> Cfr. op. cit., ps. 182-183.

“Lagos”<sup>11</sup> y “Martínez”<sup>12</sup> de esta Sala, uno de los problemas es dilucidar si la contribución del partícipe se analiza en “abstracto” o en “concreto”. Con cita de Sebastián Soler, se recordó que “...*si bien la ley se sirve del procedimiento hipotético de eliminación para definir si el aporte resultó necesario para obtener el resultado típico..., se observa que el texto legal no califica como cómplice primario al que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría sucedido, sino al que ayuda con algo sin lo cual el hecho no habría podido cometerse. El juicio a formularse no es, pues, de naturaleza absolutamente mental e hipotético de eliminación, sino que se basa en el examen de la posibilidad que el autor en concreto tenía; y la apreciación de la calidad de ese aporte dependerá, por tanto, de su naturaleza imprescindible para los autores conforme el plan preconcebido. Ese juicio ex ante será de ayuda para distinguir con mayor facilidad, en cada caso, la complicidad primaria de la secundaria...*”. En el mismo sentido señala Stratenwerth que en un caso de apoyo “...*dado durante la ejecución (esperar en determinado auto para facilitar la huida, estar de campana, etc.), importará la pregunta de si ese aporte, en las circunstancias dadas, aparece como imprescindible, como en el caso del asalto a un banco, cuyo éxito depende de la rápida huida, pero no sin más en caso de un hurto con fractura cometido durante la noche...*”<sup>13</sup>.

En cuanto a la coautoría, cuatro son los requisitos exigibles: a) que el coautor posea las mismas condiciones que el autor; b) que haya un plan común; c) que el coautor hay prestado una colaboración objetiva al mismo y d) que haya tenido el codominio del hecho<sup>14</sup>.

#### **b. El razonamiento del tribunal sobre la participación de Collia**

Los sentenciantes valoraron que este imputado ingresó al edificio con los otros dos acusados, que uno de ellos no solamente exhibió un arma al portero suplente del edificio, Walter Guillermo Cano, sino que también lo sujetó, lo trasladó compulsivamente al departamento donde se perpetró el acto ilícito y, posteriormente, lo maniató; para el *a quo* todas estas circunstancias no pudieron ser desconocidas por este imputado. Asimismo, los jueces de la instancia anterior afirmaron que,

<sup>11</sup> Sentencia del 30.8.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 663/16.

<sup>12</sup> Sentencia del 02.06.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 428/17.

<sup>13</sup> Cfr. Günter STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte General I*, traducción de la 4ª ed. alemana por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 404.

<sup>14</sup> Cfr. Enrique BACIGALUPO, op. cit., p.175.

según los dichos de ambos moradores, Bunge y Porcelli, los tres imputados accedieron al inmueble y que cada uno realizó su aporte para lograr el cometido buscado (cfr. fs. 906 vta.).

En tal sentido, los sentenciantes destacaron que los damnificados refirieron la intervención activa de tres personas en el hecho. Además, razonaron que si bien Bunge afirmó que Collia no habría estado en todo momento junto a él, sus dichos se complementan con los de su esposa quien precisó que durante el suceso había una persona que hacía las veces de *campana* que se movía por la vivienda. De este modo, Porcelli señaló la presencia durante el acontecimiento de un tercer masculino, que “*se encontraba caminando fuera de la habitación*”. Todo lo reseñado, sumado al rechazo de la versión del acusado, condujo a los jueces a razonar que “*posiblemente*” (fs. 895) Collia haya desempeñado ese papel.

Además, el tribunal *a quo* recordó que cuando el personal policial se presentó en el lugar, la conducta de Collia no coincidió con la de una persona ajena a un hecho delictivo. En efecto, ponderaron que, al advertir la presencia de los uniformados, Collia se fugó por la claraboya del garaje del inmueble de Avda. del Libertador 2202, utilizando la escalera que se encontraba en el lugar, sin que se observara en los registros fílmicos que hubiera sido obligado por los otros imputados.

Por último, los jueces destacaron que en el auto propiedad de Collia se encontraron una serie de elementos destinados a sujetar a las posibles víctimas (entre otros: precintos, cuerdas cilíndricas y sogas de cortina de diferentes medidas), cuya ubicación no podía desconocer, por su condición de dueño y como conductor del rodado. Además, resaltaron que estos elementos presentaban características similares con los que Porcelli y Bunge fueron maniatados.

A partir de todos estos razonamientos, los jueces concluyeron que Collia debía ser calificado como coautor del hecho.

c. Por su parte, la defensa de este imputado, pidió que se lo considerara partícipe secundario, pues no había efectuado ninguna contribución esencial a la realización del hecho. Según se ha resumido (punto V, 1), la recurrente sostiene que Collia estaba en el edificio por las

razones que éste había expresado en su declaración y que no había pruebas de que había manipulado armas (ver también fs. 959 vta./960).

