

*Poder Judicial de la Nación*

/// nos Aires, 22 de Abril de 2013.

Y VISTOS:

Luego de dictado el veredicto correspondiente a esta causa nº 3895/4051, seguida a CRISTIAN GUSTAVO GATTI, argentino, de 34 años de edad, nacido el 1º de Octubre de 1978 en Lanús, pcia. de Buenos Aires, hijo de Hugo Antonio Barrionuevo y de Norma Hortencia Gatti, soltero, con estudios primarios completos, con último domicilio en Lincoln 318, Lomas de Zamora, pcia. de Buenos Aires, gastronómico, titular del D.N.I. 26.917.314, RODRIGO MARTIN FERNANDEZ, argentino, de 29 años de edad, nacido el 4 de Abril de 1983 en esta Capital, hijo de Miguel Ángel y de Silvia Miriam Fernández, soltero, con estudios secundarios incompletos, con último domicilio en José Bonifacio 1669, 2º piso “E” de esta Ciudad, mecánico, titular del D.N.I. 30.064.898, MATIAS NICOLAS LACOSTE, argentino, de 28 años de edad, nacido el 23 de Octubre de 1984 en esta Capital, hijo de Luis Alberto (f) y de Silvia Inés Sosa, soltero, con estudios secundarios incompletos, con último domicilio en Turín 140, Morón, pcia. de Buenos Aires, chapista y dedicado también a la compra y venta de autos, JORGE LEONEL RIARTE, argentino, de 24 años de edad, nacido el 6 de Setiembre de 1988 en esta Ciudad, hijo de Jorge Luis Escobar y de Susana Isabel Riarte, soltero, con último domicilio en barrio 17 de Marzo, manzana 14, lote 10 de Isidro Casanova, pcia. de Buenos Aires, con estudios secundarios incompletos, D.N.I. 34.069.769 y HECTOR FABIAN LLANES, argentino, de 44 años de edad, nacido el 9 de diciembre de 1968 en Haedo, pcia. de Buenos Aires, hijo de Tránsito Valentín Llanes (f) y de María Elena Fontán, casado, con estudios secundarios completos, paramédico, domiciliado en Merlo 1005, Castelar, pcia. de Buenos Aires, titular del D.N.I. 20.353.091, de trámite por ante este Tribunal Oral en lo Criminal nº 4, se reúnen con la presencia del Sr. Secretario Dr. Fabián Di Nestalos Sres. Jueces que lo integran, Dra. Ivana Bloch y Dres. Julio César Báez y Armando Chamot, quien presidió el debate, para redactar los fundamentos de la sentencia.

Actuaron en el juicio el Sr. Fiscal General Dr. Marcelo Saint Jean, el Dr. Matías E. Morla como defensor de los imputados Gatti y

Fernández, el Dr. Gabriel Cecilio González como defensor del acusado Lacoste, el Dr. Jonathan Patti como defensor del procesado Llanes y la Sra. Defensora Oficial Dra. Verónica Blanco asistiendo al enjuiciado Riarte. También lo hizo el Dr. Nicolás Pameli, quien actúa como querellante en representación de Carlos Alberto Taccari.

El acusado Fernández se encuentra detenido a disposición de este Tribunal, mientras que los demás procesados se encuentran detenidos a disposición de la Justicia de Ejecución Penal, salvo el imputado Llanes que está en libertad.

**Y CONSIDERANDO:**

**EL DR. CHAMOT DIJO:**

Que habiendo sido motivo de juzgamiento hechos distintos e independientes, los trataré a continuación en forma separada para tratar de obtener la mayor claridad expositiva.

Sin perjuicio de ello, para que se entiendan los descargos que hicieron en algunos casos los procesados, descargos que se referirán seguidamente, diré brevemente que los enjuiciados, entre otros delitos, vinieron requeridos a juicio imputados de haber cometido diversos robos con armas en diferentes viviendas. En el último de ellos, intervención policial mediante, fueron detenidos Gatti y Riarte, mientras que otros autores se fugaron en una camioneta BMW, dominio GBC 646, de la que luego descendieron perdiéndose de vista, lográndose el secuestro del mencionado vehículo y, en su interior y entre otros varios efectos y armas de fuego, de un título de propiedad original perteneciente al automóvil Peugeot 206 XT Premium HDI, dominio FUW 995, un formulario original duplicado/triplicado “08” correspondiente al mismo, un título de propiedad perteneciente al motovehículo marca Honda, patente 924 ETG y un formulario original duplicado/triplicado “08”, perteneciente a dicha motocicleta.

Aclaro que la foliatura que se consignará en este voto es la  
asentada en la parte inferior de las actuaciones que llevan el nº 3895.

## *Poder Judicial de la Nación*

Invitados los procesados a prestar indagatoria, GATTI y RIARTE, al igual que lo habían hecho durante la instrucción, se negaron a declarar.

En consecuencia, se incluyó por su lectura en el juicio la indagatoria que el imputado GATTI prestó durante la instrucción el 4 de Agosto de 2010 a fs. 2351/2352, oportunidad en la que negó haber participado del robo ocurrido el 8 de Abril de 2010 en la casa del damnificado Taccari (hecho nº 2), recordando que por la mañana de ese día había ido a la casa de un amigo en Ezeiza, luego almorcó en su domicilio con su familia y mirando la televisión se enteró del robo cometido en la casa de “Sr. Tango”, ya que así se lo presentó en las noticias. Expresó que “si bien reconocía que se había mandado una “macana” en referencia al hecho por el que fue detenido”, negaba la participación en cualquier otro. Al respecto dijo que cuando estuvo detenido en la Comisaría 12<sup>a</sup> varios policías de otras seccionales le sacaron muchas fotos y que otro policía, al que describió, le dijo que si no quería que le arruinara la vida debía entregarle 300.000 dólares, a lo que respondió que no tenía una suma semejante ni tampoco otra menor, ni entendía de qué le estaban hablando. Que al día siguiente otros tres policías le hicieron el mismo pedido diciéndole que en caso contrario “le iban a meter todos los sumarios que estuvieran dando vueltas”, que habían encontrado una camioneta con un arsenal y que lo iban a involucrar en todos esos hechos, agregando que incluso lo hicieron llamar a su casa desde su propio celular para que pidiera la plata, haciendo el llamado pese a saber que no tenía dinero alguno para llevar, aprovechando para trasmitirle a su esposa lo que ocurría para que se quedara tranquila. Expresó que en la Comisaría también lo amenazaron y lo golpearon, explicando que no había dicho nada sobre todo esto cuando lo indagaron por primera vez ya que no sabía qué medidas de prueba se iban a llevar a cabo ni se había hecho tampoco ningún reconocimiento, por lo que se había negado a declarar.

Al final del juicio, reiteró su inocencia, reconociendo únicamente su intervención en el hecho nº 6, agregando que su mala situación económica, verificada por el informe socio-ambiental que se le practicara, demostraba que nada tuvo que ver en otros hechos en los que se sustrajeron muy importantes sumas de dinero.

FERNANDEZ, en el debate, manifestó ser inocente, no haber participado en ninguno de los hechos por los que es aquí juzgado, agregando que no conocía de antes a sus consortes de causa, haciéndolo recién con motivo de esta detención.

Según resulta del acta del debate llevado a cabo por el Tribunal Oral de Menores nº 1 en la causa nº 6997 (ver fs. 382 superior de la causa acollarada nº 4051) en la que fueron Juzgados Nazareno Emanuel Campo, Cristian Gustavo Gatti, Rodrigo Martín Fernández, Matías Nicolás Lacoste y Segundina Coanque Jacome en orden al hecho individualizado en este voto con el número 2 (robo llevado a cabo en el domicilio de Valle 168 el 8 de Abril de 2010 en perjuicio de Carlos Alberto Taccari), el imputado Fernández prestó indagatoria durante el juicio manifestando “quiero confesar que soy parte del hecho”, refiriendo a continuación que el robo no fue planificado sino “al voleo”, que no sabían quién era el dueño de la casa y que habían ingresado a ella sin ninguna llave sino accionando con un plástico el pestillo de la cerradura que estaba sin llave. Que primero probaron la puerta de la vereda y luego la de la casa a la que ingresó subiendo a la planta alta para entrar en la habitación y encender la luz. Que encontró al matrimonio acostado y les dijo que era un asalto, que había un arma en la mesita de luz y la tomó colocándosela en la cintura. Luego revisó los cajones y encontró otra arma y otra más en la cartera de la señora, observando esta última cuando le pidió cigarrillos. Refirió que cuando ingresaron no vio a nadie en el living ni en el estar ubicado del lado derecho. Relató que primeramente subió solo al dormitorio de los damnificados y luego lo hizo otro de los partícipes, mientras que un tercero al principio se quedó afuera de la casa y luego le avisaron por “Nextel” que entrara, afirmando que sólo participaron del hecho tres personas con él incluido, siendo uno de los partícipes el menor Campo. Dijo que a la hija del matrimonio la fueron a buscar a su habitación y la llevaron a la de los padres, que utilizaron un arma del tipo que lleva la policía, la que estaba descargada y que sus cómplices no tenían armas. Agregó que cuando subió la empleada de la casa “creo que no se quedó nadie abajo; supuestamente había una viejita abajo”. Negó que Gatti hubiera participado en el robo, dijo que a Lacoste no lo conocía y que a Riarte “lo conozco de acá”. Manifestó que “Yo

## *Poder Judicial de la Nación*

le pregunté al Sr. por la X6, no me acuerdo si vi una foto o estaba en el garaje o vi la llave. Hay cosas que me olvido, la mayoría de las cosas que el hombre dijo son ciertas”, agregando “yo no exhibí el llavero, no sé si los otros lo hicieron, el pestillo de la puerta tiene un lado chato de afuera, no así de adentro, el portón de afuera no tenía picaporte para salir era necesario tener la llave. Para accionar la puerta usamos un plástico, no me acuerdo cómo salimos porque no fui el primero en salir”. Sobre lo sustraído explicó que “llevamos las cosas a vender y no pudimos. Nos robaron las cosas, las quisimos reducir y nos robaron. El dinero lo repartimos, no sé si era tanto. El día del robo nos dividimos la plata, y uno o dos días después fuimos a reducir las cosas. El arma no sé cómo apareció más tarde”.

Cuando concluía el debate manifestó que si iba ser condenado nada más quería decir.

**USO OFICIAL**

LACOSTE dijo en la audiencia ser ajeno a estos hechos, refirió que en un proceso anterior había reconocido su responsabilidad porque era realmente culpable, pero que en este caso era inocente. Expresó que en uno de los hechos que aquí se ventila y por el que es ahora juzgado solamente su consorte de causa Riarte, él fue condenado por un Tribunal Oral de Menores, pero por ser inocente interpuso un recurso de casación que se encuentra en trámite. Manifestó no conocer desde antes a Gatti, Fernández ni Riarte, pero sí a Llanes quien le fue presentado por Javier Trijona, esposo de su cuñada, con el objeto de hacer una operación comercial. Explicó que él tenía un Peugeot 206 que le había comprado en Morón a un marmolista y enterado que Llanes tenía a la venta una moto se propuso comprarla dando el auto en pago y financiando el saldo de precio. Dijo que Llanes le pedía por la moto entre 16.000 y 18.000 dólares y el auto se lo tomaba en 42.000/43.000 pesos, a un cambio de “cuatro y pico” según el valor del dólar en aquel momento. Que con ese objeto lo vio a Llanes dos veces, ambas en Morón, y que en la última de ellas lo aguardó en un bar que estaba en una esquina. Que cuando Llanes llegó manejando una camioneta salió del bar y le entregó nada más que un formulario “08”, firmado por el marmolista, quedando en que Llanes lo llamaría luego ya que éste quería ver si en una concesionaria de autos le tomaban el Peugeot. Dijo que esto ocurrió alrededor de las 10.30 de la mañana

y que esa misma tarde se enteró que a Llanes le habían robado la camioneta con el “08” que le había dado. Que entonces habló con el marmolista a quien le explicó lo ocurrido y le pidió que le extendiera un nuevo formulario “08” para lo cual concurrieron un par de días después al registro del automotor.

Insistió en su inocencia cuando le fue concedida la palabra antes del cierre del juicio.

Del acta del debate celebrado por ante el Tribunal Oral de Menores nº 1 respecto del hecho nº 2, surge que el menor Campo manifestó “me hago cargo de los errores que cometí, me hago cargo del hecho, estoy arrepentido”.

LLANES, por su parte, manifestó ante el Tribunal que quería remitirse a lo que ya había declarado durante la instrucción, motivo por el cual se dio lectura a las declaraciones indagatorias que prestara a fs. 3352/3361 y 3692/3693. Allí había expresado que la camioneta BMW patente GBC-646 se la habían robado ese mismo día en la zona de Ituzaingo “aproximadamente entre las 11:00 h 12:00 hs.” cuando iba circulando por la calle Mocoratá al llegar con su intersección con Peribygui, como para salir a la Av. Crovara. Dijo que allí se le cruzó por delante un auto Bora de color blanco del que descendieron dos sujetos armados que le ordenaron descender y lo condujeron al asiento trasero del Bora, observando en ese momento que detrás del Bora había un Ford K de color azul, sin poder afirmar “que estuvieran juntos”. Que en el Bora le taparon la cabeza con una campera, le sacaron su reloj, una cadena de oro y la suma aproximada de \$ 1.800 y le ataron las manos, creyendo que en el rodado iban sólo dos personas ya que en el asiento de atrás no había nadie más. Que lo tuvieron así mucho tiempo hasta que los llamaron y les dijeron “largá el paquete, largá el paquete, y vení para acá”, dejándolo así en un descampado, sobre una calle de tierra en una zona de quintas. Que caminó entonces en la misma dirección en la que se había alejado el auto, cruzándose después con una persona que le dijo que estaba en la zona de Rodríguez indicándole hacia dónde tenía que caminar para llegar a la ruta 5. Que agradecía estar vivo ya que su padre había sufrido un hecho similar a cuyas consecuencias perdió la vida. Que llegó a las vías y por ellas caminó en

## *Poder Judicial de la Nación*

dirección a la Capital hasta que llegó a un teléfono público desde el que se comunicó con Jorge, persona esta que utiliza un auto de su propiedad para trabajar, el que lo fue a buscar al lugar donde se encontraba y lo llevó hasta Castelar, al domicilio de su pareja en la calle Merlo 1005. Que tras hablar un rato con ella fue a hacer la denuncia a la Comisaría de San Alberto, alrededor de las 17.30 y que luego regresó a su casa y mientras miraba la televisión vio su camioneta, por lo que fue al día siguiente a la Comisaría 12<sup>a</sup>. y de allí lo derivaron al Juzgado. Dijo que sin embargo no concurrió al Juzgado y fue a consultar a un abogado ya que la camioneta se la habían entregado en la agencia el día 26 de Abril alrededor de las 19. Aclaró que la transacción por la camioneta la inició el 7 de abril de 2010, pero que recién se la entregaron el 26 de ese mes ya que no tenía el valor total de la camioneta. Dijo que reunió la suma de sesenta mil dólares y los dio de contado y el resto se lo financió la agencia con 24 pagarés de mil dólares cada uno. Explicó que quería invertir la plata que tenía en un vehículo importado, para no perder el valor del dinero y venderlo el día de mañana para poder adquirir la vivienda de la calle Merlo que alquilaba. Dijo que en la agencia la operación se desarrolló normalmente y que nunca le dijeron que el titular registral de la camioneta se encontraba detenido cumpliendo una condena, refiriendo que únicamente le entregaron el título y el “08” y que el historial del certificado de dominio lo fue a buscar a Gualeguaychú y del mismo no surgía que la camioneta tuviera algún impedimento. Expresó que en ella no llevaba casi nada suyo ya que la había recibido el día anterior, agregando que en la guantera sí tenía los papeles de una moto de su propiedad y otros de un Peugeot 206. Explicó que su idea era entregar la moto como parte de pago de la camioneta pero en la agencia no se la aceptaron y que entonces un conocido suyo de Morón, de nombre Ariel, lo contactó con un pariente al que le interesaba la moto. Que en consecuencia, ese mismo 27 de Abril en horas de la mañana se encontró con esa persona, de la que no recordaba el nombre y era “medio gordito y de tez blanca”, en la calle Boati y Rivadavia de Morón, la que se mostró interesada en la moto ofreciéndole un mejor precio del que le daban en la agencia, dándole a cambio de la moto un automóvil Peugeot 206 por un valor de \$ 45.000 y el resto de \$ 35.000 se los pagaría en efectivo y al contado. Expresó que al encontrarse ese día él estaba en la camioneta, que esa persona estuvo en su interior y le dejó

los papeles del auto para ver si en la agencia se lo aceptaban en parte de pago de la camioneta. Dijo que de allí se fue a hacer unos trámites ocurriendo entonces la sustracción del vehículo. Se le pidió que explicara el hecho de que el automóvil Peugeot cuya documentación se secuestrara en la camioneta perteneciera a Matías Nicolás Lacoste, siendo que las huellas digitales de éste fueran levantadas del interior de la camioneta y reconocido además por algunos de los damnificados de los hechos del día 27 de abril, refirió “que a esta persona no la conocía, nunca la había visto y no sabe si estaba entre los que le sustrajeron la camioneta ese día”, agregando luego que no conoce ni le suenan los nombres de las personas imputadas en la causa. Sobre la motocicleta Honda afirmó haberla comprado en Marzo de 2010. También se le solicitó que explicara cómo era posible que en el interior de la camioneta se secuestrara el 27 de abril una notebook que había sido sustraída el día 26 de abril de 2010 de la vivienda de la Sra. Cocco, manifestando “que no sabe de dónde pudo haber salido la misma ni cómo terminó en el interior de la camioneta”. Seguidamente fue interrogado acerca del horario en que le fue robado su vehículo por cuanto sería similar al horario en que se cometió el primer hecho del 27 de Abril, manifestando “que como lo dijera anteriormente la camioneta se la sacaron entre las 11:00 y las 12:00 hs., pero no puede dar el horario exacto, ni puede determinar cuánto pueden haber tardado en trasladarse del lugar del que se la sustrajeron hasta el del hecho, que pueden ser entre 35 a 40 minutos por la calle Crovara, que es una vía rápida porque no tiene mucho tránsito ya que pasa por muchas villas”. Fue preguntado por dónde se encontraba la documentación de la camioneta al momento de secuestrársela en su domicilio y por qué, contestando que “Sandra su concubina la había guardado allí, que no sabe por qué, pero ella guarda bien las cosas, que en ese mismo lugar también había escondida una joya, agregando que no sabía que en su domicilio había un cartucho a bala y que él no tiene armas de fuego. Sostuvo que no sabía que estaba metido en semejante lío, que no sabía que estaba vigente su captura ya que el abogado que tenía antes le hizo saber que estaba todo solucionado. Finalizó haciendo referencia a sus ocupaciones laborales y a su actividad política.

## *Poder Judicial de la Nación*

Expuestos así muy someramente los hechos, y detalladas las manifestaciones que los procesados hicieron en sus respectivas indagatorias, pasaré a exponer la prueba relativa a los diversos sucesos, **no sin dejar constancia de que a propuesta de la Fiscalía General y con la expresa conformidad de todas las defensas y la querella se han incorporado al debate por su lectura las declaraciones testimoniales que se referenciarán más adelante, de conformidad con lo dispuesto por el inc. 1º del art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación.**

Al hacerlo iré mencionando, entre toda la prueba que se ordenó incorporar al debate por su lectura o como documental, tanto en los autos de prueba como durante el juicio -en este último caso siempre con la expresa conformidad de todas las partes- aquella que me parece más relevante para la resolución del caso.

**USO OFICIAL**

### **HECHO N° 1**

Todos los imputados vinieron a juicio en orden al delito de asociación ilícita, asentándose en el pertinente requerimiento fiscal que “tomaron parte en una asociación ilícita destinada a cometer delitos, disponiendo de armas y un vehículo, para luego asaltar viviendas, acorde al plan de la banda previamente establecido”.

Al alegar, el Sr. Fiscal General tuvo por acreditada esta imputación respecto de los encausados Riarte, Gatti, Fernández y Lacoste, señalando que la existencia de la asociación ilícita se ponía de resalto a través de los robos que habían cometido, lo que a su vez demostraba que el acuerdo para cometer delitos era de carácter general y referido a hechos ilícitos indeterminados. Entendió que estaban entonces comprobados los requisitos de permanencia temporal, carácter estable de la asociación y preparación de plurales episodios delictivos.

Por otro lado, afirmó que respecto del imputado Llanes carecía de los suficientes elementos probatorios para dar por cierto que integrara tal asociación ilícita dado el alcance de la acusación que formuló a su respecto - proporcionar a sus consortes de causa la camioneta BMW para que llevaran a

cabo los tres robos del día 27 de Abril de 2010-, motivos por los cuales postuló su absolución en orden a este hecho.

Las defensas de los acusados se opusieron a la pretensión fiscal, coincidiendo genéricamente en que la acusación deducía la existencia de la asociación ilícita únicamente de la comisión de los robos que les imputaba a sus respectivos pupilos sin que pudiera valorar ninguna otra prueba que acreditara la existencia misma de un acuerdo de carácter permanente para cometer delitos indeterminados ni dónde y cuándo aquel acuerdo se habría formalizado. La defensa oficial de Riarte, por su lado, subsidiariamente pidió que se declarara la inconstitucionalidad del art. 210 del Código Penal por los argumentos que constan en el acta de debate y, en última instancia, solicitó que se resolviera que entre el delito que se trata y los robos posteriores mediaba tan sólo un concurso aparente y no uno de carácter real como lo postuló la acusación.

Que es sabido que la propia naturaleza del delito de asociación ilícita -de carácter formal que no produce resultado visible en el mundo exterior-, ya determina que poder probarlo con la certeza necesaria para el dictado de un veredicto de condena sea siempre sumamente dificultoso. Al respecto se ha dicho acertadamente que su acreditación depende por lo general “de presunciones graves que se deriven de la índole y del número de delitos que, posteriormente y en cumplimiento de ese acuerdo criminal, se lleven a cabo. Lo que casi siempre ocurre es esto último y de no ser así, es muy difícil acreditar su existencia; bastará revisar los anales de jurisprudencia, para ver que no existe ningún caso en que se haya instruido causa criminal por el sólo delito de asociación ilícita” (Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, Sec. Penal n° 2, 13-2-93, causa 81/89, “C., J.C. y otros s/ inf. arts. 125, 130, 140, 142, inc. 1º, 142 bis, 210 y 293 del Código Penal”). Por consiguiente “... la prueba del acuerdo criminoso del art. 210 del C.P. se realiza a través del método inductivo, es decir partiendo desde los casos delictivos hacia atrás, donde se encuentra la faz ideológica de esos planes individualmente considerados” (Cámara Federal en lo Criminal y

## *Poder Judicial de la Nación*

Correccional, Sala II, causa n° 20.725, 30-10-2003, “Inc. de apelación en autos S., G.C.”).

La aplicación de estos lineamientos jurisprudenciales al caso que se juzga no permite tener por acreditada la imputación formulada por el Ministerio Público. Los cinco robos por los que los procesados vinieron requeridos a juicio ya parecen de por sí escasos como para inducir de ellos la existencia de una asociación previa con un vínculo de comunidad de carácter permanente y organizado y con el objetivo de cometer múltiples ilícitos; y menos todavía cuando aquellos, como resultado del juicio, quedarán reducidos a cuatro. Además, sólo tres de los acusados serán declarados responsables, y de ellos, ninguno por los cuatro robos (Gatti será condenado por los hechos números 3, 4 y 6; Fernández por el hecho número 6 -ya fue condenado por el hecho n° 2 por la justicia de menores- y Riarte por los hechos número 2 y 6).

Por estos motivos postulo la absolución de Gatti, Riarte y Fernández en orden al delito de asociación ilícita.

En cuanto a Llanes, es doctrina del Alto Tribunal, sentada en diversos precedentes -“Tarifeño”, “Cattonar”, “García” y “Mostaccio”-, entre muchos otros-, que “en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10, 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros) ... 5º) Que en el sub lite no han sido respetadas esas formas, en la medida que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación. En efecto, dispuesta la elevación a juicio (fs. 155), el fiscal durante el debate solicitó la absolución del imputado (fs. 238) y, pese a ello, el tribunal de juicio impuso la condena recurrida, lo cual pone al descubierto una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que conducen a la revocación del pronunciamiento recurrido ...” (C. 408. XXXI, “Cattonar, Julio Pablo s/ abuso deshonesto” rta. el 13 de junio de 1995).

En consecuencia, como tal es la situación que se presenta en autos y el alegato liberatorio del Sr. Fiscal cuenta con fundamentos suficientes, corresponde por aplicación de la doctrina más arriba mencionada también absolver al referido imputado.

**HECHO N° 2 -robo en el domicilio de la calle Valle 168 de esta Ciudad, ocurrido el 8 de Abril de 2010.-**

Si bien como se dijo más arriba con relación a este hecho n° 2 se juzga aquí solamente al acusado Riarte, ya que Gatti, Lacoste, Fernández y el menor Campo ya han sido juzgados y condenados en su orden por el Tribunal Oral de Menores n° 1, condena que no se encuentra firme por haber sido recurrida en casación, en algunos casos se hará necesario mencionar prueba relativa a los últimos mencionados en tanto pueda ser útil para decidir la situación procesal de Riarte.

CARLOS ALBERTO TACCARI -fs. 5/6 y 57/58- refirió que el día del hecho ingresaron a su dormitorio, en el que se encontraba con su esposa, tres personas, observando que en ese momento sólo uno tenía un arma, quienes le ordenaron quedarse quieto y que dejara las manos a la vista y procedieron a revisar la habitación haciéndole abrir una caja fuerte que allí tiene, exigiéndole la entrega de dinero y joyas, abriendo armarios mediante fuerza y tomando lo que allí encontraron. Describió detalladamente a cuatro personas de las que dijo que tres llevaban armas y tres utilizaban teléfonos "Nextel", relatando que finalmente fueron encerrados en el baño escapando los ladrones. Luego precisó que el robo duró aproximadamente una hora y cuarto y que los sujetos, más allá de las amenazas, no los lastimaron y se comportaron correctamente. Que al irse dijeron que utilizarían para ello dos llaves, que le mostraron, escuchando que en ese momento uno de los individuos por el Handy dijo "traé la camioneta" y que durante todo el tiempo mantuvieron comunicaciones, alrededor de veinte, diciendo "ya estamos, ya vamos". Dijo que le sustrajeron cuatro armas de fuego, de las que acompañó la pertinente documentación -ver fs. 177-, tratándose una de ellas de una pistola marca "Ruger", calibre 9 mm., n° 309-25323, siete encendedores Dupont, treinta relojes, algunos marca "Rolex", "Von Van", "Hugo Boss", "Tag", cuatro o cinco cortadores de oro "Dupont", 175.000 dólares, 15.000 euros y 640.000 pesos. Precisó luego que a través de lo que le contó su madre, que permaneció durante el robo en la planta baja de la vivienda, podía afirmar que los ladrones fueron entre cinco o seis, ya que con su madre permanecieron

## *Poder Judicial de la Nación*

abajo dos y algunos de ellos fueron rotando sus posiciones en la casa. Manifestó que tuvo más contacto con uno de los asaltantes, con quien conversó sobre un arma de fuego con una mira láser y la camioneta BMW. Explicó los motivos por los cuales tenía en su domicilio tanto dinero -estaba por comprar una pantalla de led, la que dijo que es muy cara-, agregando que por su negocio habitualmente mueve mucho dinero que generalmente transportaba personalmente sin utilizar custodia y que por ese motivo posee armas de fuego y autorización para portarlas.