Ahora bien, la defensa no ha explicado qué aspectos de la declaración de Collia, concretamente, justificaban la presencia de este imputado en el lugar del hecho. Tampoco, ante la existencia de un plan común y lo dicho en el punto 2, cómo consideraba que la falta de manipulación de alguna de las armas conducía, necesariamente, a considerarlo un partícipe secundario.

Por lo demás, el recurso de la defensa no se hace cargo de analizar todos los tramos del hecho que consideró probado el tribunal *a quo*, transcripto en el punto 1.a., del cual se desprende que Collia prestó el rodado de su propiedad para llegar al lugar del hecho; ingresó al edificio de Av. del Libertador 2202; participó en la reducción del portero; ingresó al departamento de Bunge y Porcelli, donde hizo hacía las veces de *campana* (cfr. acta de debate, fs. 857 vta.), es decir, entraba y salía del cuarto de Porcelli y circulaba por la vivienda (fs. 205/206), asegurando que el robo se llevara adelante sin interrupciones.

La defensa tampoco se hace cargo de refutar el razonamiento del tribunal referido a la conducta de Collia cuando la policía llegó al lugar. Como ya se analizó, a partir de los dichos del cabo Alegre y del sargento Suárez, en ese momento, Collia se fugó y fue detenido agazapado entre uno de los extractores de aire acondicionado, oportunidad en que los policías vieron cómo se descartaron de las armas de fuego, arrojándolas al suelo (fs. 25 vta. y 32 vta.). Tampoco la defensa dice nada sobre otro dato relevante ponderado por el *a quo*: en el automóvil Peugeot de Collia se encontraron precintos, cuerdas cilíndricas y sogas de cortina de diferentes medidas (fs. 221, 222/223), de idénticas características a los que fueran empleados para reducir a las víctimas de estas actuaciones.

Por último, la recurrente pasa por alto que el tribunal *a quo* analizó detalladamente la declaración de Collia (fs. 905 vta./906) y rechazó categóricamente que hubiera sido engañado por los otros intervinientes, en tanto había sido contratado para hacer un viaje a Ezeiza. El recurso omite cualquier consideración al respecto y se limita a

reeditar, de manera genérica y global, lo que había manifestado durante el debate.

Todo lo dicho conduce a rechazar el agravio, dado que las razones expuestas en la sentencia cuestionada resultan suficientes para tener por probada, *más allá de toda duda razonable*, la coautoría atribuida a Collia en este hecho.

#### **d. La participación de Rodríguez**

Tal como se examinó, con respecto a Rodríguez, los sentenciantes razonaron que posiblemente ingresó a la habitación de Porcelli esgrimiendo un arma, mientras que Collia iba y venía entre la puerta del departamento y el cuarto donde se encontraba aquella. Asimismo, destacaron que Rodríguez y Collia fueron aprehendidos en las inmediaciones donde se produjeron los hechos y donde también se secuestraron las armas de fuego empleadas en el suceso, una de las cuales incluso fue reconocida por Bunge. Además, en lo que en este punto interesa, la sentencia consignó que en el momento de su detención, se encontró en poder de Rodríguez una cédula de identidad a nombre del mencionado Bunge y un papel manuscrito en el que se encontraba anotada la dirección del lugar del hecho (cfr. fs. 895 vta.).

Por su parte, la defensa de Rodríguez formuló una crítica genérica, en tanto se limitó a señalar que no había sido “...*determinado con el grado de certeza que exige esta etapa procesal...*” el grado de participación de su asistido. “...*Lo único claro son los videos en los cuales se ve a Rodríguez en las cocheras del edificio pero eso en modo alguno permite vislumbrar cual fue su grado de intervención en el hecho...*” (cfr. fs. 950).

Como se advierte, la defensa de Rodríguez omite toda consideración de la descripción detallada del hecho que tuvo por probado el tribunal *a quo* (punto 1.a); en particular, nada dice sobre las circunstancias en que fue detenido Rodríguez, el descarte simultáneo de las armas de fuego y el hallazgo en su poder de la cédula de Bunge y un papel con la dirección del lugar donde se desarrolló el hecho. De allí que la mención aislada de las video filmaciones, sin ninguna referencia al razonamiento del tribunal *a quo* sobre el punto y al resto de las pruebas, carece de entidad para conmover la sentencia recurrida.

En definitiva, la defensa no discute que Rodríguez formó parte del grupo de personas que contando con un plan común previo ingresó al inmueble de Avda. Libertador 2202, redujo al portero, ingresó al departamento de Bunge y Porcelli, y que fue detenido con pertenencias del primero. Lo dicho sella la suerte del agravio y cierra la discusión sobre el punto.

#### **4. La calificación legal de los hechos y el concurso**

**a.** Del resumen efectuado en los puntos III, IV y VI surge que la defensa pública de Fernández planteó la atipicidad de la tenencia del arma de guerra, en tanto el revólver calibre .38 estaba descargado, cuestión que también introdujo la asistencia técnica de Rodríguez; ésta, además, planteó la imposibilidad de una tenencia compartida.