GRACIELA BEATRIZ MARTINEZ -fs. 18/19, 74 y 314/316-, estimó que alrededor de las 12 cuando estaban durmiendo con su esposo aparecieron en el dormitorio tres sujetos, a los que describió, de los cuales dos llevaban armas de fuego y el tercero un palo, los que comenzaron a exigirles la entrega de dinero, armas y alhajas, las que fueron tomando mientras los amenazaban constantemente de muerte. Que preguntaron si había alguien más en la casa, llevando entonces al dormitorio a su hija María Antonella y a la mucama y finalmente los encerraron a todos en un baño y se dieron a la fuga cerrando con llave la puerta de entrada. Refirió que permanentemente utilizaban teléfonos “Nextel” comunicándose con alguien que estaría fuera de la casa, escuchando que decían que la camioneta estaba a la vuelta. Detalló las joyas que fueron sustraídas: un reloj Mont Blanc con cuadrante negro, de acero, modelo 9668 PJ 192144, un encendedor de oro Dupont nº 080156, un reloj Omega con cuadrante negro y brillantes nº 90169840, ref. 14755100, un reloj Omega combinado color de fondo blanco, con malla combinada dorada y plateada nº 57946224, dos pulseras marca Cartier de brillantes y platino, con un destornillador de oro cada una, series GD6333 y FZ 4057, dos cortadores de habanos de oro Dupont, un reloj Tag Heuer con esfera negra y malla de cuero negra, una lapisera de plata Dupont, un encendedor Dupont de oro nº 321456, un reloj Longines nº L 2629-4/33501280, dos relojes Rolex, uno de oro con virola de brillantes y el otro combinado de acero y oro, otros dos relojes Rolex, uno de línea náutica con cuadrante de oro blanco y el restante combinado, más otro no original, ocho mejicanos de oro del “bicentenario”, un reloj de oro con malla ancha y cuadrante pequeño, una pulsera rebatible de oro amarillo y oro blanco, una pulsera de oro blanco en escamas unida a otra

de cinco centímetros de ancho, tres pulseras tipo “pelo de elefante” con nudos de plata, otra de oro y otra de plata con nudos de oro y brillantes, procedentes de África, dijes varios con motivos africanos, un juego de alianzas de oro con los nombres “Fernando y Soledad”, una pulsera Tiffany con perlas de una sola hilera y el gancho de oro blanco, una cadena de oro con piedras verdes, una pulsera esclava de oro y brillantes, un anillo doble, mitad brillantes y mitad de oro, un anillo triple, dividido en oro, brillantes y oro, un cadena de oro Dali de importante tamaño, una cadena Cartier de oro, una cadena tipo “soga de barco” de oro amarillo, rosado y oro, un anillo Búlgari de oro blanco de importante tamaño, un anillo de oro blanco con un topacio oscuro, un anillo de piedra de “ojo de tigre”, un anillo Omero de brillantes con marco de acrílico azul Francia, otro Omero “gota” redondo de oro con un cristal en el medio y brillantes, dos relojes Baume Mercier, uno cuadrado de oro y otro redondo de oro blanco, cuatro o cinco relojes de marcas no reconocidas, una cadena de platino con una cruz grande de platino y brillantes, una gargantilla rígida de platino y brillantes con dos rosas de brillantes y platino, antiguas, un par de aros de oro Claudia Pistarini de oro y topacios amarillos, tres pares de gemelos de oro, un anillo de sello de oro con una “S” en brillantes, cuatro anillos de diferentes modelos con aguas marinas, una pulsera esclava de oro y brillantes, un anillo de oro blanco haciendo juego con una pulsera de oro y brillantes, otro anillo Claudia Pistarini de oro con semillas de oro en su centro, tres dientes que pertenecían a sus hijos cuando eran chicos, engarzados en oro, un anillo de sello de oro con la inscripción “Juan” y una medalla de la Virgen de Luján con la inscripción “abuela negra”. Relató que el sujeto que llevaba la voz cantante conversó con su esposo sobre una mira láser para armas de fuego y sobre la camioneta BMW modelo X6 de su marido, diciendo que él tenía una igual pero modelo X5 y que otro de los ladrones tenía las llaves en la mano. Expresó que los sujetos conocían los movimientos de la casa ya que sabían de la existencia de la camioneta de su marido, que su hijo no estaba y porque de los objetos sustraídos muchos se encontraban en lugares muy puntuales y fueron directamente hacia ellos.

MARIA ANTONELLA TACCARI -fs. 68 y 473/74-, refirió que el día del asalto estaba durmiendo en su habitación cuando fue despertada por

## *Poder Judicial de la Nación*

un sujeto que tenía un arma de fuego plateada o de color gris, al que describió como morocho, de cabellos cortos, robusto, de alrededor de 1,70 metros de altura, de entre 28 y 32 años, en su dentadura sobresalían o llamaban su atención los colmillos y tenía un lunar en su rostro sobre el lateral derecho, al que dijo estar en condiciones de reconocer. A otro de los ladrones lo detalló como de estatura y contextura mediana, cabellos cortos, nariz ancha, sin barba ni bigotes, con una mancha en el lado izquierdo de la cara, el que portaba un arma con la que apuntaba a su padre. Respecto de esta persona refirió que integraba una fila de personas ante la que fue llevada, pero que a pesar de reconocerlo, por temor a represalias y a las amenazas sufridas durante el robo, no lo señaló. Expresó que otro de los ladrones, por su apariencia menor de edad, era de contextura menuda, delgado, de cabello corto, el que también portaba un arma y al que podría reconocer. A otro de los individuos le adjudicó aproximadamente 23 años y lo caracterizó como alto, delgado, de cabellos cortos y morocho.

**USO OFICIAL**

Carlos Alberto Taccari a fs. 359 reconoció en fila de personas al procesado Riarte como uno de los autores del hecho. A fs. 584 también sindicó como partícipe al menor Campo.

Graciela Beatriz Martínez a fs. 361 reconoció en rueda de personas al imputado Riarte y a fs. 583 hizo lo propio con Campo.

María Antonella Taccari a fs. 369 no reconoció en fila de personas al procesado Riarte. Al hacerlo a fs. 580 respecto del menor Campo, lo reconoció.

SERGIO DANIEL ZELAYA -fs. 1- y NICOLAS PAGANINI-fs. 9 y 70-, oficiales de policía, tomaron inicial contacto con los damnificados y recibieron de ellos la noticia del delito, realizando las primeras diligencias de investigación.

SERGIO ARAN fs. -11/12-, oficial de policía, y RODRIGO MATIAS AYALA -fs. 42/43 y 186-, empleado de una cerrajería, depusieron acerca de quién pudo obtener copias de las llaves de la casa.

DIEGO GARCIA -fs. 66-, cabo de policía, realizó tareas de investigación con relación a la empleada doméstica del domicilio donde se llevó a cabo robo.

A fs. 15 corre el acta que documenta la incautación en el domicilio de la calle Valle de, entre otras cosas, un llavero con tres llaves.

A fs. 2314 se encuentra agregado el certificado de nacimiento de Nazareno Emanuel Campo, nacido el 26 de Noviembre de 1993, quien a la fecha del hecho contaba entonces con diecisiete años de edad.

A fs. 486 prestó declaración testimonial JORGE EDUARDO GIL, Jefe de la Dirección General de Seguridad Interior de la Policía Federal, quien refirió que personal a sus órdenes que efectúa tareas encubiertas de investigación en distintos barrios de la ciudad tomó conocimiento de que un joven que lidera una banda dedicada a la comisión de robos en domicilios particulares había sido detenido el 14 de Mayo de 2010 por personal de la comisaría 43<sup>a</sup>. y que se estaba montando una acción tendente a rescatarlo. Que para ello se iba a proceder a la venta de diversos bienes sustraídos en distintos hechos, entre ellos el que damnificó a Taccari, bienes que se habían reunido en el domicilio de Cossio 6313 de esta Capital. Agregó que es amigo personal de Taccari desde hace alrededor de treinta años, motivo por el cual lo había contactado el día anterior para obtener mayores precisiones de los efectos que le habían sido robados y de las características de sus autores. Aportó fotografías del domicilio de la calle Cossio, aclarando que por el momento no podía identificar al personal que realizó aquellas tareas de inteligencia ya que ello podría poner en riesgo sus vidas y la de terceros ajenos a la fuerza policial.

Que a fs. 495/496 corre el acta de allanamiento de la finca de la calle Cossio, llevado a cabo el 21 de Mayo de 2010 con la presencia del matrimonio Taccari, durante el cual se procedió al secuestro de ropas de vestir, moneda extranjera de diversos países, gran cantidad de alhajas -relojes, anillos, pulseras, cadenas, cámaras de fotos digitales, municiones, etc.-,

## *Poder Judicial de la Nación*

reconociendo el matrimonio Taccari como de su propiedad sólo una moneda (mexicano).

Cuando alegó, el Dr. Pamelli, apoderado de la querella, dijo que estaban acreditados los hechos ocurridos el 8 de Abril de 2010 y su autoría por parte de Riarte junto con Gatti, Lacoste y Campos, con base en los testimonios del matrimonio Taccari y su hija y los reconocimientos realizados; los calificó como robo con armas cuya aptitud para el disparo no había sido posible acreditar y solicitó se le impusiera a Riarte la pena de siete años de prisión.

Por su parte, el Dr. Saint Jean tuvo por cierto que el día 8 de Abril de 2010 alrededor de las 12 el acusado Riarte junto con sus consortes de causa ya condenados, Fernández, Lacoste, Gatti y el menor Campo -cuya minoridad Riarte conocía-, ingresaron al domicilio de Valle 168 utilizando las llaves de la vivienda que previamente habían obtenido y utilizando al menos tres armas de fuego intimidaron al matrimonio Taccari, al que sorprendieron en el dormitorio, reduciendo también a su hija María Antonella y a la suegra de Carlos Alberto Taccari, procediendo a sustraer ciento setenta y cinco mil dólares (U\$S 175.000), quince mil euros (E\$ 15.000), seiscientos cuarenta mil pesos (640.000), cuatro armas de fuego, entre ellas una pistola marca “Ruger” calibre 9 mm. nº 309-25323, gran cantidad de alhajas, treinta relojes, algunos de ellos marca “Rolex”, “Von Van”, “Hugo Boss”, “Tag”, siete encendedores Dupont y cuatro o cinco cortadores de oro “Dupont”, remitiéndose al detalle que de todo ello se hizo a fs. 3740/3741 vta., dándose luego a la fuga.

Valoró para ello los reconocimientos que los integrantes del matrimonio Taccari hicieron de Riarte, al igual que de los restantes partícipes, lo manifestado por Fernández y el menor Campo durante el juicio oral que se les siguiera por ante el Tribunal Oral de Menores nº 1, el secuestro de la pistola “Ruger” en ocasión de cometerse el hecho nº 6 en Hortiguera 324, en el cual se produjo la detención de Riarte, así como la identidad de “modus operandi” existente entre ambos casos. Calificó el hecho como robo cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no había sido posible acreditar, agravado por la participación de un menor de dieciocho años de edad y tuvo a Riarte como coautor del delito.

La defensa de Riarte comenzó por solicitar se declarara la nulidad del alegato de la querella por cuanto no describió el hecho que imputaba, no dijo dónde había ocurrido ni cuál había sido la participación de su pupilo, no habiendo fundamentado tampoco la pena que solicitó ya que no mencionó qué circunstancias agravantes había tenido en cuenta para ello.

No pudo darse traslado de la nulidad a la querella toda vez que el Dr. Pamelli luego de alegar se retiró de la audiencia.

Contestó luego la acusación fiscal señalando que la mera existencia del arma sustraída a Taccari en la camioneta BMW cuando ésta fue secuestrada en ocasión del hecho nº 6, nada prueba con relación a Riarte ya que no se ha demostrado que su pupilo tuviera alguna relación con ese vehículo, agregando que Fernández, durante el juicio celebrado en el Tribunal Oral de Menores nº 1, había expresado que Riarte no intervino en el robo, que se deshizo del arma y que no sabía cómo había aparecido más tarde, agregando que no era razonable que alguien que sustraer un arma en un robo la mantenga en su poder ya que ello no se compadece con la conducta de una persona de la que se dice que se dedica a cometer delitos. Relativizó el hecho de que Riarte hubiera sido reconocido en fila de personas señalando que evidentemente el damnificado Taccari tenía conocimiento de personal policial de jerarquía, circunstancia demostrada por los dichos del testigo Gil, y que a través de aquel recibía información de la investigación que se realizaba. Concluyó que existía entonces una situación de duda sobre la participación de su defendido en este hecho, por lo que requirió su absolución.

Que corresponde en primer lugar analizar la nulidad articulada por la defensa respecto del alegato acusatorio de la querella.

Que partir de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Mostaccio, Julio s/ homicidio culposo”, (“Fallos” 327:120) y en sus antecedentes “Tarifeño”, “García” y “Cattonar”, entre otros, en tanto decidió que el pedido de absolución por parte del Ministerio Público durante el alegato final impedía al Tribunal dictar un veredicto de condena, ha quedado claro, en mi opinión, que la acusación propiamente dicha es la que se formula en aquella oportunidad y, por lo tanto, que su contenido debe ser lo

## *Poder Judicial de la Nación*

suficientemente explícito como para permitir un adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del imputado. Por consiguiente, entiendo que debe al menos exigírsele que cumpla con los requisitos que establece el art. 347 del Código Procesal Penal de la Nación, es decir que contenga “una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda”, claro está que fundada en la prueba recogida durante el debate y ya no en la reunida durante la instrucción. Deberá adecuarse también a la naturaleza de la etapa del juicio, debiendo por ello incluir un concreto pedido de sanción el que deberá también ser mínimamente fundamentado. Sólo con una acusación así estructurada podrá el enjuiciado defenderse satisfactoriamente al conocer qué hechos concretos se ponen a su cargo, la puntual participación que se le adjudica y, no menos importante, cuáles son los argumentos que eventualmente deberá contestar. Otro tanto debe decirse, en lo pertinente, con relación a la pena que se requiera.

Que la lacónica exposición de la querella no satisface en mi parecer los requisitos aludidos ya que se limitó a señalar que estimaba acreditados los hechos “ocurridos el 8 de Abril” sin precisar en qué habían consistido y sin hacer siquiera una expresa remisión al detallado en el requerimiento de elevación a juicio. En cuanto a la pena que requirió, no hizo ninguna alusión a las circunstancias agravantes que a su juicio debían tenerse en cuenta para imponer una sanción notoriamente alejada del mínimo legal estipulado.

Estas circunstancias me llevan a considerar efectivamente afectado en el caso concreto el derecho de defensa del acusado, por lo que propongo al Acuerdo hacer lugar a la nulidad deducida por la defensa.

Resuelto el punto anterior, considero que las pruebas reunidas en el juicio, valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, permiten tener por acreditada más allá de cualquier duda razonable la imputación formulada por el Ministerio Público, tanto sobre la materialidad del hecho como la participación que en él tuvo el procesado Riarte.

La existencia del robo está más que comprobada por los relatos coincidentes de las víctimas y el aviso inmediato de lo sucedido a la autoridad

pacial, a lo que debe sumarse el reconocimiento que del robo hicieran en su momento los procesados Fernández y Campo durante el debate celebrado por el Tribunal Oral de Menores nº 1.

La participación de Riarte se encuentra verificada por los seguros reconocimientos que de él hicieran en fila de personas los integrantes del matrimonio Taccari, los que lucen inobjetables. La circunstancia de que las víctimas tuvieran relación de amistad con un alto jefe policial me parece en este punto algo totalmente indiferente, ya que aun aceptando que esa circunstancia motivara que en la investigación del hecho se haya actuado con mayor empeño que el habitual, de esto no puede seguirse que los reconocimientos practicados tengan menor valor probatorio. Ellos se llevaron a cabo poco tiempo después del robo, el 3 de Mayo de 2010, en forma regular y con la participación de la defensa del procesado.

No puede dejar de computarse como indicio fuertemente cargoso que Riarte haya sido detenido en flagrancia durante la comisión del hecho nº 6, según se verá más adelante, delito que presenta una notable coincidencia con éste en lo que al “modus operandi” se refiere. Adquiere también particular relevancia la utilización en aquel robo de una camioneta BMW que fue secuestrada inmediatamente después, dadas las referencias que el matrimonio Taccari hizo respecto a que los autores del hecho mencionaron la existencia de una camioneta (que “estaba a la vuelta” y “trae la camioneta”) y a la conversación que Carlos Alberto Taccari mantuvo con uno de los asaltantes sobre un vehículo de esas características, conversación que el imputado Fernández de algún modo reconoció durante el juicio llevado a cabo ante el Tribunal Oral de Menores.

A ello debe sumarse que en ocasión del hecho nº 6 se procedió a secuestrar del interior del aludido vehículo una de las armas de fuego que fueran sustraídas en esta casa de la calle Valle -la pistola marca “Ruger”-, la que, según se verá también más adelante, indudablemente fue utilizada para cometer ese hecho nº 6 en el que participaron igualmente Riarte, Fernández y Gatti, habiendo sido ya condenados estos dos últimos por la justicia de menores con relación al hecho que estoy ahora tratando.

En definitiva, si Riarte fue reconocido sin dudar por las víctimas como uno de los autores del hecho que sufrieran, el que fuera detenido “in

## *Poder Judicial de la Nación*

fraganti” en uno posterior y cercano en el tiempo de similar “modus operandi”, secuestrándose una pistola que fue sustraída en aquel robo, más la utilización en ambos casos de un vehículo de iguales características, constituyen circunstancias que no hacen más que reafirmar el valor convictivo de aquellos reconocimientos, conformándose en conjunto un cuadro probatorio que permite arribar razonablemente a un juicio de certeza y dictar entonces un veredicto de condena.

La utilización de armas de fuego no puede discutirse ya que así lo afirmaron las tres víctimas, tratándose Carlos Alberto Taccari de un conocedor de esa clase de armas desde que estaba autorizado a la tenencia y portación de cuatro de ellas. El propio Fernández en el juicio del Tribunal Oral de Menores reconoció el uso de al menos una de ellas al decir que se trataba de un arma similar a las que utiliza la policía, la que estaba descargada.

La participación de Campo está también comprobada por medio de los reconocimientos de que fue objeto y por su propia admisión del hecho y su minoridad se acredita con la partida de nacimiento incluida en el debate. El conocimiento de esa minoridad por parte de Riarte debe darse por cierto. Si la damnificada María Antonella Taccari la advirtió durante el transcurso del hecho, a él, que necesariamente debió pasar más tiempo en su compañía antes y después del robo, no pudo pasarse desapercibida.

Pienso que tampoco puede dudarse de la utilización de llaves para ingresar al domicilio. Sobre este aspecto los damnificados fueron también terminantes al referir que los mismos autores dijeron que contaban con ellas, las que incluso les exhibieron, y que al irse cerraron la puerta de entrada con llave. Fernández, al declarar en el Tribunal Oral de Menores nº 1, negó esa circunstancia sosteniendo que habían logrado ingresar utilizando un plástico para accionar el pestillo de las puertas. Sin embargo, esa explicación quedó sumamente debilitada cuando más adelante dijo que “yo no exhibí el llavero, no sé si los otros lo hicieron”, ya que con ello no estaba haciendo otra cosa más que avalar lo que dijeron las víctimas. También, cuando reconoció que para salir era necesario contar con las llaves porque la puerta carecía de picaporte, para agregar a continuación “no me acuerdo cómo salimos porque no fui el primero en salir”. Si a ello se le aduna que jamás los damnificados refirieron que los ladrones se hubieran llevado algún juego de llaves de la casa

(se reitera que, por el contrario, hicieron mención a dos llaves que los autores tenían y exhibieron), la utilización de ellas para ingresar, repito, debe darse por acreditada.

La calificación del suceso debe ser entonces la de robo agravado por la utilización de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo de ningún modo tenerse por acreditada, ya que la falta de secuestro de ellas impidió peritarlas y verificar si estaban cargadas y eran aptas para el tiro. Los demás elementos del tipo se encuentran presentes: se trató de un apoderamiento con intimidación -dada justamente por la utilización de elementos especialmente intimidantes como son las armas de fuego- de cosas muebles -dinero y alhajas- totalmente ajenas desde que eran propiedad de la familia Taccari. El robo alcanzó evidentemente la consumación desde que los autores lograron poder de disposición sobre lo sustraído que, salvo una moneda de oro incautada bastante después, no pudo ser recuperado.

La participación en el robo de un menor de dieciocho años de edad hace en mi opinión aplicable la agravante genérica prevista en el art. 41 quáter del Código Penal. A mi modo de ver, la norma citada se conforma para su aplicación con el dato objetivo de la participación del menor de edad sin que sea necesario en el adulto, además del conocimiento de tal minoridad, la concurrencia de la intención descargar en aquél la responsabilidad penal.

La letra de la ley parece clara al respecto ya que el legislador utilizó la expresión “intervención” (intervenir: tomar parte en un asunto) sin ningún otro aditamento. De otro costado, no hay duda acerca de que la finalidad del legislador fue en este caso proteger a los menores tratando de disuadir a los adultos, mediante la amenaza de una pena mayor, de hacer o permitir que se involucren en delitos por el peligro siempre ínsito en su comisión, más allá del de ser aprehendidos y sancionados (basta con pensar, y ejemplos hay muchos, en la reacción desproporcionada de la víctima, de un tercero que acuda en su ayuda o, incluso, de la misma autoridad policial). En mi opinión, esta finalidad tuitiva se desdibuja prácticamente por completo si además se quiere exigir en el mayor de edad un especial elemento subjetivo que la norma en análisis, en mi opinión, no contiene. Ello pienso que tampoco puede obtenerse de las expresiones de algunos legisladores durante la discusión del proyecto de reforma (“que se valgan de menores” o “utilicen

## *Poder Judicial de la Nación*

menores”), sin perjuicio de que ellas no fueron las finalmente plasmadas en la letra de la ley. De todos modos, bien puede decirse que quien hace o deja intervenir con él a un menor, por ejemplo, en un robo, dándole un rol determinado -intimidar, ejercer violencia o apoderarse de la cosa-, de alguna manera lo está “utilizando” aun cuando no pretenda descargar en él su responsabilidad. Recurrir al aislado discurso de la senadora Conti para concluir que el art. 41 quáter sólo comprende “a los casos en los cuales un adulto utilice a un mayor de 18 años *como instrumento para evitar su punibilidad*, es decir, aquellos supuestos en que el mayor obra *como autor mediato, haciéndolo a través de un joven como instrumento no punible*” (Gustavo L. Vitale, “Adultos que utilizan a menores de 18 años para delinquir”, “Reformas al Código Penal”, Análisis doctrinario y praxis judicial, coordinador Gustavo E. Aboso, editorial B de f, 2005, págs. 73/74, la cursiva se agrega), me parece que es ir demasiado lejos en la tarea de interpretación, ya que, según pienso, si el Congreso Nacional realmente hubiera querido legislar sobre un supuesto tan particular y específico como el que se dice habría recurrido a términos muy distintos al de simple “intervención”

**USO OFICIAL**

La hermenéutica que postulo ha sido receptada por la C.N.C.P., Sala III, “Vargas, Pablo Sebastián s/ recurso de casación”, rta. el 10-11-2010; “Umaño, Héctor Abel s/ recurso de casación”, rta. el 20-12-04, “Carbone, José María s/ recurso de casación”, rta. el 5-2-09; Sala I, “Veliz Herrera, Jorge Luis s/ recurso de casación”, rta. el 25-11-03, entre otras.

### **HECHO N° 3 -robo en la vivienda de Juan Agustín García 5767, ocurrido el 22 de Abril de 2010-.**

MARISA FERNANDA BARATTA -fs. 1547/1549-, refirió que el día del hecho, alrededor de las 15.40, cuando estaba en el cuarto principal de la planta alta escuchó que se abría la puerta de calle creyendo que era su marido el que ingresaba, pero sin embargo apareció un sujeto armado quien la insultó y le ordenó callarse, entrando otros cuatro ladrones más, todos armados. Que cuatro de ellos fueron al dormitorio de su hijo a quien despertaron golpeándolo con un arma de fuego para luego llevarlos a los dos a la cocina donde uno de los intrusos le dijo “acá falta uno” en relación a su hija

que estaba en el colegio, y que el robo respondía a una “batida”. Le exigió que le entregara las cosas de oro, no así la alianza ya que no valía la pena, pero al descender los otros cuatro ladrones uno de ellos se la quitó y le revisó el cuello para ver si tenía allí alguna otra joya, diciéndole que ya se habían llevado del dormitorio el contenido de un alhajero y los perfumes. Que luego de revisar su cuarto y el de sus hijos, tres de los asaltantes llevaron a su hijo Rodrigo al garaje mientras que otro se sentó al lado de ella e insultándola y tomándola del cuello, le insistía en que le dijera dónde guardaba el dinero. Que uno de los sujetos que había bajado con su hijo volvió a la cocina lo que motivó que el que estaba con ella le dijera “qué hacés acá boludo, andá para abajo y empezá a cortarle los dedos”, lo que provocó su desesperación pidiéndole tiempo al ladrón para recordar dónde guardaban el dinero, quien le refirió que tenía dos segundos, sino llamaba por Handy y le mataba al hijo. Que así llevó al individuo hasta un taparrolos donde tenía escondido dinero - 283.000 dólares y 250.000 pesos-. Que además de esos valores le sustrajeron varios alhajas suyas y de su hija, las que detalló, dos cámaras de fotos “Sony”, otra “Canon” y una filmadora Sony más una notebook “Bangho”. Describió a cuatro de los autores y sus vestimentas y dijo que uno de ellos tenía un Handy, aclarando que al quinto no llegó a verlo bien, y que se encontraba en condiciones de reconocer a los primeros. Refirió que sospechaba de una mucama que había trabajado en la casa, que los mismos ladrones le dijeron que habían ingresado con las llaves, recomendándole que cambiara las cerraduras y que no confiara en nadie, que sabían que en la casa había dinero y que su esposo no hacía operaciones bancarias, que había sido una “batida” y buscaron en lugares donde con anterioridad habían escondido dinero, todo lo cual la llevaba a concluir que fue un robo pergeñado de antemano y con previa información.

RODRIGO IVAN CABEZA -fs 1557/1558-, refirió que el día de los hechos, alrededor de las 15.30 ingresaron a su dormitorio dos sujetos, a los que describió, quienes lo despertaron mediante golpes en la cabeza llevándolo a la planta baja donde estaba su madre con, al menos, un ladrón más. Que dos regresaron a la planta alta mientras el tercero, al que describió en su fisonomía y vestimentas, se quedó con ellos y comenzó a preguntar

## *Poder Judicial de la Nación*

dónde guardaban el dinero. Que al rato regresaron aquellos dos, muy alterados, exigiendo saber dónde estaba el dinero, siendo llevado por dos de los sujetos -uno de los que lo había despertado y el que viera en primer término con su madre- al garaje que está en el subsuelo. Refirió que había un cuarto individuo, al que también describió, que recorría la casa sin haberse contactado con ellos, más un quinto al que no pudo ver y que también recorría la vivienda. Manifestó que estuvo retenido en el garaje mientras los otros ladrones estaban con su madre y luego llevado nuevamente a la planta baja donde pudo ver cómo rompían los taparrollos para encerrarlos finalmente en una de las habitaciones del subsuelo y darse a la fuga. Afirmó que dos de los individuos usaban guantes y tenían un equipo de comunicación (Handy) por medio del cual se comunicaban.

A fs. 1656 el damnificado Cabeza reconoció en fila de personas al procesado Gatti, señalando que era uno de los sujetos que utilizaba guantes y uno de los que lo despertó y lo llevó a la planta baja.

El mismo testigo, a fs. 1657, no reconoció al imputado Riarte.

Cuando alegó el Sr. Fiscal General tuvo por probado que el 22 de Abril de 2010 alrededor de las 15,30, el imputado Gatti, junto con otros cuatro sujetos, ingresaron al domicilio de la calle Juan Agustín García 5767 de esta ciudad utilizando llaves que habían obtenido previamente, portando armas de fuego con las que intimidaron a Marisa Fernanda Baratta y a su hijo Rodrigo Iván Cabeza. Que hicieron permanecer a la primera en la cocina mientras otros de los asaltantes llevaron al hijo al sótano amenazando a la madre con mutilarlo si no les entregaba el dinero, logrando así sustraer la suma de doscientos ochenta y tres mil dólares (U\$S 283.000) y doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000) que estaban escondidos en un taparrollos, más varias alhajas, tres cámaras de fotos -dos marca Sony y otra marca “Canon”-, una filmadora Sony y una notebook marca “Bangho”, remitiéndose al respecto al detalle que de todo ello se hizo a fs. 3741 vta./3742, con todo lo cual se dieron a la fuga. Valoró para ello los dichos de las víctimas, los que dijo fueron coincidentes, el reconocimiento en fila de personas que Cabeza hizo de Gatti, y la similitud de “modus operandi” que se advertía con los restantes hechos por los que lo acusaba. Calificó el hecho como robo con armas cuya

aptitud para el disparo no había podido ser acreditada y tuvo a Gatti como coautor del delito.