A su turno, durante el término de oficina, el defensor público oficial, Mariano Patricio Maciel, reclamó que se estableciera en esta sede que las figuras del robo con arma de fuego y su tenencia concurren de manera aparente.

Asimismo, la defensa de Rodríguez solicitó que este tribunal declare la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP.

**b.** Los planteos introducidos por la defensa pública (atipicidad del arma de fuego descargada; concurso existente entre el robo con arma de fuego y su tenencia) han sido resueltos con anterioridad.

Así, en el precedente **“Giménez”**<sup>15</sup>, con cita del caso **“Cordero”**<sup>16</sup>, se dijo que el Derecho penal, en función de los bienes protegidos y la peligrosidad del instrumento que emplea (fundamentalmente la pena, pero también las consecuencias que implica ya la promoción de un proceso), se encuentra en una relación especial con el lenguaje. A diferencia de otros ámbitos jurídicos, las normas penales deben expresarse de determinada forma; allí cumple una función especial el principio de legalidad dirigido no sólo al legislador sino también al juez. La aplicación de este principio constituye una de las

---

<sup>15</sup> Sentencia del 7.12.16, Sala II, jueces Niño, Morín y Sarrabayrouse, registro n° 979/16.

<sup>16</sup> Sentencia del 30.10.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 605/15.

tareas y objetivos de la justicia penal.<sup>17</sup> Los valores que lo sustentan hacen que el principio de legalidad “actúe” en dos frentes: por un lado, se dirige al legislador y, por el otro, al intérprete. En el primer caso, el mandato más fuerte es el de certeza, sumado a la prohibición de crear leyes penales con efectos retroactivos; para el segundo, la prohibición de aplicar la analogía<sup>18</sup> y la proscripción de la costumbre como fuente para resolver un caso. En virtud de la importancia de lo que está en juego al aplicarse el Derecho penal, se buscaron garantías en ambos lados de la creación del derecho.

Luego, se recordó lo afirmado por la mayoría de la Cámara del Crimen en el plenario “**Costas**”<sup>19</sup>, cuando señaló que “...*si se define el arma de fuego ‘como instrumento destinado para ofender al contrario, que por medio del fuego dispara’ (Conf. Escriche, “Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia”, p. 218, París, 1920), va de suyo que si el artefacto carece de las condiciones necesarias para su normal uso por defectos insuperables, o por carecer de proyectil, su utilización no implica una mayor situación de peligro para la vida o integridad física de la víctima a la vez que denota los alcances de la conducta del sujeto activo del delito...*”<sup>20</sup>.

En ese plenario también se dijo que “...*(n)ingún objeto lanzador y ningún proyectil pueden, por sí solos, comportarse como un arma en sentido propio, pues un arco sin flechas, o una honda sin piedra no satisfacen la aludida función. Esta sólo puede ser satisfecha por el conjunto debidamente estructurado, y, por lo tanto, no puede predicarse a ninguna de las ‘partes’ las propiedades que son privativas del ‘todo’. Se trata de una imposibilidad lógica...*”.

A su vez, esta solución es congruente con lo resuelto en otros precedentes. Así, en el caso “**Ontiveros**”<sup>21</sup> se compartió, en lo sustancial, la solución propuesta por la jueza Garrigós de Rébora y el juez

---

<sup>17</sup> Cfr. Winfried HASSEMER, *Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht* (¿Derecho correcto mediante el lenguaje correcto? Sobre la prohibición de analogía en Derecho penal, en Günther Grewendorf (comp.), *Rechtskultur als Sprachkultur. Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 74-77.

<sup>18</sup> Sobre el contenido de la prohibición de analogía en el Derecho penal, véase Giuliano VASALLI, *Analogía nel diritto penale*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, t.I, 4ª ed., UTET, Torino, 1992, pp. 158-172.

<sup>19</sup> Fallo plenario n° 16 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, causa “Costas, H.”, del 15.10.1986.

<sup>20</sup> Del voto del juez Raúl Madueño.

<sup>21</sup> Sentencia del 9.11.15, Sala III, jueces Garrigós de Rébora, Jantus y Sarabayrouse, registro n° 631/15.

Jantus, con respecto a que un arma de fuego descargada no quedaba incluida dentro de los tipos penales del art. 189 *bis*, inc. 2º, CP. Del mismo modo, en **“Briones”**<sup>22</sup> se coincidió en que el objeto secuestrado constituía un arma de fuego, por lo cual la conducta juzgada había sido subsumida correctamente en el art.189 *bis*, inc. 2º, cuarto párrafo, CP (se trataba de un revólver apto para producir disparos pero de funcionamiento anormal porque podía ser accionado manualmente; además, sus municiones peritadas eran aptas para sus fines específicos).

En cuanto al concurso existente, resultan aplicables las consideraciones efectuadas en los precedentes **“Bareiro”**<sup>23</sup>, **“Bautista”**<sup>24</sup>, **“Orona”**<sup>25</sup> y, más recientemente, **“Benavídez”**<sup>26</sup>, respecto de que entre el delito de portación de un arma de fuego y la realización de otro delito correspondiente a la faz consumativa del *iter criminis* se presenta un concurso aparente de leyes<sup>27</sup>.

En este aspecto, Juan L. Fuentes Osorio<sup>28</sup> señala que la anticipación de la tutela penal, desde un enfoque que no reduce el injusto a la producción de una lesión efectiva, sino que también abarca la capacidad lesiva *ex ante*, equivale a la criminalización de conductas que no lesionan o que no representan una puesta en peligro, materialmente relevante, del bien jurídico. Desde esta perspectiva, hay tres formas de antelación de la protección: los delitos de peligro abstracto, la tentativa y los delitos de preparación. Sin embargo, esta enumeración de las técnicas legislativas para regular la anticipación resulta confusa pues, entre otros aspectos, utiliza indistintamente dos criterios de clasificación; por un lado, se incluyen conductas vinculadas con su posición en el *iter criminis* y, por el otro, se analizan acciones en virtud de su peligrosidad. Estos criterios deben analizarse conjuntamente ya que las fases del *iter criminis* se castigan porque contienen una peligrosidad que se considera

---

<sup>22</sup> Sentencia del 23.10.15, Sala III, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse, registro n° 580/15.

<sup>23</sup> Sentencia del 26.11.15, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Niño, registro n° 696/15.

<sup>24</sup> Sentencia del 11.7.16, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Niño, registro n° 513/16.

<sup>25</sup> Sentencia del 11.7.16, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Niño, registro n° 514/16.

<sup>26</sup> Sentencia del 23.2.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 113/17.

<sup>27</sup> Como integrante del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, Provincia de Tierra del Fuego, causa **“Hermosi”** del 11.12.2012, registro n° 35, t. II, folios 397 / 408, protocolo 2012, entre otros precedentes.

<sup>28</sup> En su trabajo *Formas de anticipación de la tutela penal* (publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 08-08, 2006, página electrónica [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc), p. 8).

penalmente relevante. Los delitos de peligro representan la persecución penal de conductas que no lesionan necesariamente el bien jurídico, que ocupan una posición dentro de un *iter criminis* concreto, y que, desde un punto de vista ideal, deberían tener una sanción proporcional a su situación en esa escala de proximidad a la consumación de la lesión del bien jurídico<sup>29</sup>.

Dentro de la clasificación de los delitos ubicados en el *iter criminis*, adquieren relevancia los preparatorios, es decir, “...*aquellos en los que se sanciona una conducta que es una condición de una actividad delictiva (que posibilita, facilita o asegura), incapaz per se de lesionar o poner en peligro de forma directa el bien jurídico tutelado (materialmente no-ejecutiva)...*”<sup>30</sup>. El principio general es la impunidad de los actos preparatorios. Cuando se realizan formas de preparación autónomamente tipificadas y luego se continúa con la actividad delictiva hasta alcanzar fases ejecutivas del mismo *iter criminis*, como ya se dijo, los delitos que concurren relativos a esas fases sucesivas de ataque a un mismo bien jurídico se resuelven mediante un concurso de leyes, en concreto a través del principio de consunción o subsidiariedad tácita. Aunque el legislador haya decidido crear un delito de preparación o de tentativa de participación autónomo en un sentido formal, ello no implica necesariamente que haya un hecho preparatorio punible independiente del proceso delictivo efectivamente desarrollado. Ambos están en la escala del *iter criminis* del hecho principal<sup>31</sup>.

c. Como corolario de lo expuesto, se advierte que el tribunal *a quo* condenó a los imputados por el delito de tenencia de arma de uso civil y de guerra, sin la debida autorización legal; con respecto al arma de guerra, la conducta resulta atípica, en tanto el revólver calibre .38 estaba descargado; y con respecto al revólver calibre .22, su tenencia constituye un acto previo toda vez que el contenido del ilícito se encuentra comprendido en la figura del robo agravado por el uso de arma de fuego y, en consecuencia, en una relación de concurso aparente. Por lo tanto, en el caso existió una errónea interpretación de las reglas que rigen el concurso entre los delitos atribuidos a Fernández, Collia y

---

<sup>29</sup> Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, op. cit., p. 8.

<sup>30</sup> Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, op. cit., p. 11.

<sup>31</sup> Cfr. Juan L. FUENTES OSORIO, op. cit., ps. 12 y 21.

Rodríguez, por lo cual el hecho debe ser calificado exclusivamente como robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 42 y 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP).

Esta forma de resolver torna abstracto el tratamiento de la cuestión referida a si es jurídicamente posible una *tenencia compartida*.