Dijo que respecto de los enjuiciados Fernández, Lacoste y Riarte no contaba con suficientes elementos de prueba que le permitieran sostener una acusación, ya que los dos primeros no habían podido ser objeto de reconocimientos ante la negativa de los damnificados a realizarlos dado las amenazas de las que habían comenzado a ser objeto, y en cuanto a Riarte, el único reconocimiento al que se lo sometió había dado resultado negativo, motivos por los cuales solicitó sus absoluciones.

Las defensas de los encausados Fernández, Lacoste y Riarte expresaron que el Tribunal debía dictar un pronunciamiento remisorio respecto de sus respectivos pupilos por aplicación del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Tarifeño”, “Cattonar”, “García” y “Mostaccio”, entre otros.

La defensa de Gatti sostuvo que el único reconocimiento de que fue objeto Gatti por uno de los damnificados es insuficiente para dictarle una condena, agregando que a su pupilo no se le secuestró en su poder ninguno de los efectos que fueron sustraídos en este robo, concluyendo que debía ser absuelto de esta imputación.

En relación con los encausados Lacoste, Riarte y Fernández, dada la falta de acusación fiscal, corresponde absolverlos en virtud de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Nación referida al tratar el hecho n° 1.

En cuanto se refiere a Gatti, estimo que el análisis de las pruebas reunidas en el juicio, realizado de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, permiten tener por legalmente comprobada la materialidad del hecho atribuido y la participación del acusado en él, en los términos imputados por el Sr. Fiscal General.

El primer aspecto -la materialidad del hecho- debe tenerse por verificada a partir de los relatos coincidentes de las víctimas y de la inmediata denuncia que hicieran.

La intervención de Gatti se encuentra comprobada por el seguro reconocimiento que de él hiciera el damnificado Cabeza en fila de personas quien en la ocasión expresó “en el número 2, dice que es él”, agregando luego que “era una de las dos personas que tenía guantes, que fue quien tomó la gorra de su padre, que fue la persona que lo despertó mientras dormía, y que luego lo llevó abajo a la cocina”. Esta diligencia se llevó a cabo el 20 de mayo de 2010, menos de un mes después de producirse el atraco.

Debe subrayarse que Gatti fue también detenido en flagrancia en ocasión del hecho nº 6, según se lo explicará “ut supra”, hecho que fue cometido con una modalidad prácticamente idéntica a éste: varios autores que ingresan armados a un domicilio, reducen a sus ocupantes y comienzan a desvalijar la vivienda, exigiendo constantemente la entrega de más dinero, dando a entender que en caso contrario podrían abusar de la hija del dueño de casa, utilizando equipos Handy y guantes-.

Tal similitud de “modus operandi”, que igualmente se advierte en sus rasgos principales con relación al hecho nº 2, por el que fuera condenado por el Tribunal Oral de Menores, y también con relación al que se tratará a continuación de éste, configura un fortísimo indicio en su contra que, aunado al reconocimiento en rueda de personas, termina por conformar un panorama probatorio de entidad suficiente para autorizar al dictado de una sentencia condenatoria.

El ingreso mediante llaves a la vivienda debe tenerse por cierto a partir de los dichos de la víctima en cuanto afirmó que escuchó cuando se abría la puerta de calle creyendo que era su marido el que entraba, y que los mismos ladrones le dijeron que ingresaron con las llaves recomendándole que cambiara las cerraduras.

Tampoco puede dudarse de la utilización de armas de fuego, circunstancia que fue asegurada por la damnificada al afirmar que al menos cinco de los sujetos las llevaban de esa clase.

Consecuentemente, el delito debe ser calificado como de robo agravado por haber sido cometido mediante armas de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, ya que la falta de secuestro del armamento no permitió su peritación.

Ha mediado en el caso apoderamiento de cosas muebles (dinero, joyas, cámaras de fotos, etc.) totalmente ajenas desde que eran propiedad de los damnificados. Tal apoderamiento fue concretado, en relación de medio a fin, a través de intimidación ejercida con medios particularmente aptos para ello como son las armas de fuego. El delito quedó consumado al haber logrado sus autores poder de disposición sobre los bienes sustraídos, los que no pudieron recuperarse. No se necesitan particulares fundamentos para adjudicar a Gatti el carácter de coautor, ya que de la misma descripción del hecho resulta con nitidez que tuvo el codominio del hecho.

**HECHO N° 4, robo en el domicilio de Cervantes 3340,  
ocurrido el 27 de Abril de 2010.**

CLAUDIA ALICIA RODRIGUEZ -fs. 647, 816, 928/929, 2147, 2178 y 2200-, refirió que estaba en su domicilio y entre las 12 y 12.15, horario que recordaba bien “porque mi hijo sale a las 11.50 de la facultad y lo llamé para preguntarle si venía a almorcizar”, cuando apareció un hombre con un arma de fuego que le preguntó si había alguien más en la casa contestándole que estaba la empleada doméstica, Ana Barreto, siendo llevada luego a la planta alta con Barreto. Dijo que en total los ladrones eran seis o siete, habiendo tenido más contacto con tres de ellos. Dijo que se mostraban muy agresivos, pidiéndole dinero, dólares y joyas y revisaron toda la casa y supuso que ingresaron saltando las rejas de la casa. Detalló los efectos sustraídos: todas las alhajas del cumpleaños de quince de su hija, los recuerdos de sus hijos, una notebook, una playstation, una campera de ski y otra de abrigo de su hijo, dos anteojos Tiffany, cinco relojes “Baume Mercier” y otros relojes, todas las joyas menos las de plata, los anillos que tenía en las manos, su celular y el de la mucama, cuatro mil dólares y veinticinco mil pesos que estaban guardados en lugares diferentes. Refirió que los tres sujetos con los que tuvo más contacto estaban armados con dos armas cada uno y que estimaba que a ellos estaba en condiciones de reconocerlos. Agregó que en un momento del hecho los asaltantes le pidieron guantes, pero como no tenía les dio unas medias de color verde que ellos se pusieron en las manos para agarrar las cosas. Que uno de los asaltantes hablaba continuamente por teléfono celular, que las ataron y

## *Poder Judicial de la Nación*

se fueron. Se le mostraron las fotografías de fs. 57/67 y dijo que las armas de fuego que allí se ven son muy parecidas a las que tenían los autores del robo, que la cámara fotográfica secuestrada es de su propiedad, que la mayoría de las alhajas retratadas a fs. 59 vta. son suyas, que el guante que se observa a fs. 58 vta. es similar al que utilizaba uno de los ladrones, al igual que el teléfono celular de fs. 62. Manifestó que vio luego por televisión un procedimiento policial reconociendo como parte de lo que le sustrajeran efectos que se mostraban en la pantalla -la cámara de fotos Nikon, cadenas, aros, anillos, pulseras y dijes-. Cuando le fueron exhibidos directamente los efectos secuestrados, guardados en el sobre identificado con el número 5 -ver fs. 2147- reconoció inmediatamente como suyos los siguientes: 1 reloj colgante fantasía dorado con la inscripción Framont y su cadena dorada de fantasía; un aro metálico con inscripción “Framont” y su cadena dorada fantasía; un aro metálico plateado fantasía con piedra en forma de corazón y moño; un aro de metal plateado fantasía con cubic; un anillo Tiffany de plata 9.25 de 2,2 gs.; un anillo de oro 10 quilates con forma de roseta con piedra azul de 1,9 gs.; un par de aros de metal plateado con piedras strass color negro; un anillo de metal blanco fantasía con piedra símil; un dije de plata con mapamundi; una pulsera de plata con oro, tipo soga, de 4,5 gs.; una cadena de oro con dije en forma de corazón y delfín del mismo material de 1,5 gs.; una cadena de oro con medalla del mismo material con la grabación “Sofía” de 5,1 gs.; una cadena de metal plateado fantasía con dije de tres aros poseyendo cada uno de estos una piedra símil; una cadena de metal plateada con dije en forma de moño y corazón y piedra símil; un par de aros de metal, redondos, de color blanco; dos aros de metal plateado con piedra strass; una gargantilla de metal de color plateado con dije de corazón strass; un aro de metal dorado fantasía con piedra símil; un anillo medio sin fin doble de oro 18 k combinado con oro blanco de 6,7 gs., con diez piedras de 0,5 ct. talla completa; también un aro de metal plateado con una roseta strass, una cadena de metal dorado con dije en forma de rombo y piedra de color negra; una cámara de fotos “Nikon”, 28-80 mm.con su funda de color negro. Dijo que “todo pasó en una hora aproximadamente”.

A fs. 974 la damnificada efectuó una presentación ampliando su denuncia a los efectos de ser presentada ante una compañía de seguros, agregando a lo denunciado la sustracción de \$ 25.000, 4.000 dólares, 4.000

coronas danesas, algunas otras alhajas, una laptop, prendas de vestir, dos televisores LCD de 32”, un minicomponente, un horno de microondas y una computadora “Compaq”.

A fs. 936 la referida testigo reconoció “sin dudar” (sic) al procesado Gatti como uno de los autores del hecho.

A fs. 2188 no reconoció en las fotografías de fs. 2062 al acusado Lacoste.

A fs. 932 no reconoció al enjuiciado Riarte en fila de personas.

ANA BARRETO -fs. 930- dijo que estaba trabajando en la casa de la calle Cervantes, en el garaje, y cuando estaba por cerrar el portón un sujeto con guantes la tomó por detrás y la llevó al baño primero y luego al dormitorio del hijo de la dueña de casa, pidiéndole que entregara todo lo que tenía de valor -sólo le quitaron su celular-. Afirmó que desde la ventana de aquel dormitorio pudo ver un coche estacionado sobre la puerta de la casa “de color gris y grande” y que cuando uno de los asaltantes vio que estaba mirando hacia el exterior la empujó rápidamente para que no lo hiciera. Aseguró que los ladrones eran entre seis y siete, todos armados y que algunos de ellos pidieron medias para utilizar como guantes, que finalmente las ataron y cuando uno de los intrusos recibió un llamado telefónico por el celular todos se fueron de la casa. Describió someramente a tres de los sujetos, y respecto de las armas que se ven en las fotografías de fs. 57/67 dijo que eran similares a las que usaron en el hecho.

A fs. 937 no reconoció en rueda de personas al prevenido Gatti.

A fs. 933 no reconoció en fila de personas al imputado Riarte.

A fs. 2186 no reconoció en las fotografías de fs. 2062 al enjuiciado Lacoste.

DIEGO FARIAS SALEY -fs. 814/815-, subinspector de policía, llegó al lugar de los hechos luego de que los autores se dieran a la fuga y recibió de las damnificadas las primeras noticias del hecho, dejando constancia del desorden que había en la casa y de las referencias que recibió de Barreto acerca de la existencia en la puerta de la casa de un automóvil

## *Poder Judicial de la Nación*

grande, tipo sedán, con cuatro puertas, baúl y vidrios polarizados de los que habrían descendido los ladrones.

Cuando alegó, el Dr. Saint Jean tuvo por cierto que el 27 de Abril de 2010 entre las 12 y las 12.15 los procesados Riarte, Gatti, Fernández y Lacoste, acompañados por otros sujetos más, llegaron al domicilio de Cervantes 3340 de esta Ciudad en la camioneta BMW que a tales fines les fuera facilitada por el procesado Llanes -rodado secuestrado pocas horas después en ocasión del hecho nº 6-, domicilio al que ingresaron portando armas de fuego con las que intimidaron a la dueña de casa Claudia Alicia Rodríguez y a la empleada doméstica Ana Barreto, procediendo a sustraer cuatro mil dólares (U\$S 4.000), veinticinco mil pesos (\$ 25.000), gran cantidad de alhajas -se remitió al detalle que surge de fs. 3742/3742 vta.- una cámara de fotos Nikon, dos camperas, una notebook y una playstation, así como cuatro mil coronas danesas, dos televisores LCD de 32", un minicomponente, un horno de microondas y una computadora "Compaq", para luego darse a la fuga con todo ello, luego de haber permanecido en la vivienda durante aproximadamente una hora. Refirió que Gatti había sido reconocido en fila de personas por la damnificada, y que si bien no reconoció en rueda de personas a Riarte ni a Lacoste, ello no debía extrañar ya que la Sra. Rodríguez dijo haber sido objeto de amenazas por lo que se negó a seguir interviniendo en diligencias de aquella clase, lo que motivó que no se concretaran reconocimientos respecto de Fernández. Hizo especial hincapié en que la referida víctima reconoció como de su propiedad gran parte de los efectos que fueron encontrados en la camioneta BMW incautada poco después con motivo del hecho nº 6, durante el cual se logró también la detención de Gatti y Riarte en situación de flagrancia, agregando que la testigo Barreto alcanzó a ver por la ventana una camioneta estacionada en la puerta de la casa, cuyas características coincidían con aquella camioneta. Calificó el hecho como robo con armas aptas para el disparo, encontrando probado que las armas de fuego utilizadas para llevar a cabo este hecho debieron ser necesariamente las mismas con las que se perpetraron los hechos subsiguientes, números 5 y 6, las que fueron secuestradas con carga de munición en el último de ellos. Tuvo a los acusados como coautores del delito.

El Dr. Morla, defensor de Fernández y Gatti, sostuvo que en este hecho su pupilo Fernández fue acusado sin que mediara ningún reconocimiento en fila de personas y sin que ninguno de los efectos sustraídos fuera incautado en su poder o en su domicilio, mientras que a Gatti se lo quiere responsabilizar con base en un único reconocimiento. Dijo que a Gatti, la policía, al no recibir el dinero que le había exigido -hecho que su asistido había denunciado-, cumplió con su amenaza de involucrarlo en otros delitos en los que no había participado. Afirmó que tampoco podía darse por probado que las armas que fueron utilizadas en este hecho sean las mismas que luego se secuestraran en ocasión del hecho nº 6.

La Sra. Defensora Oficial también rechazó la acusación formulada a su asistido Riarte, argumentando que la damnificada Rodríguez no había podido reconocerlo en fila de personas y que ninguno de los efectos que se secuestraron en su poder al ser detenido en el hecho nº 6 fue señalado como propio por la víctima. A ello agregó que no se alcanzaba a entender la desaparición de efectos de gran volumen sustraídos en este robo -televisores LCD, microondas, etc.-, ya que ellos no estaban en la camioneta, circunstancia que tornaba todavía más dudosa la participación de Riarte en este suceso, por lo que concluyó que correspondía absolverlo.

El Sr. defensor de Lacoste también alegó que su pupilo no había sido reconocido por la damnificada cuando le mostraron sus fotos, sosteniendo que la acusación por este hecho sólo obedecía a que el Sr. Fiscal General lo consideraba partícipe del hecho nº 6 y de allí deducía que también debió intervenir en los dos anteriores cometidos ese mismo día. Estimó insuficiente la prueba reunida con relación a este hecho y solicitó la absolución de su pupilo.

Al igual que en los casos anteriores, también en este las probanzas recogidas a lo largo del debate, valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, permiten tener legalmente por acreditada la materialidad del hecho y la participación de Gatti en su perpetración.

## *Poder Judicial de la Nación*

Los dichos concordantes de las damnificadas más la inmediata intervención de personal policial dan cuenta de la real ocurrencia del episodio, materialidad que ninguna de las defensas, al igual que en los restantes casos que se juzgan, puso en discusión.

La intervención de Gatti en este robo se encuentra verificada, en primer lugar, por el contundente reconocimiento que de él hizo en rueda de personas la damnificada Rodríguez, quien “sin dudar” (sic) lo sindicó como uno de los sujetos que ingresó en su domicilio.

Esta prueba directa se encuentra corroborada por otros elementos de juicio. Alrededor de una hora después de que los autores de este robo abandonaran el lugar, Gatti fue detenido en flagrancia cuando en compañía de otras cuatro personas estaba llevando a cabo el hecho nº 6, de notoria similitud con el que ahora se analiza, procediéndose, como ya se dijo reiteradamente, a la incautación de una camioneta BMW y, en su interior, al secuestro de una gran cantidad de alhajas, máquinas de fotos y otros efectos, además de armas de fuego. Muchos de esos efectos fueron reconocidos como de su propiedad por la damnificada Rodríguez cuando le fueron exhibidos, primero en fotografías y luego en forma directa. Desde otro ángulo, Ana Barreto afirmó haber visto desde una ventana, mientras se desarrollaba el hecho, que había estacionada frente a la puerta de la casa una camioneta “de color gris y grande”, referencia que también le hizo inmediatamente después del robo al policía Saley a quien le describió el vehículo como “grande, tipo sedán, con cuatro puertas, baúl y vidrios polarizados”, descripción que se ajusta notablemente a las características del rodado poco después incautado, según puede apreciarse en las fotografías incluidas en el juicio.

Como puede observarse, no es exacto lo manifestado por la defensa de Gatti cuando sostuvo que la participación de su pupilo reposaba sólo en un único reconocimiento. De adverso, ese señalamiento está corroborado por las pruebas antedichas y todas ellas, evaluadas en su conjunto, llevan a la razonada convicción de su participación en este robo.

Es verdad que no pudieron ser incautados otros efectos sustraídos -los de mayor volumen, (televisores, microondas, equipo de música, computadora, prendas de vestir)-, pero esta circunstancia, que tendrá relevancia respecto de los demás imputados según lo que se dirá

seguidamente, es indiferente con relación a Gatti que fue reconocido con absoluta seguridad por una de las damnificadas.

A Riarte, Lacoste y Fernández también el Dr. Saint Jean les atribuyó participación en este robo, agregando que lo hicieron con otros sujetos más, siendo útil recordar que ambas damnificadas dijeron que los ladrones que entraron a la casa eran seis o siete. Como los que comprobadamente intervinieron en forma activa en el hecho nº 6 fueron cuatro que ingresaron a la casa de la calle Hortiguera mientras que otro los aguardaba al volante de la camioneta (así lo explicaré al tratar ese hecho), queda claro que dos o tres de los que entraron a la casa en este hecho nº 4 no participaron en el subsiguiente hecho nº 6, lo que explica que parte de los efectos desaparecieran. Pero esto, a su vez y dado el volumen de esos efectos, lleva a pensar como casi necesaria la utilización de otro vehículo con, al menos, otro conductor. Estas circunstancias, en mi opinión, impiden afirmar, casi automáticamente, que los cuatro sujetos que robaron en la calle Hortiguera sean necesariamente todos parte de los seis o siete que entraron en la casa de la calle Cervantes, ya que no puede descartarse un eventual cambio de roles con quien, o quienes, probablemente los aguardaron afuera en este hecho nº 4. Esta duda se ahonda si se considera que desde la comisión de este hecho hasta el siguiente que propondré tener por comprobado -el nº 6-, transcurrió alrededor de una hora y debió entre ellos realizarse un trayecto de algo más de diez kilómetros -ver plano de fs. 835-. En ese transcurso, acreditado que parte de los que intervinieron en este hecho se separaron de los demás, no puede asegurarse cuántos ni quiénes lo hicieron ni si eventualmente Riarte y Fernández se incorporaron posteriormente a la empresa delictiva, ya que, lo adelanto, en mi parecer tampoco puede tenerse por acreditada la participación de Lacoste en el hecho nº 6, conforme lo expondré a tratar ese robo. El resultado negativo de los reconocimientos que se llevaran a cabo respecto de Lacoste y Riarte y la no realización de esa diligencia respecto de Fernández impiden dilucidar la duda planteada que, aunque mínima, debe obligadamente favorecer a estos imputados a quienes corresponde por lo tanto absolver de esta imputación.

## *Poder Judicial de la Nación*

Estas mismas circunstancias llevan a no tener por comprobado que todas o alguna de las armas secuestradas en ocasión del hecho nº 6 sean las mismas que se incautaron en el robo de la calle Hortiguera.

Por los mismos motivos expuestos más arriba, a los que me remito para evitar innecesarias repeticiones, este hecho debe también ser calificado como robo con armas cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, y Gatti responder a título de coautor.

### **HECHO Nº 5 -robo en el domicilio de Viel 1231, ocurrido el 27 de Abril de 2010-.**

**USO OFICIAL**

MATIAS TOMAS MARCOS FIESTAS -fs. 632, 990 y 1073/1074-, refirió que el día del hecho, aproximadamente a las 13, se encontraba en la planta baja de su domicilio junto con la empleada doméstica cuando observó que esta se acercaba junto a un individuo que le refirió “te vamos a robar, quedate tranquilo, ya tenemos todo robado arriba, no te hagas el loco”, proporcionando una detallada descripción de esta persona la que dijo que exhibía un arma de fuego. Que fue llevado a la cocina donde se encontraba otro sujeto que tenía también un arma de fuego, al que igualmente describió señalando que tenía una marca de nacimiento en una de sus mejillas, quien lo condujo a la planta alta sustrayendo de su habitación la suma de \$ 5.800, luego a la habitación de sus padres donde tomaron una caja con alhajas de su madre, desconociendo si ya habían tomado antes otras cosas de ese lugar, y después al dormitorio de su hermana de donde se llevaron una computadora portátil HP y otros elementos que no pudo ver, cargando todo en un bolso cuya entrega le exigieron. Refirió que los sujetos se comunicaban en forma permanente mediante equipos “Nextel”, que el segundo de los sujetos era llamado por el apodo de “Chango”, y que los dejaron en el cuarto de su hermana y se dieron a la fuga, expresando estar en condiciones de reconocer a los autores del robo. Luego de radicar la denuncia volvió a la Comisaría en razón de haber observado por televisión un procedimiento policial manifestando que había visto unas pulseras y un dije que posiblemente fueran propiedad de su madre Beatriz Alejandra Roccaforte. Se le mostraron los efectos incautados expresando que no podía con seguridad afirmar que alguno

de ellos fuera de su madre. Posteriormente amplió sus dichos precisando que la mucama escuchó que abrían con una llave la cerradura de la puerta de entrada creyendo que era alguien de la familia pero ingresaron los dos ladrones armados. Que él estaba en el subsuelo y fue llevado a la planta baja donde recibió un golpe en la cabeza con el arma, observando que ya tenían preparado para llevarse una filmadora Samsung, tres notebooks HP, dos cámaras de fotos, una Samsung y otra Nikon, tomando luego la caja con las joyas de la madre exigiéndole que les entregara dinero dándoles entonces seis mil pesos. Que luego fue conducido a la habitación de los padres, que estaba toda revuelta y luego a la de la hermana, donde vuelven a pegarle, retirándose de la casa. Precisó que los autores ingresaron a las 13.15 y se fueron a las 13.30. Le fueron exhibidas las fotografías de fs. 56/67, expresando que las armas que allí se ven son muy similares a las que esgrimían los asaltantes, no reconociendo otros efectos, reiterando que su madre había reconocido como suya una pulsera cuando vio el procedimiento policial por televisión.

A fs. 992 realizó un reconocimiento en fila de personas, del que surge que “interrogado el testigo para que diga si entre las personas allí formadas se encuentran los hombres que describiera anteriormente, el compareciente, tras observar detenidamente a los integrantes de la fila exhibida, manifestó que no, luego de lo cual menciona que el número “2” [Riarte] se asemeja al segundo sujeto que describiera en su declaración testimonial. Que es similar en contextura y el cabello y que no le ve la marca que tenía en la cara”.

MIRIAM EUDES SANABRIA SANCHEZ -fs. 991 y 1734/36- refirió trabajar en el domicilio de la calle Viel y que el día del hecho, alrededor de las 13.10 abrieron la puerta con llave creyendo que se trataba de alguien de la familia, pero ingresaron dos ladrones de entre 20 y 25 años de edad, uno de contextura bien robusta, alto, morocho, con pelo negro corto vestido con ropa oscura y el otro rubio, de ojos claros, de aproximadamente 1,63 metros de altura, delgado, que llevaba un camperon de nylon azul, ambos con armas de fuego. El morocho fue a la planta superior mientras que el otro se dirigió hacia ella diciéndole que era un robo, le ordenó sacar a uno de los perros y le preguntó con quién estaba, contestándole que con Matías que

## *Poder Judicial de la Nación*

estaba abajo. Tras preguntarle sobre la contextura que tenía Matías fueron al subsuelo a buscarlo y volvieron a subir, primero a la cocina y luego a la habitación de la hermana de Matías, mientras pedían insistentemente la entrega de dinero y cosas de oro, agregando que a Matías el segundo de los sujetos le pegó por detrás, agregando que se comunicaban con equipos tipo Nextel con otra persona que no estaba en la casa. Que tras revisar todo pidieron una mochila en la que se llevaron las cosas y luego de recibir un llamado por radio se retiraron del lugar. Dijo que los dos estaban armados, uno de ellos con un arma como la que utiliza la policía y precisó que ingresaron a la casa a eso de las 13.10 y se fueron a los diez minutos. Le fueron mostradas las fotografías de fs. 57/67 manifestando que las armas de fuego de color oscuro que allí se ven son similares a las que se utilizaron en el hecho.

A fs. 993 no reconoció en fila de personas al imputado Riarte.

A fs. 995 no reconoció en fila de personas al encausado Gatti.

En posterior declaración refirió que ninguno de los ladrones utilizaba guantes, los volvió a describir y a decir que estaba en condiciones de reconocerlos, pero agregó que estaba muy atemorizada ya que personalmente había recibido en la casa donde trabaja la visita de un hombre que se acercó al portón de la vivienda y la amenazó para que no realizara ningún reconocimiento en el Juzgado, lo que provocó terror en todo el grupo familiar por lo que ninguno desea continuar con la investigación del robo.

BEATRIZ ALEJANDRA ROCCAFORTE -fs. 2257- detalló los efectos que fueran sustraídos en su domicilio: tres notebook, tres cámaras de fotos, \$ 6.000, un collar de perlas antiguo valuado en la suma de U\$S 8.000, unos aros de brillantes, un reloj “Movado Museum”, muchas pulseras de oro, un dije de oro blanco con un rubí, un anillo de oro blanco y amarillo de “Testorelli”, un anillo de los tres oros con brillantes, una cadena de oro macizo con una medalla de San Benito, una cadena de oro con tres dijes, una pulsera de oro esclava retorcida, una pulsera cordón de plata con nudos de oro, una cadena finita dorada, una pulsera de oro toledano, varios anillos de oro blanco con zafiro, unos aros de oro italiano, unos aros sarowsky, unos aros tipo pavé, un anillo de plata con centro de oro, dos anillos de sello y otro de

oro con una piedra negra, un collar negro, otro de coral rojo y muchas otras joyas que no recordaba en ese momento. Se le exhibieron las fotografías de los efectos secuestrados, así como los efectos mismos que se encontraban a ese momento reservados en el Juzgado, sin poder reconocer nada de ello como de su propiedad.

Cuando alegó, el Dr. Saint Jean tuvo por probado que el 27 de Abril de 2010 alrededor de las 13.15 los imputados Gatti, Riarte, Lacoste y Fernández llegaron al domicilio de la calle Viel 1231 de esta ciudad a bordo de la camioneta BMW que a esos fines les había entregado Llanes, finca a la que algunos de ellos, portando armas de fuego, ingresaron utilizando llaves que se habían procurado con anterioridad, intimidando a sus ocupantes Matías Tomás Marcos Fiestas y a la empleada doméstica Miriam Eudes Sanabria Sánchez. Procedieron a apoderarse de diversas alhajas, seis mil pesos (\$ 6.000), una filmadora Samsung, tres notebook HP y dos cámaras de fotos, efectos con los que se dieron a la fuga. Argumentó que los hechos ocurrieron en la misma zona y uno a continuación de otro, que el “modus operandi” fue prácticamente idéntico, que la damnificada había reconocido como de su propiedad en la televisión una pulsera secuestrada poco después en ocasión del hecho nº 6, hecho éste último en el que estimaba que también estaba comprobada la participación de Gatti, Riarte, Lacoste y Fernández, y que el damnificado Fiestas había reconocido en fila de personas al imputado Riarte como uno de los partícipes en el robo. Agregó que si bien el referido Fiestas no había reconocido en rueda de personas a los demás imputados ello se explicaba por las amenazas de que había sido objeto, lo que determinó que no se pudieran concretar los restantes reconocimientos, consideraciones que hizo extensivas a la otra víctima, Sra. Sanabria Sánchez. Calificó el hecho como robo agravado por su comisión con armas de fuego aptas para el disparo, sosteniendo que las que se utilizaron en este robo debieron necesariamente ser las mismas con las que se llevó a cabo el hecho nº 6, las que fueron secuestradas con carga de munición demostrándose luego su utilidad para el tiro.