**d. La inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP**

Si bien en distintos precedentes se ha señalado de manera constante que en el recurso de casación deben revisarse todos los *agravios que resulten verosímiles* (cfr. las sentencias en los casos “**Castañeda Chávez**”<sup>32</sup> y “**Briones**”), esto no significa transformar al tribunal que examina la condena en una *jurisdicción de consulta*, como se señaló en la causa “**Prado**”<sup>33</sup>. En este precedente se destacó que la competencia de esta cámara es apelada y no originaria, lo que significa que en todos los casos únicamente pueden escrutarse los agravios concretamente planteados, según los términos del art. 463, CPPN.

En este sentido, no puede pasarse por alto que la cuestión constitucional introducida en el recurso de la parte no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, en el marco del debate, de modo tal que le hubiera impedido al impugnante efectuar un planteo oportuno. La calificación del hecho, ahora cuestionada por su inconstitucionalidad, fue propuesta por la fiscal general ya en su requerimiento de elevación a juicio (cfr. fs. 602/603) y ello no provocó ninguna consideración desde esa perspectiva en la oportunidad en que intervino la defensa. Por lo tanto, no se aprecia ni ha sido alegado algún motivo que dispense de la carga del planteamiento oportuno de la inconstitucionalidad de la regla mencionada.

Pues bien, la defensa propone que este tribunal directamente examine las infracciones constitucionales en las que habría incurrido el legislador al sancionar la norma en cuestión vinculadas con la desproporcionalidad de la sanción prevista, sin explicar cuál habría sido el impedimento para plantear este mismo asunto ante el tribunal

---

<sup>32</sup> Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 670/15.

<sup>33</sup> Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 965/16.

que se encontraba habilitado a juzgar el caso. Tampoco menciona infracción alguna en cabeza del juzgador, que posibilitara considerar una omisión de expedirse oficiosamente sobre el asunto que, producto de una reflexión tardía, acerca ahora a esta instancia de casación. En definitiva, la pretensión fue introducida de un modo desvinculado de las circunstancias del caso y de la fundamentación de la sentencia impugnada.

Conviene reiterar que éste no es un tribunal de consulta, ni mucho menos uno que ejerce un control de constitucionalidad concentrado. Aun admitiendo el sistema difuso y la posibilidad de que los jueces dicten de oficio la inconstitucionalidad de una regla, esto no exime a la parte de plantear oportuna y correctamente cuál es el conflicto constitucional *y su directa incidencia en el caso a resolver*.

En efecto, la competencia de esta cámara es apelada y no originaria, y tiene por objeto corregir un error atribuido a una decisión recurrida. En este sentido, incluso admitiendo la declaración de inconstitucionalidad de oficio, no puede soslayarse el límite que implica para este tribunal pronunciarse, por primera vez, sobre cuestiones no decididas en la instancia precedente. Si, como se dijo, el objeto del recurso es la sentencia considerada errónea, ello limita a esta instancia, en tanto aquí se introduzca una cuestión no sometida a la decisión del anterior tribunal, pues ello implica que éste no pudo analizarla. La parte que intente soslayar este confín debe realizar un esfuerzo de argumentación adicional que muestre la existencia de un error u omisión tal que permita eventualmente superar aquella frontera.

Por último, cuando se habla de la *gravedad institucional* que implica la declaración de inconstitucionalidad, esa expresión debe interpretarse como un esfuerzo a realizar para no invadir las esferas propias del legislador y no extralimitar el poder de los jueces. Ésta fue una de las luchas de la Ilustración: limitar la arbitrariedad de éstos y que no impongan sus preferencias o gustos personales sobre las leyes, expresión de la voluntad general. Esta concepción, a su vez, se encuentra en la génesis histórica del predominio de la interpretación literal, el papel de los jueces y el nacimiento del recurso de casación, tal como se lo

conoció en nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco tiempo<sup>34</sup>. En este aspecto, la discusión sobre el alcance de los principios constitucionales abre paso a un amplio margen de discrecionalidad: la única forma de limitarla es mediante la argumentación, esto es, la explicación de las razones por las cuales los jueces deciden como deciden, lo que permite a su vez, controlarlos. En definitiva, se trata de que todo el enorme poder que implica la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes sea acompañado por una gran responsabilidad y mesura en su ejercicio.

Por lo demás, tampoco se ha puesto de resalto en el desarrollo argumental de la defensa que la infracción constitucional denunciada pueda ser calificada de palmaria u ostensible en su afectación, de un modo tal que justifique su tratamiento oficioso; todo lo cual conduce al rechazo del planteo intentado.

## 5. La determinación de la pena

a. En los autos **“Medina”**<sup>35</sup> se señaló que uno de los temas más olvidados y poco estudiados, aquí y en otras latitudes, ha sido y es la medición judicial de la pena. Si bien se registran avances en el punto, la amplia discrecionalidad que otorga el sistema y la carencia de un diseño procesal que facilite la discusión sobre aquélla favorecen la inercia con que se ha desenvuelto tradicionalmente el asunto. De allí la necesidad de establecer la *cesura de juicio* como ámbito para discutir los criterios y las formas racionales para medir la reacción penal del Estado<sup>36</sup>.

Lentamente se ha impuesto el criterio de que el pedido de pena del fiscal funciona como un límite para los jueces. De estar pautado en el marco del procedimiento abreviado (art. 431 *bis*, CPPN), aceptado por una minoría de la CSJN en el caso **“Amodio”** (causa A.2098 XLI del 12 de junio de 2007), fue recogido por el CPPN, ley 27.063 (cuya vigencia fue suspendida por el decreto de necesidad y urgencia n°

---

<sup>34</sup> Sobre la evolución del recurso de casación, véase por todos, Daniel PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, en particular ps. 15–35; en la jurisprudencia, el *leading case*, “Casal” (Fallos: 328: 3329).

<sup>35</sup> Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

<sup>36</sup> Cfr. Julio B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 382.

257/2015 del 24 de diciembre de 2015), que en su art. 273 establece que los “... *jueces no podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores...*”.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con las agravantes y atenuantes previstas en el art. 40 y 41, CP, esto es, este CPPN no prevé que los jueces solo puedan aplicar aquéllas planteadas por el acusador y discutidas por las partes. De este modo, si bien el nuevo ordenamiento contempla la cesura del juicio, a diferencia de otros códigos procesales, no establece un límite en cuanto a la consideración de aquéllas<sup>37</sup>. En cuanto a la técnica legislativa, la previsión de una cesura del juicio implica que el fiscal ya en la acusación expresa las “...*circunstancias de interés para determinar la pena...con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas en el juicio sobre la pena...*”.

Con este marco, se analizarán simultáneamente los agravantes y atenuantes valoradas por el *a quo*, los agravios planteados por las defensas de Fernández y Rodríguez (punto III.3. y IV.4. de las resultas) y la incidencia de la nueva calificación legal en la medición de la pena.

**b.** Los jueces de la instancia anterior, sobre la base de las circunstancias de hecho probadas en el debate y objeto de disputa entre los contendientes, consideraron como agravantes: *i*) que fueron tres los intervinientes en el hecho y *ii*) que fue planificado previamente (fs. 918 vta.). Resaltaron que los imputados conocían el nombre del nieto de la familia Bunge-Porcelli (“Teo”, conforme recordó el primero en su declaración); durante el *iter criminis* actuaron en forma organizada, con reparto de roles y funciones, siendo posible su ingreso al inmueble ubicado en el sexto piso con la entrega previa de llaves correspondientes a la puerta de acceso a la vivienda de los damnificados; todo lo cual facilitó su accionar y fue aprovechado por los imputados, colocando así a Bunge y Porcelli en una situación de mayor vulnerabilidad e indefensión. También valoraron como circunstancias agravantes que las víctimas eran personas de edad avanzada, que se las neutralizó atándoles

---

<sup>37</sup> Cfr. GARIBALDI, Gustavo E. L. / BELLAGIO, Aníbal / CASTRO, María del C., *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2004.

las manos con cinta adhesiva, y que las amenazaron de muerte en reiteradas oportunidades, incrementando así la magnitud de la violencia e intimidación ejercida contra aquéllas (fs. 918 vta.).

Mientras que como pautas atenuantes, se valoró en relación a Collia y Rodríguez que ambos tenían hábitos laborales y que se desenvolvían en un medio social, económico y cultural de recursos limitados, con las consecuentes dificultades para proveer a su sustento (fs. 919). En cuanto a Fernández, además, se ponderó como pauta reductora la circunstancia de que hace ocho años padece HIV y Hepatitis “B” (íd.).

c. Al resolver los autos “**Gyacone**”<sup>38</sup>, entre muchos otros, se señaló que cuando se trata de ponderar la *naturaleza de la acción* prevista por el art. 41 inc. 1º, CP, no se trata de un concepto abstracto, sino la manera concreta en que se ha ejecutado la acción típica, particular de cada hecho y reveladora de múltiples aspectos que pueden y deben ser valorados al momento de medir en la pena la intensidad del reproche penal. El análisis de las agravantes ponderadas por el *a quo*, de acuerdo con los criterios mencionados, demuestra que han sido correctamente evaluadas en tanto agregan un mayor disvalor al ilícito reprochado. En efecto, el número de sujetos activos, la planificación previa del hecho, la utilización de llaves, la edad de las víctimas, su indefensión, las amenazas y cómo las maniataron son todos elementos pertinentes para mensurar la pena.

No se advierte así que la sentencia se encuentre infundada en el punto.