## *Poder Judicial de la Nación*

La defensa de los enjuiciados Gatti y Fernández contestó la acusación sosteniendo que no había prueba que vinculara a sus pupilos por este hecho ya que Gatti no había sido podido ser señalado por la damnificada Sanabria Sánchez en fila de personas y que Fernández ni siquiera había sido sometido a rueda de personas por parte de las víctimas, agregando que tampoco se secuestró luego en poder de ellos, en sus domicilios o en la camioneta, ninguno de los bienes que fueron sustraídos en este robo, motivo por el cual postuló la absolución de sus clientes. Por otro lado, señaló que no había prueba alguna que permitiera afirmar que las armas que se pudieron haber utilizado en este robo fueran las mismas que se incautaron en ocasión del hecho nº 6.

El defensor del procesado Lacoste también mostró su desacuerdo con la acusación que se le formuló, subrayando que su pupilo no fue objeto de ruedas de reconocimiento por el supuesto miedo que tenían las víctimas. Sobre esto último dijo que las supuestas amenazas no estaban verificadas y que las consecuencias de no haberse practicado reconocimientos no podían ser cargadas a Lacoste a quien tampoco se había secuestrado ningún efecto sustraído en este ni en ninguno de los demás robos. Agregó también que no era posible dar por probado que las armas con las que se habría cometido este delito fueran las mismas secuestradas en el hecho nº 6, motivos por los cuales solicitó la absolución de su asistido.

La Sra. Defensora Oficial también pidió un pronunciamiento liberatorio para su pupilo Riarte, expresando que el reconocimiento en fila de personas de su asistido, que el Sr. Fiscal General consideró positivo, no era tal sino, por el contrario, negativo, ya que Fiestas así lo dijo claramente al inicio de la diligencia, para agregar luego que Riarte era nada más que parecido a uno de los autores del robo, incluso dejando constancia que no tenía en la cara la marca de nacimiento que había observado en el ladrón. Agregó que era imposible que si Riarte, como se dice, intervino en el hecho nº 4, ocurrido en Cervantes 3340, en el barrio de Villa Devoto, lugar del que sus autores fugaron, al decir de la víctima, entre las 13 y las 13.15, haya podido llegar al domicilio de este robo, en el barrio de Caballito, a las 13 o 13.10, más aún

teniendo en cuenta el extenso trayecto que se debió realizar y que puede apreciarse en el plano de fs. 835. Sostuvo que si a ello se le sumaba que Sanabria Sánchez tampoco pudo identificar en rueda de personas a su pupilo y que nada de lo sustraído fue después encontrado, la duda sobre la participación de su defendido era evidente. Aseveró, igualmente, que no podía tenerse por verificado que las armas con las que se cometió este robo fueran las mismas que se incautaron más tarde en el hecho nº 6.

Creo que en este caso asiste razón a las defensas. Si bien es verdad, como lo sostuvo el Sr. Fiscal General, que media una llamativa coincidencia en “el modus operandi” con que fueron cometidos este hecho y los individualizados con los números 5 y 6, y que los tres fueron llevados a cabo uno tras otro, lo cierto es que en mi opinión esa sola circunstancia no permite adquirir certeza sobre la participación de los acusados en el robo que se analiza.

En particular para el caso de Gatti -respecto de quien tuve por probado que intervino en la comisión del robo anterior-, el primer obstáculo que se encuentra es, como lo expuso la Dra. Blanco, la distancia que existe entre el domicilio de Juan Agustín García, en el barrio de Villa Devoto, y el de Viel, en el barrio de Caballito (que como ya se dijo supera los diez kilómetros) y el tiempo necesario para salvar esa distancia. La víctima del robo anterior, la Sra. Rodríguez, precisó con bastante exactitud la hora en que los ladrones ingresaron a su domicilio -entre las 12 y 12.15-, dando suficiente razón de sus dichos, estimando que permanecieron allí aproximadamente una hora. De acuerdo a ello, se habrían retirado entonces entre las 13 y las 13.15. Fiestas y Sanabria Sánchez, por su lado, en forma coincidente, refirieron que los asaltantes llegaron a la vivienda entre las 13 y las 13.10. Que aun cuando pueda decirse con razón que estas apreciaciones temporales son siempre aproximativas, de todos modos el lapso resultante, con toda la elasticidad que se le quiera dar, no parece alcanzar para poder realizar el traslado de un lugar a otro, con mayor razón si se valora que el 27 de abril de 2010 fue un día de semana -martes- cuando el tránsito en la ciudad es intenso. Estas consideraciones valen por igual para el resto de los imputados si se pretende,

## *Poder Judicial de la Nación*

como lo hizo el Sr. Fiscal General, que todos ellos participaron en el robo anterior.

Otro obstáculo que se alza para aceptar la acusación fiscal es que no se secuestró en el siguiente hecho n° 6 en poder de Gatti ni Riarte, y tampoco en la camioneta, ninguno de los efectos apoderados en este robo, debiendo ponderarse que según Fiestas -hecho n° 5- los autores se fueron de su casa aproximadamente a las 13.30 y según Ben Tuma -hecho n° 6- llegaron a la suya alrededor de las 14, encontrándose ambos domicilios distanciados por alrededor de quince cuadras (ver los pertinentes planos incorporados al juicio). Podría tal vez decirse, ante la probable existencia de otro vehículo de apoyo con otros integrantes de la banda, que tuvieron por su intermedio posibilidad de desprenderse de lo robado en este hecho n° 5 antes de cometer el n° 6; pero este argumento, además de especulativo, no resulta satisfactorio ya que no explicaría porqué se desligaron de las joyas que obtuvieron en el hecho n° 5 conservando en su poder las alhajas sustraídas en el n° 4.

El resultado negativo de los reconocimientos que Sanabria Sánchez llevó a cabo respecto de Riarte y Gatti, y la no realización de similares diligencias sobre Fernández y Lacoste tampoco favorecen a la acusación.

Sí merece especial tratamiento el reconocimiento de que fue objeto Riarte por parte del damnificado Fiestas, el que recuerdo que se llevó a cabo en los siguientes términos: “interrogado el testigo para que diga si entre las personas allí formadas se encuentran los hombres que describiera anteriormente, el compareciente, tras observar detenidamente a los integrantes de la fila exhibida, manifestó que no, luego de lo cual menciona que el número “2” [Riarte] se asemeja al segundo sujeto que describiera en su declaración testimonial. Que es similar en contextura y el cabello y que no le ve la marca que tenía en la cara”.

Sobre el valor probatorio que debe otorgarse a reconocimientos en rueda de personas con esta clase de resultados existen en la doctrina procesal nacional dos posturas. La de Ricardo Nuñez, para quien “sólo en ese caso [cuando la designe clara y precisamente] habrá un reconocimiento. La designación dudosa o alternativa, no es un reconocimiento y no se puede mejorar por su vinculación a otros elementos de juicio extraños al acto de

reconocimiento” (Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba”, Anotado, Editora Córdoba, segunda edición, 1986, pág. 247, anotación al art. 275). De diferente opinión es Cafferata Nores, para quien “si la designación es alternativa entre dos o más integrantes de la fila, no será “determinada”, razón por el cual el valor del acto será escaso o nulo. 2) Distinto será el caso cuando el reconociente señale clara y precisamente a uno de aquéllos -excluyendo implícita o explícitamente a los demás-, pero manifieste no poder afirmar con seguridad que el designado sea la misma persona que recuerda”. En nota al pie, explica el autor que “La diferencia estriba en que en la hipótesis de indicación alternativa, el reconociente no sólo es incapaz de efectuar un juicio de identidad entre la “percepción anterior” y alguna de las “actuales”, sino que tampoco puede efectuar un juicio de diferencia entre ellas. En cambio, la designación clara y precisa de una de las personas exhibidas (aunque el reconocimiento sea dubitativo) entraña un juicio de diferencia entre la imagen percibida anteriormente y todas las captadas en el acto, *menos una*, sobre cuya identidad con aquélla se duda. En este caso, si bien el valor del acto no será el mismo que habría tenido si el reconocimiento hubiera sido efectuado con seguridad, podrá adquirir relevancia si se advirtiese la existencia de alguna circunstancia capaz de explicar la duda (p. ej. la desfiguración del sujeto a reconocer)” (“La prueba en el proceso penal”, Editorial Depalma, 2º edición, 1994, pág. 123, la cursiva es del original)

Que aun aceptando la postura doctrinaria más favorable para la acusación, tampoco ella permite dar suficiente valor probatorio al reconocimiento que se analiza. El testigo, “tras observar detenidamente a los integrantes de la fila” manifestó que entre ellos no estaba ninguno de los autores del robo. A continuación agregó que Riarte “se asemejaba” a uno de ellos, diciendo que eran similares su cabello y contextura pero que no le veía “la marca que tenía en la cara”. Esta última afirmación parece estar lejos de ser la “circunstancia capaz de explicar la duda” y por el contrario contribuye a profundizarla.

Todas estas consideraciones me llevan a proponer al Acuerdo la absolución de los acusados.

**cometido el 27 de Abril de 2010.**

En relación a él prestaron declaración testimonial las siguientes personas:

ROBERTO BEN -fs. 636/637, 860, 927, 931, 935, 2179 y 2853- refirió que el día del hecho, en horas de la tarde, el electricista Daniel Pereyra se encontraba efectuando una reparación en su domicilio con el portón entreabierto cuando advirtió la presencia de un desconocido que subía las escaleras contestándole incoherentemente cuando le preguntó quién era, por lo que trató de cerrar la puerta, momento en que se le aproximó por detrás otro sujeto con un arma que permitió el ingreso del primero a la finca. Que los dos ladrones lo llevaron, junto al electricista, al living de la casa lugar al que poco después condujeron a su hija María Fernanda. Refirió que en la casa se encontraba otra persona, Cintia, quien se encontraba en el baño del garaje y fue quien llamó a la policía, sin percibirse los autores del robo de su presencia en el lugar. Que uno de los sujetos comenzó a revolver los cajones del escritorio y entre insultos exigirle la entrega de joyas y dinero, tomando de un cajón el equivalente a doce o catorce mil pesos en euros y dólares y dos mil quinientos pesos que él tenía encima. Que bajo amenazas de llevar a su hija arriba y hacerle daño, dando a entender por los gestos y forma de expresarse que abusarían de ella, le exigían la entrega de más dinero por lo que le hizo saber que existía una caja de seguridad concurriendo con uno de los individuos a buscar sus llaves, observando en ese momento la presencia de otros dos ladrones, los que ascendían entonces a un total de cuatro. Refirió que en ese momento sonó el teléfono de uno de los asaltantes quien gritó “vamos” tratando de salir todos por la puerta, pero dos volvieron sobre sus pasos y se escaparon por los techos del fondo. Afirmó que para ese momento la presión sobre su hija era muy grande ya que sus amenazas de muerte y violación eran permanentes, agregando que todos los ladrones estaban armados con armas aparentemente de grueso calibre. Le fueron exhibidas al testigo las fotografías de fs. 57/67 que ilustran las armas secuestradas, refiriendo que son similares a las que tenían los asaltantes. A fs. 2179 reconoció entre los efectos secuestrados el mismo día del hecho un reloj dorado con malla dorada con

brillantes y otro reloj "Citizen" como de su propiedad, mientras que respecto del resto de las joyas pertenecían a sus hijas María Fernanda y María Laura quienes podrían señalar cuáles son suyas. Reconoció también a fs. 860 efectos incautados a los acusados Riarte y Gatti.

A fs. 931 reconoció en fila de personas al procesado Riarte como uno de los autores.

A fs. 935 reconoció en fila de personas a Gatti como otro de los asaltantes.

A fs. 2853 no reconoció a Fernández en fila de personas.

A fs. 2184 no reconoció por fotografías al imputado Lacoste, aclarando que de los cuatro sujetos que ingresaron a su domicilio a los dos que más vio ya los había reconocido, mientras que a los demás no pudo observarlos bien.

MARIA FERNANDA BEN TUMA -fs. 621/622, 925/926, 938 y 2192- relató los hechos en la misma forma en que lo había hecho su padre, expresando que eran alrededor de las 14 cuando un sujeto armado ingresó en su habitación amenazándola con un arma llevándola a la planta baja donde estaban los demás ladrones con su padre y el electricista. Hizo especial referencia a las reiteradas amenazas que sufrió de ser llevada a la planta superior, que en un momento dado uno de los ladrones la quiso hacer levantar a lo que se negó. Dijo que todos los ladrones estaban armados, que se llevaron algo de dinero y alhajas de ella, y joyas de su hermana y de su madre, precisando de ésta última dos relojes y un rosario, que dos se escaparon por la puerta y otros dos por los fondos. Al observar las fotografías de fs. 57/67 dijo que las armas que allí se ven son muy similares a las utilizadas por los asaltantes, reconociendo los relojes y las cadenas que se ven en la fotografía de fs. 60, parte inferior. Luego a fs. 2192 reconoció como propiedad de su hermana, de su madre y suya diversos efectos -joyas y dinero- contenidos en los sobres identificados con los números 1, 2, 4 y 7.

A fs. 938 reconoció en fila de personas a Gatti como uno de los autores del robo.

A fs. 934 no reconoció en fila de personas a Riarte.

A fs. 2185 no reconoció al procesado Lacoste por fotografías.

## *Poder Judicial de la Nación*

A fs. 2192 manifestó no querer participar en más ruedas de reconocimiento.

DANIEL EDUARDO PEREYRA -fs. 623- efectuó un relato similar a los dos testigos anteriores, dijo que eran cuatro los autores del robo y que no se encontraba en condiciones de reconocerlos por cuanto durante todo el tiempo lo obligaron a estar con la cabeza gacha.

CINTIA VANINA BUSTAMANTE -fs. 634/635- manifestó desempeñarse como empleada doméstica en el domicilio asaltado cuando cerca de las 13.20, cuando se encontraba en el subsuelo de la casa, donde se encuentra su dormitorio, escuchó el fuerte ruido de una puerta a la vez que el perro comenzaba a ladear insistentemente. Que desde la puerta de su habitación escuchó voces de personas que le exigían más dinero al dueño de casa y a éste que respondía que no tenía más. Que entonces tomó su teléfono celular y se escondió en el subsuelo llamando a la policía, hasta que poco después escuchó gritos de “vamos, vamos” y corridas, por lo que subió y se asomó al patio observando a dos personas que escapaban por la medianera del fondo, uno en los techos de la casa lindera que da sobre la calle Terry y el otro descendiendo desde esos techos por una escalera. Que ingresó personal policial al que indicó por dónde se estaban escapando los sujetos a los que sólo alcanzó a ver cuando huían.

ÁNGEL JAVIER ABEL -fs. 602/603, 2177, 2187 y 2801- refirió que el día del hecho, alrededor de las 12.50, cuando iba caminando en sentido contrario al tránsito por la vereda par de la calle Valle en dirección hacia Hortiguera, observó a dos hombres que caminaban en dirección contraria a la de él, a los que describió con bastante detalle en sus fisionomías y vestimentas, llamándole la atención que uno de ellos acomodara un elemento que llevaba entre sus ropas, acelerando ambos su marcha. Que así continuó observándolos pudiendo ver que ascendían, uno al asiento del acompañante y el otro al asiento trasero derecho de una camioneta 4x4 color gris, iniciando la marcha el rodado por Valle hasta llegar a Terry donde giró a la izquierda. Que sospechando que esos sujetos eran objeto de alguna persecución continuó su

camino hasta llegar a Hortiguera donde encontró personal policial en un rodado que le preguntó si había visto a dos personas, proporcionándole la misma descripción de los sujetos que refiriera, por lo que le indicó la dirección en que se habían ido. Expresó que el auto de la policía tomó Hortiguera hasta la Avda. Alberdi, siguiéndolo él a la carrera, y en esa esquina le señaló a los agentes aquella camioneta color gris, comenzando los policías a perseguirla. Refirió que estaba en condiciones de reconocer a esas dos personas, no así al que manejaba la camioneta por cuanto no llegó a verla. Agregó que si bien no alcanzó a observar ningún arma de fuego, le dio la sensación de que el elemento que el sujeto se acomodaba en la ropa podía tratarse de un arma.

A fs. 2187 se amplió su testimonial y se le exhibieron las fotografías de fs. 2062, señalando en la foto nº 3, correspondiente a Lacoste, -ver fs. 2067- a uno de los sujetos que aludiera, más precisamente al que ascendiera en la parte trasera de la camioneta, detrás del chofer, aclarando que al que más recordaba es al restante individuo “que era más gordito”, reiterando respecto de Lacoste “pero éste era quien lo acompañaba”.

A fs. 2801 reconoció en fila de personas al procesado Fernández como el restante sujeto, señalándolo como “el más petiso” y el que se acomodaba un objeto en la cintura.

RICARDO NICOLAS CANALE -fs. 631-, dijo que el día del hecho, alrededor de las 13.45, se encontraba en la puerta de su domicilio sito en Valle 1250 cuando escuchó la frenada de un vehículo observando que sobre la calle Valle se detenía una camioneta marca BMW, modelo X5, color gris plata, cuyo dominio comenzaba con la letra G, con vidrios polarizados, conducida por un varón. Que cerca de la intersección de Valle con Hortiguera se encontraban dos sujetos que se subieron corriendo al rodado, el que continuó su marcha por Valle para doblar en el pasaje Terry en dirección a la Avda. Alberdi. Que escuchó gritos del encargado de un edificio de la cuadra, Sr. Abel, alertando que los sujetos iban armados, por lo que ingresó a su casa. Que se enteró luego de que se había cometido un robo en una vivienda ubicada sobre la calle Hortiguera.

## *Poder Judicial de la Nación*

MARGARITA ELISA ROCA -fs. 607-, expresó que se encontraba en el interior de su domicilio sito en pasaje Terry 339 cuando de pronto la sorprendió un sujeto que la tomó por la espalda y le dijo “ábrame la puerta porque me van a matar”. Que por los nervios que le provocaron la situación no podía tomar las llaves que tenía en su bolsillo, circunstancias en la que apareció el Sr. Musante, quien posee una peluquería canina en el piso superior de su casa, quien abrió la puerta para que el individuo pudiera salir, momento en el que fue detenido por policías que estaban en la vereda. Refirió que el intruso pudo haber ingresado por la terraza de su vivienda.

DANIEL MUSANTE -fs. 619-, refirió que cuando se encontraba en la planta superior de la vivienda del pasaje Terry 339 escuchó ruidos extraños en el piso de abajo por lo que descendió, viendo a la Sra. Rocca y agachado detrás de ella a un sujeto que trataba de salir de la casa por lo que se acercó y le abrió la puerta, siendo detenido por policías que estaban en la vereda. Dijo que el individuo pudo haber ingresado por la terraza de la finca.

CRISTIAN GARCIA, cabo de policía, refirió que fue desplazado por el Comando Radioeléctrico a la calle Hortiguera 324 por posible robo con autores en el lugar, siendo anoticiado que estos fugaban por los techos hacia el interior de la manzana. Que concurrió a la calle Valle 1280 ingresando con la anuencia de su propietario a la casa e inspeccionado el lugar encontró en el quincho de la vivienda a un sujeto que luego identificó como Gustavo Cristian Gatti, a quien detuvo, secuestrándole en su poder un teléfono “nextel”, una billetera “Cacharel”, un reloj dorado, un par de aros dorados, dos trozos de mallas metálicas doradas, un prendedor dorado, un prendedor en forma de hoja y otro plateado y un par de guantes negros con la inscripción “Nike”, labrando las actas de rigor ante testigos.

EDUARDO MANSILLA -fs. 604/605-, cabo de policía, relató que fue desplazado por comando radioeléctrico a una vivienda de la calle Hortiguera 324 por supuesto delito con autores en el lugar. Que a su llegada observó en el hall de la finca a dos sujetos que al notar la presencia policial escaparon hacia el interior de la casa y saltaron la medianera, por lo que se

dirigió hacia el pasaje Terry, a la casa lindante con los fondos de la calle Hortiguera, viendo a través de un vidrio de la puerta a una mujer de avanzada edad y detrás de ella a un sujeto que la empujaba hacia la puerta. Que al franquearse la entrada ingresó y detuvo, con la ayuda del sargento Castro, a dicho sujeto que resultó ser Jorge Lionel Riarte, incautando en su poder un celular, una serie de alhajas (cuatro cadenas, una de ellas con una cruz, una gargantilla, una pulsera, un anillo, un reloj -todo ello adecuadamente detallado en el acta de secuestro respectiva- y la suma de ochenta y dos pesos).

JORGE CASTRO MAIER -fs. 250-, sargento de policía, dijo haber participado del procedimiento policial y acudido a la calle Terry donde vio ingresar al cabo Mansilla a la vivienda identificada con el número 339a la que también entró, deteniendo ambos a un sujeto que opuso alguna resistencia y fue identificado como Jorge Lionel Riarte, a quien se le secuestraron joyas, un celular y dinero.

RAFAEL RESIGNO -fs. 239/240-, subinspector de policía, refirió haber entrevistado a los damnificados, de quienes recibió las primeras noticias del hecho, relató el procedimiento realizado y las detenciones concretadas, así como que otros autores se habían fugado en una camioneta que fue secuestrada, encontrándose en su interior tres armas de fuego y otros elementos.

HECTOR JAVIER CRUDO -fs. 245/246-, cabo de policía, dijo que también tomó parte del procedimiento policial y que en Valle y Hortiguera fue avisado por un transeúnte que unos sujetos se habían dado a la fuga en una camioneta de color gris hacia la Avda. Alberdi por lo que fue en esa dirección visualizando allí dicho rodado, cuyo conductor al advertir la presencia de personal policial comenzó a fugar marcha atrás por Alberdi en dirección a Emilio Mitre, tomando por esta última hacia Rivadavia. Expresó que entonces comenzó a perseguirla a pie encontrándola detenida frente al número 39 de Emilio Mitre, sin ocupantes. Que recibió dichos de distintos transeúntes relativos a que del rodado habían descendido tres sujetos, de los cuales dos se dieron a la fuga por la Avda. Rivadavia en dirección a Primera

## *Poder Judicial de la Nación*

Junta mientras que el restante lo había hecho hacia la calle Espinoza. Que concurrió personal de la División Rastros que logró el levantamiento de huellas de la camioneta, secuestrando luego de su interior una pistola Bersa modelo Mini-Tunder, calibre 9 mm., nº 467893, con cargador colocado con trece proyectiles, una pistola marca Colt, modelo Double, serie nº DW01430, calibre 40 mm., con cargador colocado con ocho proyectiles, una pistola marca Ruger P98, calibre 9 mm., serie nº 309-25323, con cargador colocado con quince proyectiles. También, un título de propiedad original del rodado marca Peugeot 206 dominio FVW-995, un formulario original por triplicado “08” perteneciente al mismo vehículo, un título de propiedad de la moto Honda patente 924-ETG, un formulario “08” por triplicado y una constancia de inscripción correspondientes a dicha motocicleta. Asimismo, otros cargadores y proyectiles, una cámara digital marca “Nokia”, una notebook marca “Sony”, un teléfono celular marca “Motorola”, una mochila, un buzo, una campera, un guante y en una bolsa de plástico gran cantidad de alhajas prolíjamente detalladas en el acta de secuestro pertinente. Este testigo fue particularmente prolíjo al detallar de qué sitio preciso de la camioneta fue incautando los diferentes efectos, asentando así los distintos lugares: “del asiento trasero”, “asiento trasero lado izquierdo”, “del interior de una mochila”, “en la parte delantera del vehículo, lado acompañante en el piso”, “del buche de la puerta”, “del interior de la guantera”, “del interior del rodado en la consola”, “de la parte trasera del suelo acompañante”. Cuando hizo referencia a la documentación del rodado Peugeot 206 y a la de la moto, consignó que toda ella fue obtenida “del interior del baúl”.

FRANCISCO JAVIER VILLALBA y SIXTO MERELES ALONSO -fs. 253 y 254, respectivamente-, testigos de actuación de las actas que reflejan la detención de Riarte, la lectura de derechos que se le hizo y el secuestro de los efectos que tenía en su poder.

A fs. 242 y 251 corren las actas de detención y lectura de derechos de los imputados Gatti y Riarte, a fs. 247 la de secuestro de la camioneta BMW y las armas, documentación y efectos que estaban en su

interior, a fs. 252 la de incautación de los efectos hallados a Riarte y a fs. 612 la de secuestro de los bienes encontrados en poder de Gatti.

Posteriormente, el 3 de Mayo de 2010, se procedió al secuestro del fondo de la pileta existente en la finca de la calle Hortiguera 324 de una pistola calibre 45, marca “Sig Sauer”, modelo P220, nº G168686, con cargador colocado con siete municiones y otro proyectil en la recámara -ver acta de fs. 391-.

Que la División Rastros de la Policía Federal procedió, en lo que aquí interesa, al levantamiento de dos rastros papilares, que se corresponden entre sí, obtenidos de la puerta delantera del lateral derecho -ver acta de fs. 972- que resultaron ser aptos para establecer identidad. Sometidos a la pertinente búsqueda y comparación, se determinó “en forma categórica e indubitable” que corresponden al imputado Lacoste -ver pericial de fs. 963/972-.

El 14 de Mayo de 2010 se procedió, exhorto mediante, a allanar el domicilio sito en Merlo 1005 de Morón, pcia. de Buenos Aires, domicilio del procesado Llanes, labrándose el acta de fs.1490/1491. De ella surge que revisado el inmueble, donde se encontraba en ese momento la Sra. Sandra Viviana Russo, “se inspecciona el dormitorio matrimonial en donde se encuentra entre la alhajas de la señora un proyectil calibre 9 mm Luger, y en el baño vestidor más precisamente en la bañera parte inferior en donde existe un hueco, un sobre papel madera con inscripción BMW-X-5 2007 y en su interior un Título Automotor Control nº I503I825, correspondiente al rodado BMW X5 4.8Iss todo terreno, dominio GBC-646, motor ..., chassis ..., titular Miguel Carlos ... una copia boleto de compraventa en donde el Sr. Palmero Walter Esteban ddo. Avda. Directorio 2928 de Capital, vende y transfiere al Sr. Llanes Héctor Fabián ddo. Merlo 1005 Castelar, una camioneta BMW dominio GBC-646 por la suma de USA 83.000 de fecha 7 de Abril de 2010, formulario 02, informe de dominio, copia denuncia de fecha 27 de abril 2010, realizada por Llanes Héctor Fabián ... sobre la sustracción de la camioneta... Que la señora Russo refiere que conoce únicamente a Héctor Fabián Llanes

## *Poder Judicial de la Nación*

por ser su pareja extramatrimonial desde hace 3 años y desconoce el domicilio del mismo, siendo que el proyectil lo había dejado el mismo como así por recomendación escondió la documentación de la camioneta en dicho lugar ...”

Por su lectura también se incorporó al juicio la denuncia que el procesado Llanes -ver fs. 909/910- efectuó el 27 de Abril de 2010 en la Seccional Matanza Oeste 4ta., ocasión en la que refirió “Que el deponente resulta ser propietario de una camioneta BMW modelo X-5 de color plateado con dominio colocado GBC-646. Que en el día de la fecha siendo alrededor de las 12.30 hs. en circunstancias en que conducía su rodado haciéndolo por la calle Peribebuy detrás del cementerio de Villegas, es que al girar en la intersección con la calle Mocoretá ...”, relatando que en esas circunstancias se le cruzó por delante un rodado Volkswagen Bora de color blanco del cual descendieron dos sujetos armados que lo obligaron a bajar de la camioneta, ocasión en la que vio detrás de su vehículo un automóvil Ford K de color azul con los vidrios polarizados, y lo introdujeron en el asiento trasero del Bora cubriendole la cabeza con una campera, circulando en esas condiciones durante varias horas siendo finalmente liberado alrededor de las 15 en la zona de Gral. Rodríguez, en una zona de quintas que no puede precisar, trasladándose en un remise a su domicilio. Refirió que no estaba en condiciones de reconocer a los asaltantes y que le fueron sustraídos un reloj “Citizen” Titanium, una cadena de oro y la suma aproximada de \$ 1.800, agregando que en la guantera de la camioneta se encontraba su cédula verde, documentación correspondiente a un Peugeot 206 plateado, del que no recordaba dominio, y de una moto Honda modelo 1000.

A fs. 917/918 se encuentra agregada la certificación judicial de las causas números 3178 y 3190 del Tribunal Oral en 1 Criminal nº **16** de esta Capital seguidas a Carlos Miguel y Mónica Román (titulares registrales de la camioneta BMW), en las que el primero fue condenado a la pena de cinco años de prisión por encontrársele responsable de los delitos de robo en poblado y en banda y falsificación de documentos públicos, encontrándose detenido para esas actuaciones desde el 6 de Enero de 2009. Se dejó constancia que fue detenido en la pcia. de Entre Ríos el 12 de Junio de 2008,

ocasión en la que se secuestraron diversos documentos, “entre los que se hallaban algunos dirigidos a la Policía Federal y a la Policía de la Provincia de Buenos Aires a fin de dejar sin efecto el secuestro de la camioneta BMW modelo X5, dominio GBC, cuyas firmas fueron desconocidas por los propios magistrados cuyo nombre figuraba en la documentación, de modo tal que fueron imputados y condenados por dicha falsificación. Por otro lado, se desprende de los expedientes en cuestión que la modalidad de los ilícitos por los que fuera condenado Miguel resulta muy similar a la de los eventos investigados por este Juzgado (cantidad de partícipes, ingreso a viviendas con ocupantes, sustracción de dinero y bienes, etc.)”.

De fs. 734 y 741 resulta que el rodado de referencia tuvo igualmente orden de secuestro de fecha 7 de agosto de 2007 a pedido del Juzgado de Garantías nº 3 de Morón, pcia. de Buenos Aires, librada en la causa nº 7681/03, también seguida a Miguel, por el delito de robo en poblado y en banda, que fue dejada sin efecto el 23 de Marzo de 2009.

WALTER ESTEBAN PALMERO -fs. 3402/3405-, refirió ser el único propietario de la agencia de automotores sita en la Avda. Directorio 2928 de esta Capital y que en tal carácter procedió a vender la camioneta BMW dominio GBG-646 en Abril de 2010, sin poder precisar el día exacto, ignorando si el comprador intentó realizar la transferencia a su nombre dado que no es su titular registral. Expresó que recordaba que la camioneta no la entregó el mismo día en que firmaron el boleto de compraventa sino el “veintipico de abril”, explicando que cuando esta persona se presentó en la agencia y se interesó por el vehículo acordaron su precio en la suma de 83.000 dólares, firmando entonces el boleto del que surgía que el comprador le entregaría 60.000 dólares en efectivo y por el saldo extendería 24 pagarés de 1.000 dólares cada uno, uno de ellos correspondiente a los intereses. Que así, unos veinte días después, cuando esta persona juntó los 60.000 dólares, le entregó la camioneta, agregando que a los dos o tres días fue a pedirle los papeles al dicente diciéndole que le habían robado la camioneta, pero que después casi no lo vio ya que si bien continuó concurriendo a la agencia a levantar los pagarés muchas veces fue atendido por otra persona. Dijo que el comprador le ofreció como parte de pago una motocicleta pero que no le

## *Poder Judicial de la Nación*

interesó ya que no se dedica a la venta de motos y que supone que ese fue el motivo por el que tardó en entregarle el dinero. Expresó que primero le entregó la suma de 10.000 dólares y le había dado un plazo de treinta días para que le entregara el resto. Más adelante, señaló que recordaba que el día que entregó la camioneta el adquirente le dio 35.000 dólares, completando el pago de la suma acordada. Al ser preguntado cuándo, a quién y por qué precio adquirió él el rodado, contestó que la había comprado dos o tres meses antes en su agencia a un gitano del que no recordaba el nombre, así como tampoco el precio que pagó, si lo abonó en su totalidad en efectivo o entregó algún otro vehículo en parte de pago. Dijo estar seguro de que los papeles del rodado estaban en orden, que se ocupó “de hacer la verificación” y estaba todo bien. Cuando fue preguntado dónde verificó el vehículo contestó “que a las personas que le vendieron la camioneta ya las conocía y nunca tuvo problemas con ellos, y estos le trajeron la constancia de dominio actualizada y estaba todo bien”. Explicó que no recordaba el precio que había pagado, aun tratándose de un vehículo tan costoso, ya que por dedicarse a esta clase de negocios tenía otras tres camionetas de esas mismas características en su agencia.

**USO OFICIAL**

JORGE LUIS ZIEGER -fs. 2428- dijo conocer al procesado Llanes desde hacía dos años de un grupo de oración de la Iglesia Sagrado Corazón, manifestando que desde Abril de 2010 estaba sin trabajo y Llanes le prestó en unas tres oportunidades un automóvil Renault 19 para que lo trabajara. Refirió que en una de esas ocasiones, alrededor de las 15.30, cuando estaba en su domicilio, recibió una llamada de Llanes pidiéndole que lo fuera a buscar a la localidad de Rodríguez, en la ruta 5, sobre la que estaba caminando del lado de la vía, lugar al que tardó en llegar unos 35/40 minutos encontrándolo detrás de “La Serenísima”. Que Llanes se había orinado encima, estaba muy acongojado y todo el tiempo se ponía a llorar, por lo que trató de tranquilizarlo, llevándolo hasta la casa donde lo dejó a la vez que le devolvió el auto. Que recién una semana después Llanes lo llamó contándole que le habían robado la camioneta y lo que le había pasado a su padre.

VICTOR MARTIN ALVAREZ -fs. 2446-, refirió haber sido el propietario del automóvil Peugeot 206 patente FVW-995 el que había vendido unos siete meses atrás en la suma de \$ 45.000 a un particular cuyo nombre no recordaba, reconociendo la documentación pertinente que fue secuestrada en las actuaciones y que se le mostró. Dijo que luego de realizada la operación la persona a la que le había vendido el rodado le hizo saber que le habían robado la documentación pidiéndole que le firmara otro “08”, ante lo cual averiguó en el registro del automotor donde le informaron que para extender otro formulario debía tener la denuncia de la sustracción del primero. Que el comprador del auto le llevó una copia de la denuncia por la sustracción de otro automóvil en cuyo interior se encontraba la documentación del Peugeot 206 y en consecuencia firmó un nuevo “08”. Expresó que quien le compró el auto a su vez lo vendió, ya que en el mes de Mayo debió extenderle otro documento, “formulario Z”, a su nuevo propietario. Dijo que por sus nombres no conocía a ninguno de los imputados.

ANDREA COCO -fs. 2854-, damnificada por un hecho de robo ocurrido en su domicilio el 26 de Abril de 2010 (distinto a los que aquí se juzgan, ver el parte sumarial de fs. 728) en el que le sustrajeron, entre otros efectos, una notebook marca “Sony”, modelo “Vaio”, reconoció tal computadora como la misma que fuera secuestrada el día 27 de Abril en el interior de la camioneta BMW, lo que pudo hacer cuando le fueron exhibidas diversas imágenes contenidas en la notebook, obtenidas de ella en la pericial de fs. 2790/2792.

MARIO CORDOBA -fs. 2282-, principal de policía, relató las diversas diligencias que realizó para lograr la individualización y captura de los autores de los hechos, haciendo mención a que Rodrigo Martín Fernández había sido detenido el 15 de Junio de 2010 luego de cometer un hecho de robo en el comercio de la Avda. Directorio 3526, proporcionando en la ocasión un nombre falso.

Peritadas las tres armas secuestradas de la camioneta BMW y la incautada de la pileta de la vivienda de Hortiguera 324, así como los

## *Poder Judicial de la Nación*

proyectiles que cargaban cada una de ellas -ver pericial de fs. 1066/68- se determinó que todas ellas eran aptas para el tiro y de funcionamiento normal, al igual que los proyectiles que tenían en sus cargadores. Conviene subrayar que una de las municiones correspondientes a la pistola Sig Sauer no pudo ser detonada pese a ser percutada en forma reiterada, lo que se atribuyó a la posible antigüedad del cartucho o por haber sido afectado por factores externos -agua, humedad, etc.-, pero el otro proyectil obtenido del arma de mención sí resultó apto para el disparo.

El Dr. Saint Jean tuvo por probado que el 27 de Abril de 2010 alrededor de las 14 los imputados Gatti, Riarte, Lacoste y Fernández llegaron en la camioneta BMW que a esos efectos les había proporcionado el encausado Llanes, al domicilio de la calle Hortiguera 324 al que ingresaron portando armas de fuego cargadas y aptas para el disparo, intimidando con ellas a Roberto Ben, María Fernanda Ben Tuma y Daniel Eduardo Pereyra, a los que reunieron en el living de la casa, procediendo a sustraer diversas alhajas y entre doce y catorce mil pesos en euros y dólares más otros dos mil quinientos pesos. Que durante el transcurso del hecho uno de los autores se sentó al lado de la hija del dueño de casa amenazando con abusar de ella si no se les entregaba más dinero, pretendiendo incluso llevarla al piso superior de la vivienda. Que a raíz de la llamada telefónica que la mucama de la casa, cuya presencia no había sido advertida por los procesados, hiciera a la policía, esta se hizo presente en el lugar provocando que Riarte y Gatti se dieran a la fuga por los techos de casas vecinas siendo detenidos en el interior de dos de ellas, mientras que Fernández y Lacoste consiguieron ascender a la camioneta BMW, donde los aguardaba en las cercanías otro sujeto a su volante, escapando también del lugar para poco después abandonar el vehículo y seguir la fuga a pie hasta desaparecer, lográndose posteriormente su detención cuando llevaban a cabo otros hechos ilícitos. Tuvo por probado que se utilizaron en este hecho las cuatro armas que fueran incautadas, una en la pileta de la finca afectada y las restantes en el interior de la camioneta. Hizo referencia a la prueba colectada, los dichos de los damnificados, la detención de Riarte y Gatti en las casas vecinas, el hallazgo en su poder de elementos que las víctimas reconocieron como suyos, los reconocimientos en fila de

personas y por fotografías de Gatti, Riarte y Lacoste, el reconocimiento en rueda de personas que el testigo Abel hizo de Fernández, los efectos hallados en la camioneta y que fueron reconocidos también por las víctimas y los dichos del damnificado Ben, quien en las fotografías que se le mostraron dijo que las armas que allí se ven son similares a las que portaban los ladrones.

El Dr. Morla, defensor de Fernández y Gatti, alegó respecto del primero que no estaba probada su participación en este robo ya que ninguna de las víctimas lo había reconocido en fila de personas, pareciéndole extraño que sí lo hubiera hecho un simple transeúnte, prueba que juzgó insuficiente, a lo que sumó el hecho de que a su pupilo no se le secuestró ningún efecto sustraído en este episodio.

En relación con Gatti admitió su participación en el hecho, aunque discutió que estuviera comprobado que las armas secuestradas fueran las utilizadas para cometer el robo, calificando de sugestivo el que una de ellas fuera incautada recién seis días después en la pileta. En cuanto a las que se encontraron en la camioneta sostuvo que no se había verificado ninguna relación entre Gatti y ese vehículo, circunstancias que en su opinión llevaban a que al robo se lo calificara como agravado por el uso de armas cuya aptitud para el disparo no había podido ser acreditada.

El Dr. González, defensor del acusado Lacoste, dijo que la acusación se sustentaba únicamente en un reconocimiento fotográfico por parte del testigo Abel que presentaba serias irregularidades. Señaló así que las cuatro fotografías que se utilizaron para el reconocimiento, una de ellas perteneciente a su asistido, a quien se lo identificaba con la fotografía número 3, fueron agregadas directamente al sumario, de modo que cualquiera que tuvo acceso al expediente, sobre todo el querellante Taccari y los letrados que lo patrocinaban, ya sabían, antes de que los testigos comparecieran al Tribunal para llevar a cabo los reconocimientos, que la foto nº 3 correspondía al imputado, debiendo valorarse, según dijo, que todos los testigos concurrieron juntos al reconocimiento fotográfico. Por otro lado, destacó que la fotografía utilizada para esa diligencia correspondía a una de prontuario, tomada a su defendido varios años antes, y que si se la comparaba con las fotografías del legajo de personalidad, que se obtuvieron de Lacoste en fecha cercana al

## *Poder Judicial de la Nación*

hecho, se advertía que su pupilo había desde entonces experimentado importantes cambios en su fisonomía ya que estaba más gordo y distinto por la diferencia de edad, no explicándose entonces que el testigo Abel pudiera haberlo reconocido en aquella del prontuario. Expresó que la otra circunstancia que el Sr. Fiscal había valorado era la existencia de la huella dactilar en la puerta de la camioneta BMW, pero ella había sido explicada satisfactoriamente por su cliente, explicación que además había avalado su consorte de causa Llanes. Concluyó entonces en que debía absolverse a Lacoste de la imputación. Subsidiariamente, reiterando los argumentos de las demás defensas, pidió que a todo evento se descartara la agravante postulada por la Fiscalía.

La defensa del enjuiciado Riarte manifestó que no iba a discutir la materialidad ni la participación de su pupilo en este hecho, aunque sí la calificación propuesta por el Dr. Saint Jean, respecto de lo cual argumentó en el mismo sentido que las restantes defensas.

El Sr. Fiscal General solicitó que se declarara la nulidad del alegato de la defensa en lo que a este hecho se refiere por cuanto la Dra. Blanco había aceptado una participación que su pupilo no había reconocido ya que se había negado a declarar, circunstancia que a su juicio afectaba el derecho de defensa del justiciable. La Sra. Defensora contestó al respecto que nada le impedía alegar de la forma en que lo hizo ya que había defendido correctamente a su asistido dentro de las razonables posibilidades que le otorgaba el marco probatorio del juicio y sin afectar por lo tanto su derecho de defensa.

Esta nulidad debe en mi criterio ser rechazada. Su articulación por parte del Ministerio Público creo que obedeció a la suposición de que existía entre el procesado y su asistencia técnica alguna diferencia sobre la estrategia defensista que ésta última había elegido. Si ello fue así, tal suposición quedó desvirtuada por el reconocimiento que de este robo hizo Riarte en ocasión de dirigirse al Tribunal inmediatamente antes de clausurarse el debate, lo que demuestra su conformidad con la tarea desarrollada por su asistencia técnica. Más allá de ello, le asistió razón a la Sra. Defensora cuando sostuvo que habiéndose negado el procesado a declarar -que obviamente no es

lo mismo que haber negado la comisión del hecho- ella estaba autorizada en el ejercicio de su ministerio a escoger libremente la estrategia procesal que estimara más favorable para el imputado, aun cuando ella conllevara la admisión del hecho y su coautoría. Sobre las facultades del defensor, enseña Julio Maier que “en otras ocasiones, por fin, *ejerce facultades exclusivas*, propias de él, que no le corresponden al imputado, como al pedir la suspensión del debate cuando el acusador amplía la acusación, al concluir en el debate según el requerimiento del acusador o acusadores para la sentencia o al recurrir en favor del imputado. Lo característico de la posición del defensor es, en verdad, un calificativo de cualquiera de aquellas funciones: la mayor o menor *autonomía* respecto de la voluntad del imputado, según la cual el defensor ejerce sus labores en el procedimiento. Entre nosotros, esa autonomía es casi total, en el sentido de que el defensor ejerce sus facultades conforme a su propia voluntad y estrategia, incluso en discrepancia con el imputado, siempre que respete su primer mandamiento, abogar en su beneficio.” (“Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, 2003, 1º edición, T. II, págs. 266/267, la cursiva pertenece al original, el subrayado se agrega).

No resulta por otro lado razonable exigirle al asistente técnico una defensa a ultranza negando la materialidad del hecho o la participación de su pupilo, cuando para ello deba llegar hasta extremos ridículos en su argumentación; así debería haber procedido la defensa en este caso en el que Riarte fue detenido en flagrancia, se le encontraron encima efectos sustraídos y fue reconocido por las víctimas. Es más razonable, y beneficioso para el imputado, que acepte aquello que resulta innegable y dedique sus esfuerzos a cuestionar la calificación legal o a abogar por la imposición de la menor sanción posible.

Que analizada a la luz de los principios de la sana crítica racional la pertinente prueba reunida durante el debate concluyo que ella permite, más allá de cualquier duda razonable, tener por legalmente acreditada la materialidad del hecho y la participación que en él le cupo a los acusados Riarte, Gatti y Fernández, en los términos en que todo ello fue imputado por el Sr. Fiscal General.

## *Poder Judicial de la Nación*

El primer aspecto está suficientemente comprobado por los dichos coincidentes de los damnificados y del personal policial que actuó en la emergencia y de los procedimientos que estos últimos realizaron, de los que dieron cuenta en sus respectivas declaraciones y en las actas que labraran, cuestión sobre la que no vale la pena extenderse ya que nadie pretendió poner en crisis la materialidad del hecho.

Tampoco se necesitan demasiados esfuerzos para demostrar la participación de los enjuiciados Gatti y Riarte en los sucesos desde que fueron detenidos por la policía en casas vecinas cuando pretendían escapar del domicilio afectado, se encontraron en su poder efectos que fueron sustraídos y que las víctimas reconocieron, y fueron también objeto de señalamientos en fila de personas por los damnificados, a todo lo cual debe sumarse la admisión de responsabilidad que ambos efectuaron al finalizar el debate.

**USO OFICIAL**

En cuanto hace a Fernández, en mi opinión también está suficientemente verificada su participación en este robo.

Considero que el reconocimiento del que fue objeto en fila de personas por parte del testigo Abel constituye una muy fuerte prueba en su contra. El mencionado testigo dijo haberlo observado con claridad cuando iba caminando acomodándose algo en la cintura “que por el movimiento le dio la sensación que se trataba de un arma”, viendo cuando junto a otro sujeto ascendía a una camioneta. Debe subrayarse que a esta persona la tuvo bajo su vista cuando pasó caminando al lado suyo y la continuó mirando hasta que ascendió al rodado que estaba a una distancia de cinco metros de él. En ocasión de reconocer por fotografías al procesado Lacoste, dijo “que al que más recuerda es al otro que era más gordito”. Cuando fue llevado ante la fila de personas integrada por Fernández, expresó “Sí, el que está ubicado en el n° 5, que es al sujeto que ve caminando por la calle Valle en dirección contraria a la que caminaba el dicente, venían caminando desde la calle Hortiguera, que eran dos, que este era el más petiso, que estaba vestido con un pantalón de jean y un buzo de color gris, y este coloca algo en su cintura y luego se tapa con el buzo, y se sube en la camioneta”. Esa camioneta es la misma que el testigo le señaló a la policía y fue objeto de persecución por parte de ella hasta

que fue encontrada abandonada a pocas cuadras, secuestrándose de ella efectos sustraídos en este robo, además de tres armas de fuego.

Por lo dicho, y aun cuando el reconocimiento fue practicado seis meses y medio después del hecho -27 de Abril y 18 de Noviembre de 2010-, no advierto ninguna circunstancia que permita dudar de su acierto, la que tampoco fue alegada por la defensa.

Lo que esta argumentó fue que ese único señalamiento era insuficiente para probar la participación de su pupilo.

Pero lo que ocurre es que no es ese sólo reconocimiento lo que compromete a Fernández, sino que concurren una serie de indicios graves, precisos y concordantes, de unívoco carácter incriminatorio, que corroboran aquel reconocimiento y conforman en conjunto un panorama probatorio que permite arribar razonadamente a la certeza necesaria para esta etapa del proceso.

Fernández fue condenado por el Tribunal Oral de Menores nº 1 con relación al hecho nº 2. Se encuentre o no firme dicha sentencia en lo que se refiere a la atribución de su responsabilidad en el hecho, lo cierto es que a los fines de lo que aquí se resuelve, no puede hesitarse de su participación en aquel robo. Fue reconocido por los damnificados, en los cigarrillos que fumaba uno de los intervenientes durante su desarrollo fue encontrado ADN que le correspondía y, finalmente, reconoció su intervención en el hecho.

A partir de ello, adquiere significativa relevancia la identidad del “modus operandi” entre los robos números 2 y 6: varios sujetos que ingresan en viviendas particulares utilizando armas de fuego, con equipos de comunicación y guantes, reducen a sus moradores y proceden a desvalijar las casas. Debe subrayarse, como dato de importancia, la utilización de la camioneta BMW para cometer el hecho nº 6, indiscutible dada las circunstancias en que se produjo su incautación, con las referencias dadas por los damnificados del hecho nº 2 acerca de un vehículo de idénticas características -BMW X5-, a lo que debe agregarse el secuestro en el hecho nº 6 de una pistola sustraída en el nº 2, arma que fuera hallada en la camioneta a la que fuera visto subir por el testigo Abel.

Se ha dicho sobre prueba de esta naturaleza que “se recomienda valorar la prueba indiciaria en forma general, y no aisladamente, pues cada

## *Poder Judicial de la Nación*

indicio, considerado separadamente, podrá dejar margen para la incertidumbre, la cual podrá ser superada en una *evaluación conjunta*. Pero esto sólo ocurrirá cuando la influencia de unos indicios sobre otros elimine la posibilidad de duda, según las reglas de la sana crítica racional” (Cafferata Nores, “La prueba en el proceso penal”, Ed. Depalma, 2º edición, 1994, pág. 184, la cursiva es del original). Que en el mismo sentido lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que “cuando se trata de la prueba de presunciones ... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan ... y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ‘ambivalentes’. Por ello es que el legislador exige para que se configure esta prueba ‘que no sean equívocos, es decir, que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas’ (art. 353, inc. 4º del C. Pr. Cr.) y que ‘sean concordantes los unos con los otros’ (inc. 6º del mismo artículo), de manera que la confrontación crítica de todos los indicios resulta ... inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente” (Fallos: 297:100 y 303:2080; en el mismo sentido 311:948; 2314; 2402 y 2547; 312:384, entre otros). Igualmente, la C.N.C.P., Sala I, causa n° 3872, “Corti, Raúl Arnaldo s/ recurso de casación”, rta. el 26 de Noviembre de 2001.

Que ponderando de esa forma la prueba indiciaria y sumándola a la directa con la que se cuenta -reconocimiento-, se conforma en conjunto, como he dicho más arriba, un cuadro probatorio que autoriza al dictado de condena.

El hecho debe ser calificado como robo calificado por su comisión con armas de fuego aptas para el disparo.

Todas las pistolas incautadas estaban cargadas y ellas, al igual que sus respectivas municiones, eran aptas para el disparo, según lo demostró la pertinente peritación balística. Las defensas coincidieron en querer poner en crisis la utilización de tales armas para cometer el robo, pretendiendo que tal extremo no estaba comprobado. Estoy convencido, por el contrario, de que no puede albergarse la más mínima duda sobre el punto. Los damnificados dijeron en forma concordante que los autores del robo -que eran cuatro- estaban armados, cuatro fueron las armas incautadas, una de ellas en la piletá

de la casa afectada y otras tres en la camioneta en la que dos de los que entraron a la vivienda se dieron a la fuga; las víctimas, cuando les fueron mostradas las pertinentes fotografías, dijeron que ellas eran muy similares a las utilizadas en el robo. Las defensas calificaron de “sugestivo” el secuestro de una de las armas en la pileta algunos días después del robo, pero omitieron decir de qué era sugestivo ese hecho. Lo único que sí sugiere -en verdad no sugiere, lo que hace es demostrar acabadamente-, es que esa pistola fue arrojada allí por Gatti o Riarte inmediatamente antes de darse a la fuga por los techos, y que no fue notada con anterioridad su presencia en el fondo de la pileta por la sencilla razón que dada la altura del año -fines del mes de abril- ya no se utilizaba la piscina. No alcanzo así a entender que de la ponderación armónica de todas estas circunstancias quiera pretender deducirse alguna duda razonable sobre el aspecto en trato.

Los demás elementos del tipo se encuentran todos presentes: se trató del apoderamiento violento mediante intimidación -intimidación llevada a cabo con elementos particularmente aptos para ello y que, además, por su potencialidad dañina pusieron en riesgo la salud y la vida de los damnificados, de cosas muebles -joyas y dinero-, totalmente ajenas desde que pertenecían a las víctimas, circunstancias todas que obviamente los procesados conocían. El hecho llegó a su consumación desde que algunos de los autores consiguieron escapar llevando consigo parte de lo sustraído -por lo menos el dinero en moneda nacional y extranjera-, que no pudo ser recuperado, lo que demuestra que alcanzaron sobre ello poder de disposición. Que los imputados deben responder a título de coautores se acredita con el similar papel que todos ellos desarrollaron durante la comisión del robo, según la descripción que se hizo del hecho, lo que demuestra el codominio que tuvieron de él.

Distinta me parece que es la situación del acusado Lacoste.

No se pudo aquí comprobar, según lo que se vino exponiendo hasta el momento, que haya participado en ninguno de los robos anteriores, salvo la responsabilidad que le adjudicó el Tribunal Oral de Menores nº 1 en el hecho nº 2, y en realidad, en el presente debate, la imputación que se le formuló con relación a los hechos anteriores descansó en buena medida en el convencimiento por parte del Ministerio Público de que estaba acreditada su

## *Poder Judicial de la Nación*

intervención en éste. Casi no hace falta decir que no estoy atado a la entidad probatoria que los integrantes de aquel Tribunal le dieron al reconocimiento fotográfico de que fue objeto el imputado, aunque por parte de otras personas y en distintas circunstancias, sobre las mismas fotografías que aquí se utilizaron.

Precisamente, fue el reconocimiento de esa clase que hizo de Lacoste el testigo Abel la prueba principal que invocó el Sr. Fiscal General para sustentar su acusación. Pienso que sobre el punto le asiste razón a la defensa y que no puede concederse a tal señalamiento la importancia que se le quiere otorgar.

Me parece claro que el valor convictivo de este tipo de reconocimientos no es igual al que se lleva a cabo en una rueda de personas. Evidentemente no es lo mismo tener directamente ante sí a la persona a reconocer, lo que implica poder observarla en su integridad corporal y desde distintos ángulos, así como la mirada, la forma de pararse, algún gesto que pueda hacer, en fin, innumerables detalles que aunque mínimos indudablemente influyen en el proceso psicológico de formular un “juicio de identidad entre una percepción presente y una pasada” (Caferatta Nores, ob. citada, pág. 115). Cuanta mayor identidad objetiva pueda establecerse entre la percepción pasada y la presente, mayor valor probatorio podrá adjudicarse al reconocimiento. De esto se sigue, para el caso de los reconocimientos por fotografías, que las características de las que se exhiben al reconociente resultan fundamentales a estos efectos. Debe así ponderarse cómo se lo muestra al sujeto en aquellas fotografías, o sea, si se lo ve de cuerpo entero, medio cuerpo, sólo el rostro, nitidez de la imagen, distancia al objetivo, etc. También será importante la antigüedad que pueda tener la imagen con relación a la época en que se lo observó por primera vez y los cambios físicos que pudo experimentar entre uno y otro momento.

Si se analizan todos estos aspectos en el caso concreto, me parece que dejan mucho que desear. Las fotografías de fs. 2062 son nada más que de cuatro caras, las que encima están recortadas. Fueron tomadas del prontuario policial y corresponden a Setiembre de 2005 -ver fs. 2065-, casi cuatro años antes del robo. Pero lo más importante, es que si se las compara con las agregadas en el legajo de personalidad del imputado, tomadas en fecha

reciente al robo, se aprecia una notable disimilitud entre unas y otras, diferencia que incluye el rostro mismo.

Todas estas circunstancias me inclinan a no otorgarle a este reconocimiento fotográfico la suficiente capacidad probatoria, lo que no significa que dude de la honestidad con la que actuó el testigo Abel al señalar a Lacoste, ya que en definitiva se trata de un tercero ajeno a los hechos que se limitó a cumplir con su obligación de testificar. Solamente quiero decir que las particulares condiciones en que fue realizada esta diligencia obliga a tomar su resultado con las reservas del caso.

El restante punto sobre el que se apoyó la acusación fue el hallazgo de una huella digital de Lacoste en la camioneta BMW. Sin perjuicio de que la explicación que proporcionó al respecto no me parece demasiado convincente, lo cierto es que su sola existencia no alcanza, si no se cuenta con algún un reconocimiento que sea consistente y lo apunte, para colocar al acusado en el lugar de los hechos. Obsérvese que iguales circunstancias respecto de otro imputado durante la instrucción (Chiaradía) no pudieron sino concluir con su sobreseimiento.