En cuanto a la objeción planteada por la defensa de Fernández de que la pena resultó desproporcionada en relación con la solicitud efectuada por la fiscal general, la recurrente omite considerar que la acusadora pública petitionó una pena superior a la que finalmente fue aplicada. En efecto, al efectuar su alegato, la fiscal general requirió la imposición de una sanción de ocho años de prisión, de cumplimiento efectivo, para los tres imputados (fs. 883). En este aspecto, tal como se

---

<sup>38</sup> Sentencia del 22.4.16, Sala III, jueces Jantus, Sarrabayrouse y Garrigós de Rébora, registro n° 312/16.

señaló en el precedente **“Habiaga”**<sup>39</sup>, un cambio de calificación jurídica no se refleja *necesariamente* en una disminución de pena, sino que ello dependerá de su fundamentación en cada caso particular. Menos aun cuando ni siquiera se traspuso el monto de pena solicitada por el acusador.

En cuanto a las pautas atenuantes, se advierte que los criterios utilizados resultan pertinentes. En cuanto al agravio de la defensa de Rodríguez que no se consideró su falta de antecedentes, conviene recordar lo dicho en los precedentes **“Santos Leguizamón y Coronel”** (ya citado) y **“Cardozo”**<sup>40</sup>, entre muchos otros, en cuanto a que la valoración de las pautas atenuantes no puede medirse en sí misma exclusivamente, sino también en su relación con las agravantes ponderadas, análisis ausente en el recurso. Es decir que la defensa debió demostrar la incidencia de la atenuante reclamada vinculadas con todas las agravantes que consideró el tribunal *a quo*.

Por último, corresponde analizar la incidencia de la modificación de la calificación jurídica del hecho propuesto en el punto anterior. Según lo dicho en los precedentes **“Habiaga”** y **“La Giglia”**<sup>41</sup>, la reducción *necesaria* de la pena por un cambio de calificación no puede establecerse de modo general y para todos los supuestos. Su procedencia o improcedencia dependerá de varios factores, entre ellos y especialmente en lo que aquí concierne, obedecerá *a la manera en que se funda la decisión*.

Éste es el punto central: cómo se justifica la imposición de la pena y si ella resulta *proporcional* a las circunstancias valoradas para fijarla. Es decir, se deben explicar las razones por las cuales se arribó al monto de pena discernido.

El disvalor de los hechos desaprobados se refleja en la medición de la pena y no puede predicarse de modo abstracto. Tanto el ilícito como la culpabilidad son conceptos graduables cuya intensidad corresponde establecer al momento de mensurar la pena, de acuerdo con los arts. 40 y 41, CP. En el caso particular, no se advierte, ni la defensa

---

<sup>39</sup> Sentencia del 21.11.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 934/16.

<sup>40</sup> Sentencia del 27.10.17, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 1071/17.

<sup>41</sup> Sentencia del 14.8.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 686/17.

tampoco ha demostrado, las razones por las cuales una diferente calificación legal que implica la mutación de un concurso ideal en aparente, que apenas modifica el mínimo de la escala aplicable, debe reflejarse en una pena inferior a la discernida. En este sentido, se lee en la presentación efectuada en el término de oficina: “...considero que corresponde que casen parcialmente la decisión para aplicar la forma concursal entre las figuras de robo y tenencia que resulta compatible con el criterio de este tribunal revisor que ya ha sido invocado...” (ver fs. 982 vta.), pero sin extraer ninguna conclusión en el punto. Luego, al reclamar la falta de fundamentación de la sentencia y la errónea aplicación de la ley sustantiva en torno a la pena impuesta (punto VII, fs. 982 vta./983), la defensa expresamente señaló “...el Tribunal sentenciante...no sólo consideró que debía aplicarse una escala penal reducida...con un mínimo de 3 años y 4 meses de prisión...”. Así, se advierte que la crítica de la defensa partió de considerar la escala penal correspondiente a un concurso aparente, sin que demuestre la incidencia del cambio de calificación solicitado ni demostrar la arbitrariedad o la errónea interpretación de la ley alegada. Lo mismo cabe decir con los planteos efectuados en los otros recursos, en tanto no vincularon la atipicidad reclamada del revólver calibre .38 con la medición de la pena.

En definitiva, la magnitud de las circunstancias agravantes y atenuantes ponderadas por el tribunal *a quo* aconseja confirmar el criterio sostenido en la sentencia recurrida.

Se advierte entonces, y según se han planteado los recursos de las defensas, que la modificación de la calificación legal del hecho propiciada en el punto 4, c, constituye un error de derecho que no influye en la sustancia de lo decidido y, por lo tanto, aquí solo deber ser corregido (art. 472, CPPN).

Por lo tanto, y no habiéndose constatado arbitrariedad o errónea aplicación de la ley sustantiva en la fijación de la pena, corresponde rechazar también aquí este agravio de la defensa.

## **6. El decomiso del automóvil propiedad de Collia**

Por último, en cuanto al decomiso del automóvil marca Peugeot modelo 504, dominio colocado ACP-223, propiedad de Collia, el tribunal *a quo* lo consideró un instrumento del delito (fs. 919 vta./920).