Estas consideraciones son las que me mueven a proponer al Acuerdo la absolución de Lacoste.

#### **HECHO N° 7 -portación de arma de guerra-.**

De los informes del Registro Nacional de Armas de fs. 1125/26 y 4323 (esta última corresponde a la foliatura superior) surge que Fernández, Lacoste, Riarte y Gatti no se encontraban autorizados para la tenencia de armas de fuego.

El Dr. Saint Jean tuvo por probado que los procesados Gatti, Fernández, Lacoste y Riarte, el día 27 de Abril de 2010 portaron las cuatro pistolas que fueran secuestradas, las que estaban cargadas y en condiciones inmediatas de tiro, y que las utilizaron para cometer los hechos números 4, 5 y 6. Sostuvo que si bien no se podía determinar cuál de dichas armas portó cada uno de ellos, tal determinación resultaba indiferente dado que todas eran por

## *Poder Judicial de la Nación*

igual armas de guerra. Calificó estos hechos como portación de arma de guerra, delito al que hizo concurrir realmente con los demás que imputó.

Las defensas, en general, reiteraron aquí que no estaba acreditada la utilización de las armas en ninguno de los hechos ni que los procesados las hubieran tenido en su poder.

Creo que esta cuestión debe ser abordada partiendo de la relación concursal que media entre el delito de robo agravado por su comisión con armas aptas para el disparo y el de portación de armas, cuestión sobre la que tengo posición tomada. Según mi criterio, existe entre las figuras de robo agravado por su comisión con arma de fuego apta para el disparo y el de portación ilegítima de arma de fuego una relación de especialidad que excluye al delito de peligro abstracto una vez que comienza un delito de lesión. Sobre el particular comparto la opinión expuesta por Patricia S. Ziffer en “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y robo con arma” (Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 2, n° 3, Ed. “Ad-Hoc”, 1966, pág. 339 y sgts.), en cuanto afirma “... que las armas son ‘peligrosas’ y que uno de los peligros que acarrean es la posibilidad de que se cometa con ellas un delito ... El robo con armas ... representa la concreción de uno de los posibles peligros (abstractos) que quería evitar el tipo del art. 189 bis, tercer párrafo, con lo cual frente a la realización del riesgo, la norma que prohibía crearlo deja de tener sentido independiente y nada agrega al injusto del tipo que prevé el caso en que ese riesgo se haga efectivo. Por aplicación del principio de subsidiariedad, el delito de lesión siempre desplaza al delito de peligro, y lo mismo ocurre con la tentativa respecto de los actos preparatorios autónomamente punibles, y con la consumación respecto de la tentativa, etc.”, reflexiones que mantienen plena vigencia después de la sanción de la ley 25.886.

Hoy en día, vigente la ley citada que tipifica el delito de robo con arma de fuego apta para el disparo con una pena superior, es más que claro que para poder llevarlo a cabo es imprescindible -por encerramiento lógico- la portación de un arma de aquella clase, por lo que debe concluirse -también en atención a la elevada sanción que se establece- que el legislador ya desvaloró

conjuntamente en la norma del art. 166, segundo párrafo del inciso 2º la portación del arma y el robo que con ella se lleva adelante.

En consecuencia, debe entenderse que la sentencia condenatoria o absolutoria por el delito de robo agravado por su comisión con armas aptas para el disparo lleva incluida el de portación de armas, sin que sea necesario pronunciarse expresamente en uno u otro sentido, siguiendo el principio que establece que debe resolverse respecto de hechos y no de meras calificaciones.

### **Situación procesal de Héctor Fabián Llanes.**

A su respecto, el Dr. Saint Jean tuvo por cierto que entregó la camioneta BMW a sus consortes de causa para que ellos pudieran llevar a cabo los tres robos que cometieron el 27 de Abril de 2010 -hechos números 4, 5 y 6-. Refutó las explicaciones que proporcionó el enjuiciado, señalando que su dichos de haber recibido la camioneta, cuando la compró, recién el 26 de Abril de 2010, estaban desmentidos por la fecha que tiene el boleto de compraventa, señalando que carecía de todo sentido confeccionar, fechar y firmar ese documento el 7 de Abril dejando constancia en él que ese día se recibía su precio total y se entregaba la camioneta al comprador, si es que en realidad la operación quedaba supeditada a que Llanes juntara y llevara a la agencia en el futuro la totalidad del dinero necesario, sosteniendo que con sus expresiones Llanes quiso desligarse de otros robos cometidos con anterioridad al 26 de Abril y en los que también se utilizó la camioneta. Agregó que el robo que de ella dijo haber sufrido y denunció no ocurrió en la realidad, y que su invocación respondió al propósito de eludir su responsabilidad en los hechos del 27 de Abril. Sostuvo que ello estaba demostrado por el hecho de que al hacer la denuncia en la pcia. de Buenos Aires dijo que el vehículo se lo sustrajeron alrededor de las 12.30, cuando el primer robo del 27 de Abril - hecho nº 4- ocurrió en esta ciudad entre las 12 y las 12.15, pretendiendo luego relativizar el horario que proporcionó para adecuarlo a las necesidades de su defensa. Hizo valer como indicios en contra del imputado el que este mismo rodado haya estado involucrado en distintas causas penales instruidas por delitos similares a los que aquí se juzgaron, que el anterior titular registral de la camioneta haya sido condenado por hechos también similares a los de las

## *Poder Judicial de la Nación*

presentes actuaciones, que hubiera escondido el título original del vehículo en un hueco de la bañadera de su casa, el tiempo que dejó transcurrir sin volver a pedir la devolución de la camioneta, manteniéndose prófugo, y el hecho de que se hubiera incautado en su vehículo una notebook que, si bien no correspondía a ninguno de los hechos aquí juzgados, había de todos modos sido sustraída el 26 de Abril a la Sra. Cocco. Desde otro costado, expuso que Llanes pretendió desvincularse de Lacoste -al secuestrarse la camioneta se había encontrado en su interior documentación de otro vehículo a nombre del referido-, arguyendo la existencia de un trato comercial entre ambos sobre el auto de Lacoste, el que supuestamente iba a ofrecer en la agencia donde había adquirido la camioneta en pago del saldo de precio que adeudaba, y que por ese motivo Lacoste le había facilitado el título y el formulario “08” originales para exhibir en la agencia. Sostuvo que esa explicación no era en absoluto creíble, ya que no podía admitirse que alguien que prácticamente no lo conocía le fuera a entregar documentación original de esa importancia, subrayando una serie de contradicciones que a su juicio existían entre lo declarado por uno y otro al respecto. Calificó entonces su conducta como partícipe secundario de los delitos de robo calificado por el uso de armas aptas para el disparo -hechos 4, 5 y 6-, requiriendo que se le impusiera la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas.

Al momento de contestar la acusación, su defensa, como planteo principal, solicitó que se declarara la nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio y, como consecuencia de ello, el dictado de una sentencia absolutoria. Argumentó que el cuestionado requerimiento había violado el principio de congruencia desde que imputaba a su pupilo una conducta radicalmente distinta a aquélla que se había descripto en la intimación originaria y en el auto de procesamiento, afectando de ese modo el derecho de defensa del justiciable. Subsidiariamente, solicitó igualmente la absolución por considerar que no estaba probado el que hubiera entregado la camioneta para que sus consortes de causa llevaran adelante los robos, insistiendo en que a Llanes le habían sustraído el rodado, lo que consideró probado a través de los dichos del testigo Zieger y la demás prueba que evaluó.

El Sr. Fiscal General consideró que el planteo de nulidad debía ser rechazado. Dijo que si bien la variación fáctica a que aludía la defensa no podía desconocerse, aseguró que ella en el caso concreto no había provocado afectación alguna al derecho de defensa, requisito esencial a la hora de declarar nulidades, ya que al alegar había imputado a Llanes la misma conducta que se le había atribuido tanto en la indagatoria que prestó en la instrucción, que se incorporó al debate por lectura, como en el auto de procesamiento. Agregó que Llanes se había defendido materialmente en el debate de esa imputación y su defensa técnica, aunque en forma subsidiaria, también la había contestado, concluyendo que en consecuencia no se advertía en el caso cuál había sido en concreto el perjuicio que había sufrido el derecho de defensa en juicio del acusado.

Expuesta así la cuestión a resolver, debe primeramente verificarse si efectivamente ha mediado la violación al principio de congruencia aludida por la defensa. Y la verdad es que ella no puede negarse ya que es evidente, tan evidente que el mismo Ministerio Público debió reconocerla.

Si se consultan las descripciones de los hechos imputados a Llanes en sus indagatorias de fs. 3352/61 y fs. 3692/3693, se advierte que se le enrostró con precisión “el haber participado en los hechos ocurridos el día 27 de Abril de 2010 entre las 12:00 hs. y las 14:00 hs., proporcionando a los autores de los mismos, Jorge Leonel Riarte, Cristian Gustavo Gatti, Rodrigo Martín Fernández, Matías Nicolás Lacoste y un quinto sujeto no identificado hasta el momento, la camioneta BMW, modelo X5, dominio GBC-646, de su propiedad, momentos antes de llevar a cabo los mismos, sin la cual no habrían podido llevar a cabo los mismos, y mediante un acuerdo previo de voluntades. Concretamente el día 27 de Abril del año 2010, los antes nombrados ingresaron alrededor de las 12:00 hs. ... al domicilio ... ubicado en la calle Cervantes 3440 ... Seguidamente, y siendo las 13:15 horas de ese mismo día, ingresaron a la vivienda ubicada en la calle Viel 1231 ... Finalmente, momentos después de ese mismo día se dirigieron a la finca situada en la calle Hortiguera 324 de esa Ciudad ... Seguidamente se le hace saber al aquí compareciente cómo se desarrollaron cada uno de los hechos..”, detallándose a continuación quiénes entraron a cada una de las viviendas, sin incluírselo a él entre esas personas, y qué fue lo que hicieron en su interior.

## *Poder Judicial de la Nación*

Al ampliársele la indagatoria se le hizo saber que también se le imputaba “haber tomado parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos, disponiendo de armas de fuego, para luego asaltar diferentes viviendas particulares acorde a un plan previamente establecido. Habiéndose acreditado la comisión de los siguientes hechos …”, precisándose entonces los diversos robos cometidos por la supuesta asociación ilícita, mencionándose a las personas que en cada caso ingresaron a las diversas casas, sin incluírselo a él entre ellas, y refiriendo qué es lo que hicieron en cada ocasión.

De todo ello queda suficientemente claro que la imputación originaria que se le formuló quedó circumscripta, en lo que aquí interesa, a haber proporcionado la camioneta BMW a otras personas para que ellas llevaran a cabo materialmente los robos, sin participar él personalmente en su ejecución.

Esta imputación fue reiterada textualmente en el auto de procesamiento de fs. 3406/3422.

Sin embargo, en el requerimiento fiscal de elevación a juicio de fs. 3738/3758, al describirse en lo pertinente las conductas imputadas, se asentó lo siguiente: ... Hecho IV: ... el 27 de abril de 2010, pasadas las 12.00 hrs., los nombrados Gatti, Riarte, Fernández y Lacoste, **esta vez con la participación de Héctor Fabián Llanes** y uno o dos sujetos más aún no individualizados, ingresaron con idénticos fines y saltando la reja de la vivienda sita en la calle Cervantes 3440, de esta ciudad. Allí, redujeron a ... utilizando para ello armas de fuego. Permanecieron en el lugar cerca de una hora, revisando la vivienda y apoderándose así de elementos de valor ... Hecho V: ... alrededor de las 13.15 hrs. de ese mismo 27 de abril de 2010 , los aludidos Gatti, Riarte, Fernández, **Llanes** y Lacoste, **arribaron a la finca sita en Viel 1231, de esta ciudad, ingresando solo dos de ellos con armas de fuego y utilizando llaves falsas, mientras que el resto los aguardó afuera, procurando que el acto ilícito se perpetrara sin problemas ...**”, relatando que en el interior de la casa sorprendieron a sus ocupantes, los amenazaron y procedieron a sustraer diversos efectos. También se consignó que: “Hecho VI: Ya cerca de las 14 hrs. del 27 de Abril de 2010, Gatti, Riarte, Fernández, **Llanes** y Lacoste, arribaron a bordo de una camioneta BMW X5, dominio

GBC-646, a la casa situada en Hortiguera 324 ... con idénticos fines que los hechos descriptos. Mientras uno de ellos esperó en el interior del referido vehículo, los restantes, intimidando con armas de fuego ... ingresaron ... al referido domicilio ...”, continuando el relato con lo que los autores hicieron adentro de la finca, las amenazas vertidas a sus ocupantes, los efectos que sustrajeron, etc., cómo dos de los autores se escaparon por los techos y otros dos por la puerta, cómo fueron aprehendidos Gatti y Riarte y cómo escaparon los demás, etc. Además, se incluyó en el requerimiento de elevación a juicio lo que sigue: “Hecho VII: A raíz de lo expuesto cabe reprocharles también a los aludidos Jorge Leonel Riarte, Cristian Gustavo Gatti, Rodrigo Martín Fernández, Matías Nicolás Lacoste y **Héctor Fabián Llanes**, en los tres hechos ocurridos el 27 de abril de 2010, el **haber portado ...[se mencionan las cuatro armas secuestradas] ... sin la debida autorización legal**”.

Acerca de que Llanes hubiera facilitado la camioneta BMW para cometer los hechos no se dice una sola palabra en todo el requerimiento de elevación a juicio.

No hace falta decir demasiado para concluir que los comportamientos atribuidos a Llanes en el requerimiento fiscal de elevación a juicio son sustancialmente distintos a aquellos que se le intimaran en la indagatoria y en el auto de procesamiento, por más que se refieran a los mismos acontecimientos históricos tomados en su generalidad.

En nuestro código de forma, la imputación, entendida como hipótesis fáctica (“haber hecho u omitido hacer [algo], en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico” (Maier, ob. citada, T. I, pág. 553), se lleva a cabo en tres momentos: en la indagatoria, en el auto de procesamiento y en el requerimiento de elevación a juicio, y en todos los casos se exige que, entre otros requisitos, sea concreta y expresa. Concreta, en cuanto a que debe contener “cuál es el hecho o acontecimiento histórico que el acusador le atribuye, con todas las circunstancias jurídicamente relevantes... expresa, con indicación de las *circunstancias de lugar, tiempo y modo*” (Velez Mariconde, Derecho Procesal Penal, Editora Córdoba, 1986, T. II, pág. 222/223, el subrayado se agrega). A la imputación así formulada también se le requiere que se mantenga congruente en sus tres momentos, lo que equivale a decir que debe existir siempre identidad en lo que constituye la esencia del

## *Poder Judicial de la Nación*

comportamiento adjudicado, o sea en todas aquellas circunstancias de lugar, tiempo y modo que sean relevantes.

De lo expuesto surge diáfano que entre la imputación que se formuló en la indagatoria y quedó luego cristalizada en el auto de procesamiento, y la contenida en el requerimiento de elevación a juicio, han mediado mutaciones esenciales. En cuanto al tiempo, porque en las primeras se ubicó la conducta de Llanes en un período anterior al de ejecución de los delitos; en cuanto al lugar, porque antes no se lo situó en los domicilios asaltados, y en lo que hace al modo, porque originalmente la modalidad de su conducta se ciñó nada más que a haber facilitado el rodado para que otros llevaran a cabo los apoderamientos, mientras que en el requerimiento de elevación a juicio se lo hace aparecer cumpliendo personal y directamente determinados roles en la ejecución de los robos, ya sea ingresando en las casas portando armas, intimidando a sus ocupantes y apoderándose de cosas, o aguardando afuera a sus cómplices en la camioneta.

El Sr. Fiscal General, sin perjuicio de reconocer tal falta de congruencia, opinó que de todos modos su verificación no alcanzaba para hacer lugar a la nulidad reclamada por la asistencia técnica de Llanes. Argumentó que las nulidades, incluidas las de carácter absoluto, únicamente debían ser declaradas si ellas habían afectado el derecho de defensa en juicio del imputado, lo que entendió que aquí no había ocurrido desde que el defensor, aunque sea subsidiariamente, terminó contestando la acusación que le había hecho en el debate, agregando que ella sí era congruente con la imputación que se había formulado en la indagatoria y el auto de procesamiento.

En mi opinión, esta postura del Ministerio Público no puede ser aceptada. En primer lugar, porque llevada hasta sus últimas consecuencias determinaría que podría eventualmente prescindirse por completo del requerimiento fiscal de elevación a juicio con la sola condición de que la defensa conteste la acusación que se haga en el debate y tal acusación guarde congruencia con la indagatoria y el auto de procesamiento. Con ello se pasa por alto que ese modo de proceder rompería sin más la estructura misma del proceso penal, tal cual este está legislado, ya que no tiene en cuenta que es el requerimiento de elevación a juicio el que conforma la plataforma fáctica

sobre la que se celebrará el debate y que es con relación a ella que todas las partes, y también el Tribunal, orientan su actividad procesal. Así, el ofrecimiento de pruebas, su aceptación o rechazo, los interrogatorios de los testigos y las expectativas de las partes acerca de la conducta procesal de sus contrarias vienen siempre determinadas por el contenido de la requisitoria de elevación a juicio. Se olvida también, me parece, que la jurisdicción misma del Tribunal queda por completo limitada por aquel contenido fáctico del que tiene prohibido excederse: “La sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor presupone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio” (Vélez Mariconde, ob. citada, pág. 234); “La acusación, [referida al requerimiento de apertura del juicio], precisamente, representa, cuando es admitida, la piedra fundamental de ese juicio, su base de sustentación, pues describe el suceso humano que va a ser juzgado, lo fija como objeto del procedimiento y de la decisión, sin que el Tribunal que va a juzgar pueda referirse a otro en su sentencia” (Maier, ob. citada, T. III, pág. 243); “La regla [correlación entre la acusación y la sentencia] fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se corresponde con el hecho descripto en la acusación -eventualmente: el auto de apertura del juicio o procedimiento principal- con todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos” (Maier, ob. citada, T. I, pág. 568). Son estos principios los que también demuestran que la acusación que el Ministerio Público formule al final del debate no puede sino referirse a los mismos hechos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio, estándose vedado también a él imputar otros distintos.

Todo ello demuestra, en mi criterio, que en el caso sí se ha afectado el adecuado y regular derecho de defensa en juicio. Lo que se pretende a través del denominado principio de congruencia es que el imputado conozca desde el principio hasta el final del proceso cuál es el concreto hecho que se pone a su cargo, por lo cual cualquier variación que al respecto se haga únicamente será legítima si es advertido de ella en forma expresa, concreta y oportuna, de modo tal que siempre sepa, sin incertidumbres de ninguna clase, de qué debe y deberá defenderse en sus distintas etapas o momentos. En este sentido, no puede aquí negarse que la defensa tenía suficientes motivos para plantearse dudas durante el juicio acerca del hecho por el cual el Sr. Fiscal

## *Poder Judicial de la Nación*

General podría acusar al final del debate ¿por el descripto en la indagatoria y el procesamiento, o por el contenido en el requerimiento de elevación a juicio? Y es más que seguro que nada de ello puede salvarse diciendo que la defensa pudo haber concurrido preparada para hacer frente a acusaciones alternativas - si es que ello fuera hipotéticamente aceptable en un caso como éste-, cuando no fue previa y oportunamente advertida de esa posibilidad. De todo ello se deriva que cualquiera fuera el eventual veredicto condenatorio que dictara el Tribunal siempre estaría viciado de nulidad. Si fuera en orden al hecho descripto por el Dr. Saint Jean en su alegato final, porque sería extraño al marco fáctico contenido en el requerimiento fiscal de elevación a juicio y consecuentemente a la jurisdicción del Tribunal, y si lo fuera en orden al hecho descripto en el requerimiento, porque sería distinto a aquel que se intimó al procesado en la indagatoria y por el cual se le dictó auto de procesamiento y fue acusado luego en el debate.

En definitiva, a mi modo de ver no cabe otra solución que hacer lugar a la nulidad articulada por la defensa y en consecuencia dictar un veredicto absolutorio respecto de Llanes.

USO OFICIAL

### **Hecho nº 8 -encubrimiento-.**

La pistola Bersa, modelo Mini Thunder, calibre 9 mm. nº 467893, había sido objeto de un robo a su propietario Ramón José Ramírez, a quien le fue sustraída el 14 de Abril de 2010, según resuelta del certificado de denuncia agregado a fs. 3576.

La pistola Sig Sauer, calibre 45 nº G168686 poseía pedido de secuestro de fecha 29 de enero de 2009 a raíz de su robo denunciado por Constantino Alberto Amboldi en la Cria. 1º de la Ciudad de Mar del Plata, pcia. de Buenos Aires (ver fs. 896, 2659/60 y 2719).

La pistola S&W, calibre 40, Colt's Firearms, nº DW01430 le fue sustraída a su propietario Rodolfo Maciel, según denuncia de fecha 20 de abril de 2010 efectuada en la Cria. de Gregorio de Laferrere, pcia. de Buenos Aires (ver fs. 2540/41 y 2544/45). Debe señalarse que esta arma no fue incluida en el delito de encubrimiento en el requerimiento fiscal de elevación a juicio (ver fs. 3746, punto VIII).

La pistola Ruger calibre 9 mm. nº 309-25323 es la que le fuera sustraída en el hecho nº 2 a su propietario Carlos Alberto Taccari.

El Sr. Fiscal General manifestó en relación a este hecho que a los fines de este delito debía tener en cuenta que sólo dos de las armas incautadas aparecían como producto de anteriores sustracciones, ya que la que correspondía a Taccari entendió que había sido sustraída por los acusados en el hecho nº 2, mientras que la restante no estaba mencionada en el requerimiento de elevación a juicio como producto de una sustracción anterior. Que en consecuencia, al no poder demostrar qué arma tuvo en su poder cada uno de los imputados, debía solicitar la absolución de todos.

Las defensas pidieron consecuentemente al Tribunal una decisión liberatoria por aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que aludieran con anterioridad.

Por las mismas razones dadas más arriba al tratar otros pedidos de absolución del Sr. Fiscal General, corresponde también en orden a este delito dictar un pronunciamiento remisorio.

**La inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia -arts. 50 y 14 del Código Penal- y de las accesorias legales -art. 12 del Código Penal-.**

El Sr. Fiscal General pidió al Tribunal que al condenar a Riarte y Gatti y dictar las penas únicas que solicitaba, mantuviera las declaraciones de reincidencia que se hicieran en las condenas cuya unificación requería.

La Sra. Defensora Oficial consideró que debía declararse la inconstitucionalidad de los artículos 50 y 14 del Código Penal por cuanto ellos vulneran la garantía constitucional del “non bis in ídem” y el principio de culpabilidad, mencionando antecedentes jurisprudenciales de la Cámara Nacional de Casación Penal que así lo decidieron.

Por otro lado, aunque sin requerir su declaración de inconstitucionalidad, pidió que no se aplicara el art. 12 del Código Penal en cuanto dispone que, en el caso que contempla, la condena conlleva la

## *Poder Judicial de la Nación*

privación, mientras dure la pena, de la patria potestad y de la administración de los bienes, afirmando que se trata de una sanción que es irrazonable por no guardar relación con los fines de resocialización de la pena.

El Sr. Fiscal General se opuso a ambas peticiones. Entendió, por un lado, que la reincidencia no vulnera garantías constitucionales, citando en apoyo de su postura jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, por el otro, que la solicitud de no aplicar sin más las accesorias legales previstas en el art. 12 del Código Penal resultaba impertinente.

Sobre la constitucionalidad del instituto de la reincidencia se viene discutiendo desde hace ya largo tiempo, discusión que cada tanto, hoy es tiempo de ello, recrudece, lo que seguramente continuará hasta que nuestro más Alto Tribunal, con su actual composición, vuelva a pronunciarse sobre la cuestión en forma explícita como ya lo hiciera con sus anteriores integrantes, por ejemplo, en “Fallos” 311:415 en el que negó el agravio constitucional, doctrina que no ha sido modificada hasta el día de hoy por la Corte Suprema.

Me parece que no vale la pena hacer innecesariamente extensa esta sentencia refiriendo las diversas posturas que al respecto se sostienen, detallando los respectivos argumentos con las pertinentes citas de doctrina y jurisprudencia, ya que ello será tratado en forma más que amplia por mi distinguida colega Dra. Bloch, por lo que me limitaré, del modo más breve posible, a exponer el núcleo de mi pensamiento sobre el tema.

Creo que este análisis de constitucionalidad debe efectuarse desde la consecuencia jurídica que tal declaración trae aparejada, que no es otra, en lo que aquí interesa, que el impedimento para obtener la libertad condicional - art. 14 del Cód. Penal-, norma esta última que provoca el agravio concreto, ya que sin ella la declaración de reincidencia quedaría sin contenido (el Tribunal no la toma en cuenta a la hora de mensurar la pena). Bien podría no existir en el Código Penal el art. 50 y agregarse al 14 que la libertad condicional no se otorgará a las personas que hubieren cumplido total o parcialmente pena de prisión. De tal modo, salvo la eliminación del término “reincidencia”, la consecuencia de haber cumplido total o parcialmente pena de prisión sería la misma, lo que demuestra que el supuesto agravio debe encaminarse hacia el art. 14 del Código Penal, y es su razonabilidad la que debe analizarse con la

prudencia que toda declaración de inconstitucionalidad requiere. Por lo tanto la “declaración” de reincidencia, por sí misma, no provoca ninguna consecuencia y por ende mal puede ser tachada de inconstitucional.

Si se acepta que las cosas son así, es decir que el supuesto agravio estaría dado por lo que establece el art. 14 del Código Penal y no por su art. 50, es la primera de esas normas la que debe ser objeto de análisis constitucional, con la prudencia que toda posible declaración de inconstitucionalidad requiere.

El legislador regló el instituto de la libertad condicional sujetándolo a diversas condiciones, siendo una de ellas el de no haber ya cumplido parcial o totalmente pena privativa de libertad, con sustento en la idea de que quien así lo hizo y cometió luego otro delito demuestra la necesidad de tratamiento penitenciario por todo el tiempo de la nueva condena al haber resultado insuficiente el anterior. Esta idea podrá o no compartirse por múltiples motivos, pero me parece que no puede ser tachada de irrazonable ni decirse que vulnera el derecho penal de acto o el de culpabilidad porque tomando un dato objetivo obligue a cumplir en su totalidad una pena cuyo monto responde exclusivamente a la gravedad del último delito cometido y al grado de culpabilidad con el que se actuó.

Salvando las distancias, es sabido que no puede acceder a la condena de ejecución condicional quien registra una condena anterior en los términos establecidos en el art. 26 del Código Penal. También en este caso, al reglar dicho instituto, el legislador tomó como dato objetivo la existencia de una condena anterior como óbice para alcanzar el beneficio -lo que implica sufrir efectivamente pena de prisión- sin que a nadie hasta ahora se le haya ocurrido que con ello se vulnera el derecho penal de acto, el “non bis in idem” o cualquier otro principio constitucional, lo que parecería una evidente exageración.

Quiero además traer a colación la opinión que al respecto exponía el Dr. Bidart Campos sobre el tema que se trata. Decía que “... el legislador penal no está obligado a implantar el beneficio de la libertad condicional. Tiene opción para establecerlo y para no hacerlo, cualquier solución que escoja no parece que viole la Constitución ... al establecerla puede reglamentar cuándo procede y cuándo no, a qué condiciones sujeta su

## *Poder Judicial de la Nación*

otorgamiento, etc. ... si puede “no establecer” un sistema de libertad condicional, parece a su vez que, cuando benévolamente lo establece, puede negarlo en ciertos casos razonables usando la referida potestad ... tomar la reincidencia como criterio negatorio del beneficio no luce como discriminación arbitraria entre las personas condenadas, más bien parece razonable privar de ese beneficio a quien ya ha delinquido... hay suficiente razonabilidad en la decisión de impedir la libertad condicional a quien ha delinquido más de una vez, y ello sin que la no concesión de ese beneficio tenga que ser valorada como una agravación suplementaria de la pena sufrida por los delitos anteriores, o como un castigo que remplaza la pauta de seguridad del art. 18 de la constitución Nacional” (Resultan de interés al respecto los comentarios a fallos de Bidart Campos G. “Libertad condicional y reincidencia”, E.D. 118-146; idem, “Es constitucional la norma que niega la libertad condicional al reincidente”, E.D. 128-249).

Por otro lado, no puede desconocerse que hasta el día de hoy la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la constitucionalidad de la reincidencia, según los fallos mencionados por mi colega Dra. Bloch en su voto.

En lo que hace a las accesorias legales, debo comenzar diciendo que las normas legales, si se dan las condiciones necesarias para su aplicación, no pueden ser dejadas de lado sin más. Únicamente su declaración de inconstitucionalidad autoriza a hacerlo. Y sobre el punto comarto lo argumentado por la Cámara Nacional de Casación Penal cuando sostuvo que “No se ha alegado tacha alguna de inconstitucionalidad por parte del imputado ni ha expresado el a quo, en qué sentido y con qué alcance resulta contraria al texto de nuestra Constitución Nacional o a los tratados internacionales que han quedado enumerados, la norma que establece la inhabilitación inherente a la condena, que importa la privación -mientras dure la pena- de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, dispuesto en el artículo 12 del Código Penal. Claro está que no resulta suficiente a estos efectos invocar con carácter genérico la condición del hombre o la dignidad del ser humano. Se advierte que las incapacidades en cuestión representan una restricción

material para el condenado de realizar por sí mismo determinados actos jurídicos, para los cuales se prevé la designación de un curador a fin de salvaguardar sus intereses. Es decir que el fin de la norma es el de auxiliar al condenado a pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro. Es que es dable suponer que las limitaciones propias del encierro por un tiempo prolongado traen aparejadas dificultades para llevar adelante los negocios o la administración del patrimonio así como lo mejor convenga a la educación o atención de los hijos menores, lo que no ocurre con los condenados a penas privativas de la libertad de corta duración en tanto a ellos les será más fácil postergar sus decisiones hasta tanto recuperen su libertad”. (Sala IV, Causa nº 5282 “Galvan, Héctor Luis s/recurso de inconstitucionalidad”, registro nº 8161.4. del 21/12/06.)

“El fin del artículo 12 del C.P. es el de auxiliar al condenado a pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro. Es que es dable suponer que las limitaciones propias del encierro por un tiempo prolongado traen aparejadas dificultades para llevar adelante los negocios o la administración del patrimonio así como lo mejor convenga a la educación o atención de los hijos menores, lo que no ocurre con los condenados a penas privativas de la libertad de corta duración en tanto a ellos les será más fácil postergar sus decisiones hasta tanto recuperen su libertad. Para sostener que esa norma del código sustancial, resulta inconstitucional, deberá acreditarse en el caso concreto de qué manera la norma somete al causante o su familia a humillaciones o atenta contra el respeto a la dignidad de su persona; o de qué forma se opone a la finalidad esencial de readaptación social de los condenados. Por ende, si el afectado no denuncia una turbación a su dignidad personal o familiar (como podría ser la imposibilidad de cumplimiento de un deber o derecho propio de la patria potestad) o el libre ejercicio de sus derechos patrimoniales por la aplicación del mencionado artículo, no se presenta oportuno que el Estado, a través de uno de sus órganos de poder, deba de forma indeterminada y genérica conjeturar esa vulneración en el caso concreto y de allí colegir la inconstitucionalidad de la norma” (Sala IV,

## *Poder Judicial de la Nación*

Causa n° 5805 “Jerez, Carlos Alberto s/recurso de inconstitucionalidad”, registro n° 7990.4 del 27/10/06).

“El art. 12 CP no conculca los arts. 10 del PIDCyC y el 5, ap. 6, de la CADH -ambas convenciones incorporadas a la CN según art. 75 inc. 22, como tampoco resulta lesivo del art. 18 CN. La incapacidad civil dispuesta por el art. 12 CP no implica la pérdida de la patria potestad, ni de otros derechos, sino únicamente la suspensión mientras dure la incapacidad por el encierro”. (Sala III, Causa n° 13452 “Balbi, Federico B. y otros s/rec. de casación.”, registro n° 546.12.3. del 27/04/12).

Propongo entonces que se apliquen las accesorias legales en cuestión.

### **El monto de las penas que corresponde aplicar.**

**USO OFICIAL**

El Sr. Fiscal General pidió que se impusiera a **Riarte** la pena de diecinueve (19) años de prisión, accesorias legales y costas, y que se le dictara pena única de veinticinco (25) años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la aquí requerida y de la de seis (6) años de prisión que le aplicara el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 el 13 de abril de 2011 en la causa n° 3432, manteniendo la declaración de reincidencia que allí se decidiera.

A **Gatti** le requirió una condena de diecinueve (19) años de prisión, accesorias legales y costas, la que debía unificarse en un total de veinticinco (25) años de prisión, accesorias legales y costas, con la que ya registraba de seis (6) años de prisión, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 el 13 de Abril de 2011en la causa n° 3432.

Y a **Fernández**, le solicitó una condena a quince (15) años de prisión, accesorias legales y costas, la que dijo que debía unificarse con la que ya registraba de tres (3) años de prisión, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 el 20 de Setiembre de 2011, en un total de dieciocho (18) años de prisión, accesorias legales y costas.

Todas las defensas juzgaron exageradas las penas requeridas por el Ministerio Público, abogando para que fueran reducidas sensiblemente, criticando también el método matemático al que había recurrido el Sr. Fiscal

General cuando propuso las penas únicas, pidiendo que se utilizara a esos fines el método de la composición. En particular, la defensa de Riarte hizo referencia a circunstancias atenuantes que concurrían en el caso de su pupilo y que no habían sido tomadas en consideración por la acusación, mencionando entonces que su asistido era una persona joven, que se había criado en un hogar monoparental por el abandono del padre y que había sido institucionalizado desde muy joven, todo lo cual lo colocaba en una situación de vulnerabilidad frente al sistema penal.

**Riarte** será condenado por ser coautor de los delitos de robo calificado por haber sido cometido con armas cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada y por la participación de un menor de dieciocho años de edad, en concurso real con robo agravado por su comisión con armas de fuego aptas para el disparo -hechos números 2 y 6-, resultando entonces que la escala penal que le es aplicable va de los seis años y ocho meses a los treinta años y cuatro meses de prisión

**Gatti** será condenado por ser coautor de los delitos de robo calificado por su comisión con armas aptas para el disparo, en concurso real con robo agravado por su comisión con armas cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, éste último reiterado en dos oportunidades - hechos números 3, 4 y 6-, por lo que la escala penal que le corresponde va de los seis años y ocho meses a los cuarenta años de prisión.

**Fernández** será condenado por ser coautor del delito de robo calificado por el uso de armas aptas para el disparo -hecho nº 6-, que tiene prevista una pena de seis años y ocho meses a veinte años de prisión.

Como se acaba de decir, el nombrado en último término resulta condenado en relación al hecho nº 6, ocurrido en la casa de la calle Hortiguera.

En relación con él tengo por circunstancias agravantes el número de partícipes -cinco en total, cuatro que entraron en la finca y otro que los aguardaba afuera- y el de damnificados -tres-. También, la cantidad de armas de fuego que se utilizaron -cuatro-. La naturaleza de esta clase de armas y su singular potencial dañoso, con el correlativo riesgo que para la vida y la salud

## *Poder Judicial de la Nación*

de las víctimas entraña su uso, es lo que ha determinado al legislador a estipular para este delito una pena superior a la establecida para el robo cometido con otro tipo de armas. Por ello, no me parece dudosos que se pueda afirmar que a mayor cantidad de armas que se usen será proporcionalmente mayor el riesgo corrido por los damnificados y que ese mayor peligro, reitero, dado por el número de armas, debe verse reflejado en el monto de la sanción a imponer. Tratándose el imputado de un delito contra la propiedad, el perjuicio causado al patrimonio debe también ponderarse, y aquí el provocado, dando por cierto que el resto de los efectos sustraídos fue recuperado, si bien no ha sido extraordinario tampoco puede ser calificado de despreciable, ya que la suma apoderada -en el mejor de los casos para el imputado, catorce mil quinientos pesos (\$ 14.500) en moneda nacional y extranjera- es importante, sobre todo si se tiene en cuenta su valor adquisitivo a la fecha de los sucesos. La utilización de la camioneta al mando de una persona que lo aguardaba afuera también debe ser ponderada negativamente, ya que facilita notablemente la ejecución del hecho al proporcionar un medio más seguro a la hora de la huida, lo que aquí efectivamente ocurrió, ya que fue ese vehículo el que posibilitó que Fernández pudiera eludir la acción policial. Pero median además otras dos circunstancias que me parecen particularmente graves. La primera, se relaciona con el lugar donde se llevó a cabo el apoderamiento, una vivienda familiar, que constituye el ámbito de máxima intimidad de las personas y en el que debieran sentirse seguras, relajadas y a salvo de peligros provenientes del exterior; no obstante, en el supuesto que se juzga ese espacio de privacidad fue violentado por la sorpresiva intrusión de cuatro sujetos. La segunda, se refiere a que sin perjuicio de la intimidación que se ejerció sobre las víctimas a través de la utilización de las armas de fuego y las amenazas de muerte proferidas (aclaro que no estoy evaluando estas últimas circunstancias que por su naturaleza ya están insitas en el tipo penal), se recurrió también a otra clase de amenazas que otorga a la conducta un mayor disvalor. Me estoy refiriendo a las que sometieron al dueño de casa, dándole a entender claramente que si no les entregaba más dinero llevarían a su joven hija al piso superior de la finca y abusarían sexualmente de ella, llegando en un momento dado a decirle a esta última que se levantara. Una amenaza como esta, por un lado, es particularmente intimidante para un padre, quizás hasta mayor que

aquella que se le hace a su vida y, por el otro, pone de relieve la energía delictual con la que actuaban los autores en pos de su propósito de apoderamiento.

El análisis del legajo de personalidad del acusado no proporciona, a mi modo de ver, circunstancias personales de atenuación. Se trata de una persona que a la fecha tiene treinta años de edad y no presenta problemas de salud o disminución física que le dificulten la actividad laboral, la que poseía desde que trabajaba en un taller mecánico propiedad del padre, dedicándose también a la compra, reparación y venta de automóviles. Que el padre le proveyera trabajo, así como también que posea una relación de pareja estable, de la que nació un hijo, da cuenta de que también tenía una adecuada contención familiar. Su nivel cultural debe considerarse aceptable ya que cursó la educación secundaria, en su rama técnica, hasta el cuarto año.

La ponderación conjunta de todas las circunstancias expuestas me llevan a proponer al Acuerdo que se imponga a Fernández la sanción de diez años de prisión como justa respuesta del sistema penal a su comportamiento, estimando que ella consulta adecuadamente la finalidad preventivo especial de la pena.

Fernández registra una condena a tres años de prisión que le fuera impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 26 el 20 de setiembre de 2011 en orden al delito de tenencia ilegítima de arma de guerra, sentencia que quedó firme cuando el 28 de mayo de 2012 fue rechazado el recurso de casación que contra ella se interpuso, pena que vence el 15 de junio del corriente año.

Corresponde entonces proceder aquí al dictado de una condena única que comprenda los hechos de ambas causas, ya que los juzgados en estas actuaciones fueron cometidos con anterioridad a que quedara firme la sentencia mencionada en el párrafo anterior, según la segunda regla contenida en el art. 58 del Código Penal.

Estimo correcto acudir para esta tarea al método composicional, ya que su aplicación permite una mejor adecuación de la pena al otorgar mayor flexibilidad en sus resultados que la simple suma aritmética.

A los efectos antedichos tengo en cuenta la naturaleza y entidad del comportamiento sentenciado con anterioridad -tenencia de dos armas de

## *Poder Judicial de la Nación*

guerra en la vía pública (le fueron encontradas en el baúl de un automóvil en el que circulaba, con sus respectivas cargas de munición)-, lo que conjugo con lo expuesto más arriba acerca de los hechos imputados en estas actuaciones, concluyendo entonces que la pena de once años de prisión resulta suficiente sanción integral.

En cuanto a las accesorias legales, el sentido del voto mayoritario que mis colegas emitieron impide aplicarlas.

El resultado del proceso impone cargarle sus costas al procesado.

Recuerdo que **Riarte** resultó condenado con relación a los hechos números 2 y 6 -viviendas de la calle Viel 168 y Hortiguera 324-

Acerca del segundo de ellos me remito, en cuanto a las agravantes que se desprenden de la naturaleza y modo de ejecución del delito, a lo que ya expuse respecto del imputado Fernández, las que considero por completo aplicables respecto de Riarte, ya que ambos fueron tenidos por coautores del ilícito con un mismo nivel de participación.

En punto al primero de los delitos, estimo que también ahora concurre aquella agravante referida al lugar donde se llevó a cabo el robo - interior de una vivienda particular-, valorando negativamente el número de partícipes -al menos cinco que ingresaron a la finca- y el de víctimas -cinco, el matrimonio Taccari, su hija, la madre de Taccari y la empleada doméstica-. En el mismo sentido, el que se haya utilizado para el ingreso llaves conseguidas con anterioridad, lo que da también la pauta de que el hecho fue producto de una deliberación y plan previo. Igualmente, que entre los medios empleados se haya utilizado un vehículo automotor, por cuanto facilita la fuga de los autores y el transporte de lo sustraído. Me parece realmente fundamental en este caso para graduar la entidad del delito, y por consiguiente la pena a imponer, el perjuicio patrimonial causado que ha sido realmente enorme - ciento setenta y cinco mil dólares, quince mil euros y seiscientos cuarenta mil pesos-, a lo que debe agregarse el alto valor económico que razonablemente puede adjudicarse a la larga lista de joyas que fueron sustraídas. El concurso real de delitos que se le adjudica -dos hechos-, corresponde también tomarlo como agravante.

Lo que resulta de su legajo para el estudio de la personalidad da cuenta de diversas circunstancias que deben ser consideradas atenuantes. Fue criado junto a sus cinco hermanos únicamente por su madre, ya que el padre hizo abandono del hogar cuando todos eran muy chicos, sufriendo su progenitora de incapacidad visual parcial. Ello determinó que sufriera estrecheces económicas y que debiera trabajar desde joven, abandonando sus estudios secundarios cuando cursaba el tercer año, incurriendo en el delito por primera vez cuando tenía dieciocho años. Continuaba viviendo al momento de su detención junto a su familia en una casa modesta y tiene una relación de pareja estable de la que nació una hija. Su historia vital demuestra que habría tenido escasas posibilidades de incorporar adecuadas pautas de comportamiento, y que su relativa instrucción formal y la falta de alguna específica habilidad laboral le dificultan ganarse el sustento propio y de las personas que de él dependen.

La ponderación armónica de todas las circunstancias que se vienen detallando me llevan a pensar que la sanción que debe imponerse debe alejarse bastante del mínimo fijado para el caso y quedar estipulada en quince años de prisión.

Riarte registra una condena de fecha 13 de Abril de 2011 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 22 en la causa nº 3432 en orden al delito de robo agravado por su comisión con armas, a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas, declarándoselo reincidente. Corresponde entonces unificar ambos pronunciamientos en uno único, por tratarse aquí de un supuesto de concurso de delitos, desde que los que aquí se le reprochan fueron cometidos con anterioridad a la sentencia del Tribunal Oral nº 22.

Tengo entonces presente la naturaleza y modalidad comitiva del hecho por el que fuera responsabilizado en esas actuaciones, que es de corte similar a los aquí juzgados, es decir que se trató del ingreso a un domicilio particular de cuatro personas, con armas de fuego y un cuchillo, las que redujeron a sus moradores y mediante amenazas los obligaron a entregarles la suma de once mil doscientos pesos, procediendo a sustraer también diversos efectos de la casa.

Aplicando entonces el método composicional por los motivos expuestos más arriba, concluyo que diecinueve años de prisión constituyen

## *Poder Judicial de la Nación*

sanción integral bastante. Las costas del proceso, dado su resultado, deben estar a su cargo.

En cuanto a las accesorias legales, el voto coincidente de mis distinguidos colegas determinan su no aplicación, pese a que ellas fueron impuestas en la sentencia que ahora se unifica. Ello es posible en un caso como éste -condenación única-, ya que lo único que subsiste del pronunciamiento anterior son las declaraciones de hecho que contiene, asumiendo el Tribunal que dicta la unificación jurisdicción plena para establecer la graduación de las sanciones divisibles, su modalidad de ejecución, accesorias legales, declaración de reincidencia, etc. (ver el voto del Dr. Oubiña en el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, dictado en los autos “Hidalgo, Juan” el 5 de Marzo de 1990).

**USO OFICIAL**

Este enjuiciado también fue objeto de una condena dictada en la causa nº 4105 del Tribunal Oral en lo Criminal nº 4 del Departamento Judicial de La Matanza con fecha 22 de setiembre de 2008, a la pena de tres años y dos meses de prisión, recuperando su libertad el 8 de febrero de 2010 por agotamiento de ella. Por consiguiente, habiendo cumplido pena privativa de libertad, se dan las condiciones exigidas por el art. 50 del Código Penal y debe ser declarado reincidente.

**Gatti** resulta condenado, como ya se dijo, en orden a los hechos números 6 -casa de Viel 168-, 3 -vivienda de Juan Agustín García 5767- y 4 - finca de Cervantes 3340-.

En punto al hecho nº 6 reenvío a las mismas circunstancias agravantes consideradas al tratar los casos de Fernández y Riarte, aplicables por igual a Gatti ya que los tres fueron considerados coautores del delito cumpliendo papeles similares en su desarrollo.

Respecto del hecho nº 3 estimo como agravante el ingreso a una vivienda particular, haciendo remisión a lo que sobre ello dije más arriba. En el mismo sentido pondero el número de intervenientes y de víctimas -cinco y dos, respectivamente-. También en esta oportunidad y en igual dirección debe tomarse el perjuicio patrimonial causado que ha sido verdaderamente mayúsculo -doscientos ochenta y tres mil dólares y doscientos cincuenta mil

pesos-, más el resto de los efectos que se sustrajeron. No hay dudas que otorga mayor entidad al delito el hecho de que haya sido llevado a cabo a través de información obtenida con anterioridad y mediante el uso de llaves para acceder a la vivienda, lo que demuestra un cuidadoso planeamiento. Obsérvese que en dos de los casos por los que Gatti resultó condenado y en los que se sustrajeron importantísimas sumas de dinero -el número 2 y éste- el ingreso a la casa se produjo con llaves, demostrando contar los autores con información previa. Concurre aquí, por otro lado, una particularidad que merece en mi criterio ser tenida muy en cuenta a la hora cuantificar la sanción. Se recurrió para amedrentar a la víctima -más allá de la utilización de armas para intimidar, circunstancia que no valoro por estar ya incluida en el tipo penal-, a amenazas consistentes en mutilar al hijo si es que no les decía dónde escondía el dinero, separando a esos fines al hijo de su madre. Este comportamiento es sumamente cruel y pone de manifiesto el empeño y energía puestas en la tarea delictual.

Acerca del hecho número 4, tengo como circunstancias agravantes el número de partícipes -al menos seis- y de víctimas -dos-, el que se concretara el delito mediante el ingreso a una vivienda particular (me remito al respecto a lo que ya llevo dicho), la agresividad con la que actuaban los autores y el perjuicio económico causado, ya que aun dando por sentado que se encontraron la totalidad de las alhajas, las sumas de dinero que no fueron recuperadas ascendieron a las para nada insignificantes sumas de veinticinco mil pesos, cuatro mil dólares y cuatro mil coronas danesas, a más de los televisores, microondas, minicomponente y computadoras que se sustrajeron. También aquí, la utilización como medio para consumar el ilícito de al menos un vehículo automotor agrava la conducta pues facilita la fuga y posibilita trasladar bienes de cierto volumen. Naturalmente, tomo desfavorablemente el concurso real existente.

De la información que proporciona su legajo para el estudio de la personalidad resulta que se trata de un hombre de 34 años que fue criado junto a tres hermanos en el seno de una familia integrada y estable, habiendo transcurrido su infancia de manera “muy buena pero muy humilde”. Formó pareja y con ella tuvo dos hijas, además de otra nacida a raíz de una relación casual. No tiene problemas habitacionales desde que vive en una casa

## *Poder Judicial de la Nación*

propiedad de su pareja. Poseía actividad laboral en dos comercios propiedad de su familia -una parrilla y un maxi kiosco-, pudiendo entonces concluirse que todo su entorno familiar le brindaba contención. Estaba pasando estrecheces económicas, manteniendo deudas con el colegio de sus hijas y otras relacionadas con su actividad comercial. Sí debe considerarse circunstancia atenuante la adicción que dijo sufrir desde los diecisiete años y por la que realizó, sin éxito, tratamiento psiquiátrico y psicológico durante dos años, ya que es sabido que esa clase de adicciones dificultan el desarrollo de la vida personal en todas sus áreas y se constituyen muchas veces en factor criminógeno.

Valorando entonces en forma armónica la totalidad de las pautas detalladas, concluyo que la pena de dieciocho años de prisión consulta adecuadamente la gravedad y reiteración de los delitos cometidos, así como las condiciones personales del procesado y la culpabilidad con la que ha actuado.

Gatti tiene en su haber una condena a seis años de prisión que le impuso el Tribunal Oral en lo Criminal nº 22 el 13 de Abril de 2011 en orden al delito de robo calificado por el uso de armas por lo que corresponde, al igual que en los casos anteriores, dictar una condena única que comprenda los hechos de una y otra, ya que todos concurren en forma real al haber sido cometidos los juzgados en este debate con anterioridad al dictado de la condena que se debe unificar, aplicándose al caso cuanto se dijera más arriba al respecto. Pondero entonces que el hecho juzgado por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 22 es de la misma modalidad comitiva que los que aquí se debatieron, constando su descripción más arriba, ya que es el mismo por el que fuera condenado Riarte en esa misma causa.

En consecuencia, recurriendo una vez más al método composicional, entiendo que veintidós años de prisión constituyen suficiente sanción integral. Las accesorias legales no se habrán de imponer dado lo votado por mis distinguidos colegas al respecto, reenviando sobre el punto a lo que expuse al tratar la pena de Riarte.

Debe imponérsele el pago de las costas en atención al resultado del proceso.

Así lo voto.

## EL DR. BAEZ DIJO:

Me toca discrepar, respetuosamente, con el sufragio que abre el acuerdo solo en lo atingente a la constitucionalidad que proclama respecto de las previsiones del artículo 12 del Código Penal.-

Si bien es honesto destacar que, en el pasado, he avalado jurisdiccional e implícitamente, las accesorias legales un abordaje remozado de la cuestión me persuade a revindicar los esmerados argumentos de la defensa oficial y, por esa banda , propiciar la pugna que reviste la norma mencionada con el texto supremo.-

No se me oculta ciertamente que en mas de una oportunidad ( Causa “ Arguilea, Ezequiel Jesús “ rta 5/4/202; fallo publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología pag. 78 Año II, Numero 9, Octubre 2012 Ed LA LEY, entre muchas otras) he tenido la ocasión de señalar que nuestra Corte Federal, ha apontocado que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez ( Fallos 263:309 ) siendo que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad, “última ratio” del orden jurídico, ejerciéndose con carácter restrictivo y únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta, incompatible e inconciliable con ésta ( Fallos 306:325).

También que ese propio tribunal ha resuelto que las leyes deben interpretarse y aplicarse buscando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que se informan de modo que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre si por lo cual debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos ( Fallos 309:1149;307:518;314:418) .

No obstante ello, estimo prudente, en la especie, y sin perjuicio del tratamiento que se suministre en cada caso en particular, penetrar en el delgado péndulo que nos ofrece ese dicho marco excepcional y auspiciar, en este caso en concreto, la ausencia de adecuación de dicha norma con el ordenamiento supremo.-

Para ello he de analizar el primer segmento de la prohibición que germina de la manda que se cuestiona – vinculada a la aptitud patrimonial – para luego penetrar en la lindante con el estado de familia que se impide.-

## *Poder Judicial de la Nación*

Es cierto que dicha norma ha sido reivindicada por cierta doctrina en función del carácter tutelar, no represivo, que alcanzaría a la interdicción del recluso. Dicha interdicción, a juicio de ésta, deriva de la falta de libertad del penado, que finiquita cuando se extingue la pena y el sistema de incapacidad se vincula no ya con la pena misma sino con los efectos de ella ( Diaz de Guijarro, Enrique “ Capacidad Civil del Liberado Condicional “ J.A. 67-713/714; Soler, Sebastian “ Algunas Cuestiones Civiles en el Proyecto de Código Penal “ J.A. 1960-VI-112) .-

De manera invertida, estoy convencido que la propia regulación que cobija el Código Penal perfila un instituto que se entronca mas con el castigo que con la protección tutelar del penado. Creo que el propósito de la interdicción legal es esencialmente represivo y que tiene por objeto privar al condenado del ejercicio de sus derechos civiles, infligiéndose por este medio un tormento adicional.-

Su regulación como accesoria de la pena privativa de la libertad nos habla a las claras de su naturaleza retributiva. Concebir al penado como un incapaz se sustenta en una alternativa lógicamente falaz: el condenado no es por el solo dictado de la admonición una persona con inferioridad intelectual que ve menguado el ejercicio de sus derechos por carencias volitivas.-

Me parece que imponer coercitivamente un régimen como el que venimos despuntando atenta contra el derecho de propiedad cuyo resguardo descansa en el artículo 17 de la Constitución Nacional .

Desde ese sendero, puede darse la circunstancia paradojal que el condenado acceda a la libertad condicional y seguir inhabilitado al no haber expirado el tiempo de la condena.-

Mas gravosa aun sería la situación que hallándose en libertad el tribunal – en uso de sus facultades – prorrogue la inhabilitación civil.

Explican Zaffaroni, Alagia y Slokar ( Derecho Penal. Parte General pag. 948 Ediar Bs. As. 2000) que la inhabilitación para la administración de los bienes del penado es la adaptación de hogaño mas marcada de la muerte civil desaparecida en Francia en 1854 y en Baviera en 1849.-

La pena accesoria por el cual se inhabilita al recluso – colocándolo bajo la fusta del régimen de curatela – para administrar sus bienes y disponer

por actos entre vivos es inconstitucional y trasunta a considerarlo un resabio de los sistemas autoritarios lesivos a las garantías de los ciudadanos que colisionan con los derechos humano y poco tiene que ver con una disciplina de excepción que la Corte Federal ha calificado como ultima ratio ( Fallos 320:2951 )

Por esa banda, se ha resuelto que la pena accesoria impuesta por el Código Penal en orden al ejercicio de ciertos derechos civiles atenta contra la dignidad del ser humano y afecta a su condición de hombre produciendo un efecto estigmatizante, innecesariamente mortificante violatorio de los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 18 de la Constitución Nacional ( Tribunal Federal de Mar del Plata “ Andreo , Armando “ LA LEY 1998- F – 699 )

Estoy convencido que el instituto - cuya inconstitucionalidad se propugna – exhuma la antigua muerte civil incompatible con la evolución del derecho en los tiempos que corren e, incluso, con una concepción del derecho penal actual que tiende mas reparación del conflicto que a la retribución.-

Dicha ponencia, cabalga sobre territorios comunes con lo predicado por calificada doctrina en cuanto predica que el sistema de la ley es excesivo pues suple completamente la voluntad del penado puesto que pese a ser un sujeto que no es asimilable en cuanto a su incapacidad con los dementes, sordomudos o menores que carecen de voluntad ( Belluscio, Augusto – Zanonni, Eduardo “ Código Civil “. T. I pag. pag. 55 Astrea Bs. As 1993 ).-

Partamos de la base que el penado no es un alunado o un estólico ni, mucho menos, alguien que vea aniquilada las pulsiones volitivas propias de la vida comercial; por ello, si el peculio del recluso desea ser cobijado resulta mas mesurado el régimen de asistencia – prohibido por LLambias – ( Tratado de Derecho Civil. Parte General. T. I pag. 422 Abeledo Perrot 1992) por el cual el éste no es desplazado en forma mecánica de sus derechos sino llamado conjuntamente con otro al desempeño de ese ejercicio; este régimen hace ver la luz a una actividad compleja cuyo elemento psíquico está integrado por la voluntad del titular de los derechos ejercidos, completada por la voluntad de la persona que lleva a cabo su función en el marco del régimen del mandato por

## *Poder Judicial de la Nación*

el cual el penado delega en un tercero de su confianza el gobierno de sus bienes.-

Paso analizar, ahora, la segunda hipótesis; esta deja ya de vincularse con el aspecto cremastítico para anidarse en las relaciones de familia que se ven diezmadas por la accesoria en trato.-

Dese ese mirador, dejando a salvo los casos específicos en los que el tribunal deba aplicar sanciones indisolublemente ligadas al delito – por ejemplo la privación de la patria potestad ante el caso de un delito cometido por el padre en perjuicio de su hijo – su regulación automática a toda pena prisión superior a tres años implica un ejercicio habilitante del poder punitivo lesivo de derechos de raigambre constitucional ( T.O.C. Nº 15 causa 3537 “Cerreira, Diego “ rta. 11/10/2011; voto del juez Martín).-

Estimo pues que la prohibición automática de la perdida de la patria potestad, por fuera de lesionar los derechos civiles básicos del ser humano, suministrando un tratamiento mortificante del recluso, se alza contra la protección constitucional de familia.-

No me parece compatible con los dictados de la lógica limitar el vínculo del condenado con su grupo familiar cuando el reproche que aquí se canaliza lejos está de alcanzar a éste ; no debe pasar desapercibida la protección constitucional que abriga al núcleo familiar - acorde a lo preceptuado en el art. 14 bis de la Carta Magna - en cuanto introduce en el ordenamiento supremo los principios básicos relativos a la protección de la organización familiar por el Estado ( Belluscio, Augusto " Manual de Derecho de Familia " pag. 17 Depalma 1991; Tribunal Criminal Nº 1 de Morón " Torres Ruiz Diaz Adrian Marcelo " rta. 1/9/2010; fallo publicado en LLBA 2011 ( febrero ), 54 .-

Creo que el ya invocado carácter subsidiario de esta disciplina de excepción hace ver una prevalencia - al menos en este tramo - de la institución familiar – pilar básico del Estado - y la preservación de los estados parentales por sobre los fines propios de la propios de la política criminal ( Magoja, Rubén Esteban " Reflexiones sobre el avenimiento desde la política criminal "LLBA 2011 ( febrero ), 54 ) .-

Estas son las razones que me llevan a proponer que se declare, en este caso en concreto, la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal.-

Así lo voto.-

LA DRA. BLOCH DIJO:

Que comparto los argumentos y conclusiones expuestos por el distinguido colega que abrió el acuerdo, a excepción, en primer lugar, de la subsunción típica del supuesto de hecho identificado como 2, ya que no corresponde -según mi posición- aplicar la agravante genérica prevista en el artículo **41 quater** del Código Penal por las razones que seguidamente expondré.