Ello, toda vez que, de acuerdo con el hecho que los sentenciantes tuvieron por probado (punto 1.a.), el rodado no solo fue empleado para arribar al lugar de los acontecimientos sino que también los acusados contaban con el vehículo para poder procurarse la fuga, que no pudo concretarse por la presencia policial en el lugar.

Ninguna de estas afirmaciones, tanto en su sentido jurídico como en su sustento fáctico, han sido cuestionadas por la recurrente. La defensora de Collia solo se limitó a señalar que el automóvil no fue utilizado para cometer el acto ilícito, destacando el escaso valor del rodado y el hecho de que era empleado para colaborar con el mantenimiento económico de las hijas menores de Collia, omitiendo refutar los argumentos válidamente empleados por el tribunal de mérito.

Lo dicho –además de alejar sustancialmente el caso de las situaciones verificadas en los precedentes **“Granda Taboada”**<sup>42</sup>, **“Coronel”**<sup>43</sup>, **“Vetti”**<sup>44</sup> y **“Leque”**<sup>45</sup>– sella la suerte de este planteo.

7. En virtud de todo lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por las defensas de Leonardo Gustavo Fernández, Damián Joaquín Collia y Walter Hugo Rodríguez y modificar la calificación del hecho por la robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, contemplado en el art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP. Sin costas (arts. 54, 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP; 456 inc. 1º, 470, 472, 530 y 531 sigs. y concs., CPPN).

**El juez Daniel Morin dijo:**

1. Adhiero, en lo sustancial, a la solución propuesta por el juez Sarrabayrouse en los puntos 2, 3, 4 y 5 de su voto.

2. No comparto, sin embargo, la solución que propicia en lo que respecta al decomiso dispuesto en la sentencia.

Ello porque considero, a diferencia del mencionado colega, que –tal como lo alega la defensa– el vehículo marca Peugeot modelo

---

<sup>42</sup> Sentencia del 7.5.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 62/15.

<sup>43</sup> Sentencia del 2.7.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 218/15.

<sup>44</sup> Sentencia del 24.8.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 360/15.

<sup>45</sup> Sentencia del 21.4.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 299/16.

504, dominio colocado ACP-223, no fue instrumento del delito por el que fue condenado Collia.

Sostener lo contrario implica desconocer la plataforma fáctica que los propios jueces tuvieron por acreditada, pues en las circunstancias de hecho descriptas en la sentencia, claramente el vehículo aludido no era parte integral y necesaria de la maniobra que los imputados quisieron llevar a cabo para apoderarse de los bienes que intentaron sustraer del domicilio de la Av. Libertador 2202, 6° piso.

En este sentido, no puede soslayarse que los encausados bien podrían haber arribado a ese domicilio en cualquier medio de transporte diferente a dicho automóvil y que, por las características del botín que pretendían llevarse, aquél tampoco era el único medio para huir del lugar.

Se observa, además, una falencia en la argumentación del tribunal en lo que a este aspecto se refiere, que evidencia la falta de coherencia interna de la decisión, pues si bien los magistrados han señalado que el vehículo no solo fue empleado *“para arribar al lugar de los hechos”* sino que los imputados *“también contaban con él para procurar su fuga”*, según los sucesos que ellos mismos consideraron probados *“(u)na vez finalizado su cometido en el departamento, los procesados se dirigieron al estacionamiento del edificio, donde cargaron parte de lo sustraído en el auto marca Audi A8, domino IPW-271, propiedad de la dueña del departamento del 7mo piso, Sra. Ana Cecilia González López”*.

3. Sobre esta base, corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por las defensas de Fernández, Rodríguez y Collia, y modificar la calificación del hecho por la de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, debiendo rechazarse sus recursos en lo relativo a los demás puntos de agravio, a excepción del presentado por la defensa de Collia, respecto del cual corresponde hacer lugar también al agravio vinculado al decomiso del automóvil decomisado en la sentencia y dejarlo sin efecto.

**El juez Horacio Días dijo:**

Adhiero en lo sustancial al voto del juez Sarrabayrouse.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE:**

**I.** Por unanimidad, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación interpuestos por las defensas de Leonardo Gustavo Fernández, Damián Joaquín Collia y Walter Hugo Rodríguez, **CASAR** los puntos II, III y IV de la sentencia recurrida y **MODIFICAR** la calificación del hecho por la robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, contemplado en el art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP. Sin costas (arts. 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP; 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 472, 530 y 531 sigs. y concs., CPPN).

**II.** Por mayoría, **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Damián Joaquín Collia en lo que respecta al decomiso del automotor Peugeot 504 y **CONFIRMAR** el punto VI de la sentencia recurrida. Sin costas (arts. 456 incs. 1º y 2º, 463, 465, 468, 469, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

DANIEL MORIN

HORACIO DÍAS

Ante mí:

PAULA GORSO  
SECRETARIA DE CÁMARA