La cuestión de la intervención de los menores ha sido nada pacífica desde su incorporación como agravante genérica en el art. 41 *quater* del Código Penal. Como toda legislación nacida con la pretensión de resolver los conflictos mediante una irreflexiva inflación punitiva, su inclusión ha generado serios problemas de interpretación, los que comparte con casi todas las agravantes genéricas, en tanto éstas han alterado claramente la estructura del Código Penal.

Considero que la interpretación más adecuada en cuanto al tipo de intervención que tiene que tener el menor, es aquélla que la circunscribe a la circunstancia de que éste sea utilizado como instrumento para evitar la punibilidad del mayor. En efecto, tal como ha indicado un sector de la jurisprudencia, no basta con el dato objetivo de la intervención del menor, sino que debe acreditarse su utilización como descarga de responsabilidad.

Creo que si solo se tuviera en cuenta como dato objetivo la presencia del menor, desprovisto de cualquier otra connotación, se llegaría a la conclusión de que el imputado vería agravada su responsabilidad por el hecho, por la mera presencia de otra persona que todavía no llegó a la mayoría de edad (lo que se asemejaría a un supuesto de responsabilidad objetiva: un autor mayor de edad que responde porque hay otro que es menor). Por el contrario, si se tiene en cuenta en líneas generales la finalidad que tuvo el legislador al sancionar la norma e introducir esta agravante -interpretación teleológica- fácil

## *Poder Judicial de la Nación*

es colegir que no fue la de calificar la conducta del autor por la mera intervención de un menor en un hecho grupal, sino la de ponderar más gravemente aquella conducta que haya tenido como finalidad descargar la responsabilidad en el menor por ser, o bien inimputable, o bien por estar sometido a un régimen penal especial más benigno, es decir como instrumento en un caso de autoría mediata (ver Vitale Gustavo, en Código Penal -dirección Baigún/Zaffaroni-, ed. Hammurabi, 2007, pág. 168; en similar sentido Cámara Criminal y Correccional, Sala I, *in re “Umaño”*, causa nro. 22.346 del 15/12/03); esta interpretación permite, a su vez, otorgarle a la norma un sentido constitucionalmente admisible.

De dicha voluntad del legislador da cuenta el debate parlamentario por cuanto mientras, por ejemplo, el senador Agúndez se refirió a la finalidad de “disuadir a los mayores para que no utilicen a los menores” como una forma de proteger a estos últimos, el senador Baglini también aludió al hecho “valerse” del menor y distinguió el caso del de los menores que ya integran bandas delictivas. Por su parte, el diputado Camaño también hizo referencia a los mayores que se “valieran” de menores para cometer delitos, del mismo modo en el que lo hizo la senadora Conti cuando propuso “apoyar un incremento de la escala punitiva cuando los mayores delincan haciendo uso de menores para causarles a los menores la represión penal, evadiendo de esa forma la acción de la justicia” y la diputada Stolbizer cuando se refirió específicamente a la “utilización de menores”. A su vez, considero que sólo de ese modo puede entenderse un aumento de la escala penal en esos supuestos que tenga algún sentido de política criminal.

Por otra parte, si bien algún sector de la doctrina propugna que -a pesar de los argumentos anteriormente reseñados- alcanzaría con la mera intervención del menor para configurar la agravante (Avaca, Martínez Astorino, entre otros), la interpretación que aquí se propicia (también sostenida por otro vasto sector de la doctrina: Vitale y López Gastón, entre otros), debe adoptarse -a mi criterio-, además, por cuanto ella resulta la más restrictiva de las exégesis posibles.

Establecida, entonces, la exigencia de una utilización instrumental del menor, es claro que ella no se encuentra presente en estos actuados. En efecto, tal como lo señaló el Dr. Chamot, en el presente se ha

configurado un supuesto de coautoría funcional en el que pudo observarse una clara división del trabajo y en el que se han distribuido los aportes necesarios para la consumación del plan (conf. Stratenwerth, op, cit., pág 404). La acción de cada uno, suponía la actividad del otro. No hay entonces subordinación a la voluntad de ninguno respecto del otro, sino un co-dominio del hecho y eso es lo que fundamenta que se impute al coautor la parte del otro (conf. Bacigalupo Enrique, *Derecho Penal -Parte General-*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 502). Precisamente, el co-dominio de los hechos no supone la ejecución personal de cada una de las acciones reprochadas, sino que todos los imputados hayan tomado decisiones que llevaron a la concreción del tipo penal. Efectivamente, el rol de cada uno de ellos está constituido de tal forma que el que aporta al hecho no aparece “como mero apoyo al obrar ajeno, sino como una parte de la actividad de todos, y las acciones de los demás, correspondientemente, como un complemento de su propia parte en el hecho” (conf. jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán [BGH], cit. por Stratenwerth, *ob. cit.*, pág. 400).

En suma: resulta improcedente aplicar la agravante al no verificarse en los hechos que Jorge Leonel Riarte haya intentado descargar su responsabilidad penal en el menor Nazareno Nahuel Campo.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí y en atención a las calificaciones legales propuestas por los colegas preopinantes, comarto todas sus consideraciones acerca de la determinación de la pena a imponer, en tanto consultan con acierto las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Tampoco he de acompañar al distinguido colega que abrió el acuerdo en lo que se refiere a las conclusiones a la que arriba con respecto a la **aplicación del art. 12 del Código Penal**. Sobre la cuestión coincido en cambio en un todo con mi también distinguido colega, el Dr. Báez. Sólo haré un par de consideraciones adicionales.

En primer lugar, resulta necesario aclarar que si bien la Dra. Blanco en su fundado alegato, simplemente solicitó que el art. 12 no fuese aplicado en forma automática, lo cierto es que hay una sola situación en la que un juez no puede aplicar una norma vigente en el ordenamiento jurídico y aquélla se configura cuando dicha norma se encuentra reñida con una de

## *Poder Judicial de la Nación*

mayor jerarquía, es decir cuando la norma resulta inconstitucional (en este particular aspecto, adhiero a las consideraciones del Dr. Chamot, más allá de no acompañarlo en sus conclusiones).

Cabe recordar que en nuestro sistema constitucional, la declaración de inconstitucionalidad se circumscribe al caso concreto. Por ello no corresponde realizar apreciaciones con respecto a los casos en los que, por otra razones, la norma guardaría conformidad con la Constitución Nacional (vgr. el supuesto en el que el padre esté condenado en razón de un delito cometido en perjuicio de su hijo. En ese caso, por ejemplo, no podrían utilizarse argumentos que aquí se esgrimirán, tales como el del "interés superior del niño", en tanto se trataría de un supuesto en el que, precisamente, el niño es "objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres", conf. en lo pertinente al art. 9.1 de la Convención sobre Derechos del Niño).

No se trata, tal como lo plantea la defensa de un caso de aplicabilidad o no de una norma en uno u otro supuesto, posibilidad con la que los jueces no contamos. Sí, entonces, debemos realizar el correspondiente control de constitucionalidad que siempre es en el caso concreto. Pese a que en la presente causa –por las razones ya mencionadas- no se ha formulado un pedido de inconstitucionalidad, lo cierto es que conforme la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la inconstitucionalidad de una norma puede declararse de oficio (*in re “Banco Comercial de Finanzas”*, Fallos 327:3117).

En este cometido, a las fundadas razones esbozadas por el Dr. Báez agrego simplemente que en la hipótesis de la suspensión de la patria potestad, no observo otro contenido sino afflictivo en el hecho de que quien se encuentre privado de su libertad por más de tres años no pueda decidir sobre cuestiones trascendentales que involucren a sus hijos menores. Dicho contenido afflictivo que implica despojar a cierto grupo de condenados de las decisiones que hacen a la crianza de los hijos menores durante el tiempo que dure la condena, no se condice ni con el trato humanitario o tratamiento humano ni con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano que debe observarse durante la ejecución de la pena conforme el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 10.1 del Pacto

Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros conf. art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Tampoco con el principio de proporcionalidad mínima de la pena en cuanto al costo en términos de afectación de derechos de los condenados.

En efecto, la histórica y anacrónica redacción del art. 12 del Código Penal -nacida bajo el ropaje de un loable objetivo tuitivo- ha devenido inconstitucional en función de la evolución del derecho constitucional de los derechos humanos, en tanto no se condice con la progresiva atenuación de los efectos del encierro que se viene propugnando modernamente desde la "Declaración Universal de Derechos Humanos" del 10 de diciembre de 1948; las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Sentenciados" (Ginebra, 1955) y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (Asamblea General ONU, 19 de diciembre de 1966, principio que ya se encuentra presente en el decreto 412/58 ratificado por la ley 14.467, actualmente contenido y profundizado por la ley 24660 en consonancia con otros documentos internacionales como las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad" (Reglas de Tokio. dic. de 1990).

Parece de algún modo un contrasentido que mientras el art. 32 de la ley 26.472 modificatoria de la ley de Ejecución Penal 24.660, prescribe que “(e)l juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: (...) f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”, arrebate al mismo tiempo a quien se encuentra privado de libertad con penas mayores a tres años, el ejercicio de la patria potestad (a su vez no logra comprenderse cómo se compatibilizan los casos en los que una persona con arresto domiciliario y que convive con el menor, tiene -al mismo tiempo- suspendido el ejercicio de la patria potestad). Por otra parte, en los restantes casos, se hace recaer en el progenitor que se encuentra en libertad, toda la responsabilidad en las decisiones -también las económicas- que involucren a los niños, debiendo así asumir -generalmente las mujeres- un doble rol parental.

La suspensión de la patria potestad en nada contribuye tampoco respecto de otros fines expuestos en los tratados antes mencionados, fines que recepta el art. 168 de la ley 24.660, que en su acápite de Relaciones

## *Poder Judicial de la Nación*

Sociales y Familiares establece que: “las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento, deberán ser facilitadas y estimuladas”. Tampoco se compadece con los objetivos constitucionales de resocialización propios de la ejecución penitenciaria (artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en función del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional). En efecto, debe tenerse en cuenta que la situación de encierro conlleva de por sí el debilitamiento del lazo familiar que debe fortalecerse en tanto derecho a mantener el vínculo familiar y a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la familia. Por ello todo lo que vaya más allá de lo imprescindiblemente necesario en cuanto a la ejecución de la pena implicaría una injerencia arbitraria. Debe tenerse en cuenta, además, que a los padres incumbe la responsabilidad primordial respecto de sus hijos menores y es por ello que los Estados deben proporcionar las herramientas para dar plena efectividad al ejercicio de esa responsabilidad a fin de dar a los niños un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (conf. art. V DADDH, 12 y 16 DUDH, 11 CADH, 17 PIDCyP, y 9, 27.1, 27.2 y 27.3 CDN), y el deber del Estado de proteger a la familia (art. 14 bis CN, 23 PIDCyP y 10 PIDESC, entre otros).

Asimismo, y si bien el concepto de “interés superior del niño” (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño) así como la exigencia de brindar una atención primordial a dicho interés superior (art. 3 de la citada Convención) han sido utilizados para justificar la más variada gama de decisiones judiciales -conceptos que se ven transformados según quien los pronuncie-, lo cierto es que suspendiendo el ejercicio de la patria potestad no sólo queda el padre a merced de las decisiones del otro progenitor sin que exista fundamento alguno de la pena que permita explicar tamaño cercenamiento -obvio, siempre que el delito no guarde relación con el menor en cuestión-, sino que se le quita también al menor de un modo indebido y desmedido, la necesaria “referencia paterna o materna”, según el caso, más allá de la que de suyo se encuentra atenuada por la condición de encierro del progenitor. A su vez, el art. 8.1 de la Convención mencionada obliga a los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar sus relaciones

familiares, las que obviamente serán mejor aseguradas en tanto ambos progenitores conserven la patria potestad sobre aquéllos. Por lo demás, también en materia de responsabilidad parental puede propugnarse lo mismo que establece la Convención de los Derechos del Niño en su art. 9.3 en cuanto a que deben respetarse los derechos del niño que esté separado de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales o contacto directo con ambos padres de modo regular.

En suma, por los motivos expuestos, adhiero al voto del Dr. Báez en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal.

Por último, y en atención al voto del Dr. Chamot, adhiero a sus consideraciones en torno a la **constitucionalidad de los arts. 50 y 14 del Código Penal**. A ello agrego que no encuentro en el instituto violación alguna a garantía constitucional (*ne bis in idem*, igualdad, principio de culpabilidad, derecho penal de acto).

En rigor de verdad, este no es el “momento oportuno” para ejercer el control de constitucionalidad respecto del art. 14 del Código Penal (*ripeness*, según el derecho constitucional estadounidense) porque el agravio al que se refiere la señora Defensora es meramente especulativo y, entonces, se configura un supuesto de “falta de madurez del caso” (Bianchi Alberto, Control de Constitucionalidad, ed. Ábaco, Buenos Aires, 199, pág. 140 ss.). Es especulativo por varias razones entre las que puede mencionarse a modo de ejemplo que al momento de estar en condiciones –temporales- de solicitar la libertad condicional el solicitante pueda no obtenerla por motivos ajenos a la reincidencia, entre muchos otros y, entonces, no sea necesario pronunciarse ni siquiera sobre la constitucionalidad del art. 14 del Código Penal.

Pero es más que eso, pues no sólo la situación fáctica que le causaría un agravio al condenado no se encuentra hoy presente y es meramente especulativa, sino que si se observa con atención, no es el art. 50 el que puede ser reputado de constitucional o inconstitucional. Por otro lado, la pretensión de que los jueces realicen el control de constitucionalidad del art. 14 del Código Penal resulta imposible, pues se trataría en puridad de un inadmisible control de constitucionalidad en abstracto. El juez estaría analizando la conformidad o no a la norma fundamental (art. 14 del Código

## *Poder Judicial de la Nación*

Penal) de una previsión legal que no aplicó en su fallo y no tendría jurisdicción para ello, ni sentido alguno que así lo hiciera.

En efecto, como adelanté al expedirme sobre la constitucionalidad del art. 12 del Código Penal, el sentido que tiene el control de constitucionalidad es el de mantener la supremacía de la Constitución Nacional. Por lo tanto el juez no debe aplicar al caso una norma que se encuentre reñida con la Ley Fundamental (conf., por todos, Bianchi Alberto, op. cit., pág. 25 ss). La única manera de que la norma que resultaría aplicable al caso no sea utilizada por los jueces -control difuso- es determinando que ella es contraria a la Constitución Nacional. El significado del control de constitucionalidad y de la declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* constituye el único modo en el que un juez no aplique una norma -obviamente en principio- aplicable al caso.

Podrá insistirse con que ello no es así porque en primer lugar la norma que se está cuestionando es la del art. 50 del Código Penal que sí resulta aplicable. Pero ello como se dijo es sólo apariencia. Creo que el instituto de la reincidencia no puede *per se* ser tratado como constitucional o inconstitucional, sino que la conclusión siempre está ligada a las consecuencias que dicha declaración trae aparejada (por ello la señora Defensora se vio compelida -si bien como dijimos no era el momento oportuno- también a solicitar la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal). Sin establecer esa relación, la reincidencia -como tal- no es más que un *nomen iuris* que sólo describe la situación en la que determinada persona condenada se encuentra. Sí es cierto que no cualquier consecuencia puede derivarse de aquella declaración y es entonces el juez en el caso concreto el que debe analizar la razonabilidad o no en el caso concreto.

Es tan claro, que el art. 50 del Código Penal nada indica con respecto a su adecuación constitucional que las distintas consecuencias a las que conlleva pueden tener distinto tratamiento. Por ejemplo, en mi caso considero que hay normas que derivan de ese estado consecuencias reñidas con el principio de culpabilidad por el hecho -arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional-, tales como, por ejemplo, considerarlas una circunstancia agravante a los fines del art. 41 del Código Penal o aquellas decisiones que toman la posible declaración de reincidencia como un obstáculo ineludible para otorgar

la exención de prisión o la excarcelación. Pero a la vez, adelanto, no veo que la previsión del art. 14 del código mencionada se encuentre reñida con la Constitución Nacional. Sobre las distintas consecuencias que apareja la declaración de reincidencia, se han visto jurisprudencialmente todas las combinaciones posibles en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los art. 41 –en el aspecto tratado- y 14 del Código Penal, lo que es -cuanto menos- un claro indicador acerca de que el art. 50 nada revela al respecto. Lo fundamental es entonces la utilización que se hace del instituto. Por lo demás, el legislador bien puede cambiar las consecuencias que acarrea la declaración de reincidencia sin que ello modifique el estado que se establece en el art. 50 del Código Penal que, en principio, es meramente descriptivo y que simplemente denota como reincidente a todo aquél que cometiere un nuevo delito punible con pena de prisión habiendo cumplido anteriormente total o parcialmente pena privativa de libertad y siempre que no hubiera transcurrido desde el vencimiento de la primera el tiempo fijado en el cuarto párrafo de la norma.

De todos modos, a manera de *obiter* dejaré brevemente planteada mi postura acerca de la previsión contenida en el art. 14 del Código Penal que, de algún modo, ya he esbozado.

En primer lugar, cabe destacar que el art. 13 del Código Penal, establece que cumplido cierto lapso, se podrá otorgar la libertad al condenado, en forma previa a haberse cumplido la pena en su totalidad (dos tercios en los casos de penas temporales). Para ello deben darse una serie de requisitos generales como el informe de la dirección del establecimiento y el informe de peritos que pronostique favorablemente la reinserción social del condenado (concordemente, art. 28 de la ley 24.660). A su vez, luego de otorgada deben cumplirse con una serie de condiciones que de no verificarse conducen a su revocación. Por lo tanto, la reincidencia (art. 14 del Código Penal) es una causa negativa más de operatividad del beneficio.

Es en el contexto de dichos factores negativos en donde debe analizarse si la condición de reincidente como extremo impedimento de acceder a la libertad condicional resulta tan irrazonable que es contrario a la Constitución Nacional (no me extenderé aquí acerca de la declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio*).

## *Poder Judicial de la Nación*

En primer lugar, resulta claro que en los supuestos mencionados pueden agruparse perfectamente pues todos ellos reposan –fundamentalmente– en consideraciones preventivo-especiales (de reintegración social). En rigor de verdad, no se trata de una mayor severidad pues con ese mismo criterio quienes no cumplen con el tratamiento penitenciario o quienes no cumplen con las condiciones de la libertad condicional deberían también considerar que se les está imponiendo una pena más severa en caso de tener que cumplirla en su totalidad (o antes de que pueda accederse a otros institutos de libertad anticipada), lo que parecería un absurdo.

Las razones preventivo-especiales que redundan en la necesidad de que no pueda accederse a la libertad condicional cuando temporalmente ello fuera posible y en la necesidad de un tratamiento penitenciario más prolongado (siempre obvio dentro de la pena impuesta) pueden ser razonablemente consideradas cuando quien se encontraba cumpliendo la pena no observó con regularidad los reglamentos carcelarios, o cuando otorgada la libertad condicional no cumplió con las reglas de conducta impuestas o por quien habiendo ya cumplido una pena de prisión anterior -total o parcial- comete un delito sin que transcurriera cierto lapso considerable. Todos esos casos reflejan y tienen como común denominador que una soltura anticipada (en estos términos) a la pena impuesta puede observarse como insuficiente a los fines de la resocialización.

La relación entre el instituto de la reincidencia y los fines de la prevención especial ya no puede discutirse en función de la actual redacción del art. 50 del Código Penal. Ella “parece descartar la teoría de la advertencia a favor de un concepto de reincidencia con contenidos de prevención especial. No se trata ya de que el autor haya desatendido la admonición que surgiría de la condena, sino que los instrumentos preventivos han fracasado (...) la condena debe haber sido ejecutada y haberse demostrado como insuficiente. Esto indica la presencia de un fundamento de resocialización en el trasfondo de la norma” (Ziffer Patricia, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 160, si bien la distinguida autora luego lo relativiza). En efecto, desde la sanción de la ley 23.057 el legislador ha adoptado el sistema de reincidencia real o auténtica, que exige que se haya cumplido total o parcialmente pena y, entonces, por ello es claro que el

instituto se relaciona ahora con el fracaso de la resocialización (prevención especial positiva). El nuevo tratamiento entonces debe cumplirse en forma suficiente. No parece entonces irrazonable que el contacto con el mundo exterior pleno en el caso de los reincidentes se dilate hasta que esté en condiciones de obtener, en su caso, la libertad asistida.

También es claro que el instituto atiende a una cuestión de prevención especial y no de proclividad delictiva porque el art. 14 no niega la libertad condicional en aquellos casos en los que una persona delinque habitualmente o en los casos en los que el delito anterior no se hubiese castigado con pena de prisión. Tampoco cuando pese ha haber cumplido pena de prisión hubiese transcurrido el término del párrafo cuarto del art. 50, pues esa norma estaría considerando que por lo menos por un tiempo razonable la pena cumplió con su efecto resocializador.

Es claro que hasta ahora el precedente del Alto Tribunal que rige en materia de libertad condicional y reincidencia es el fallo L'eveque (Fallos CSJN 311:415), pues de todos los que siempre se mencionan es el que específicamente se refiera a la restricción del art. 14 del Código Penal. Allí la Corte -en el mismo sentido que aquí se intenta argumentar- señaló que no había incompatibilidad con ninguna garantía cuando el legislador toma en cuenta [el cumplimiento] de la condena anterior, entendida ésta como dato objetivo y formal a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción penal.

Corresponde señalar que esta es la jurisprudencia actualmente vigente, toda vez que, recientemente -el 5 de febrero de 2013- la Corte en la causa "Gómez" tuvo oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre la cuestión y, es de toda evidencia, que en tanto utilizó la fórmula del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no encontró siquiera que hubiese configurado una cuestión federal suficiente; por el contrario la aplicación de dicha fórmula da cuenta de la “falta de agravio federal suficiente” o de la existencia de una “cuestión insustancial o carente de trascendencia” (no puede predicarse lo mismo respecto del fallo dictado en la misma fecha *in re* “Alvarez Ordóñez”, toda vez que allí la mayoría del Tribunal rechazó el recurso por considerar que éste no cumplía con el

requisito de fundamentación autónoma). Debe recordarse que una cuestión federal es considerada “insustancial” o “baladí” cuando ella ha sido resuelta conforme a una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema en sentido contrario al planteado por el recurrente, sin que éste aporte argumentos capaces de modificar la doctrina resultante de tal jurisprudencia (conf. Lino Palacio, *El recurso extraordinario federal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 210). Por el contrario, sólo el juez Zaffaroni –quien no fue acompañado por sus pares– consideró que la sentencia dictada en el caso Gómez sí suscitaba “cuestión federal suficiente”, en tanto se planteaba un conflicto en una norma de derecho común (art. 14 del Código Penal) y normas de la Constitución Nacional (art. 18 e instrumentos internacionales incorporados a ella), concluyendo en el considerando 40, que la norma debía considerarse inconstitucional pues demostraba “un trato diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de la persona que exceden el hecho y se enmarcan dentro del derecho penal de autor” (causa G:506.XLVII, *in re* “Gómez, Humberto Rodolfo”).

Del mismo modo votó la Corte en sucesivos fallos, reafirmando la mayoría mediante la aplicación del “280”, que no se configuraba “cuestión federal suficiente” (a modo de ejemplo cabe citar los Fallos B.687 “Beiro, Carlos José” del 12 de marzo de 2013, P.295 “Pérez Brown” y G.732 “Gómez, Armando Hugo” del 26 de marzo de 2013).

A su vez, el juez Petracchi, que fue el único Ministro que se pronunció sobre la reincidencia simple en el caso “Gramajo” reafirmó la constitucionalidad de la norma en tanto sostuvo en lo que aquí interesa “que si bien es cierto que esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia … como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14 del Código Penal) sin ver en ello una violación al *non bis in idem*, no se debe perder de vista que el ‘ajuste’ del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella” (énfasis agregado).

Es por ello que no alcanzo a comprender cómo se relaciona el obstáculo del art. 14 del Código Penal con una vulneración al principio de culpabilidad por el hecho. Me explico. Si tomamos, por ejemplo, a Roxin como posición más difundida acerca de la cuestión de los fines de la pena, es claro que acerca de la función limitativa del principio de culpabilidad, nos dice que “la pena no puede ir más allá de la medida de la culpabilidad en su duración” (Roxin Claus, Fin y Justificación de la pena y de las medida de seguridad, en AAVV, Determinación Judicial de la Pena, ed. Del Puerto, 1993, pág. 38). Así ha señalado también –a diferencia de un punto de vista netamente retributivo- que “no existe objeción alguna desde el punto de vista teórico-penal en contra de una pena cuyo monto permanezca por debajo de la medida de la culpabilidad” (Roxin, ob. cit., pág. 39). Entonces el juez al mensurar la pena a imponer tendría como límite que se deriva de la dignidad humana el no imponerle más pena al condenado que la que su hecho merece; es decir el reproche no puede exceder la medida del injusto objetivo. Este principio también considero que se dirige al legislador que tampoco podría incrementar escalas penales en abstracto en función de la reincidencia (reproche de culpabilidad entonces no sólo como medida sino como fundamento mismo de la pena).

Ahora bien, conforme este principio -y según mi criterio- ante un mismo hecho cometido por quien es reincidente y por quien no lo es, no podrían ser pasibles de distinta penalidad en función de dicha condición pues ello implicaría agravar la pena por razones ajenas a la culpabilidad del agente (si bien algunos autores consideran -a mi entender erróneamente- que la condición de reincidente hace también a la culpabilidad).

Mas una vez establecida la pena en función del principio de culpabilidad por el hecho como límite máximo, no hay razón alguna para que quienes no son reincidentes, cuenten con un buen informe carcelario y además luego cumplen con las reglas de conducta impuestas pueda acceder a este derecho “más beneficioso” en función de un criterio preventivo especial (ya vimos que allí radica su origen), en tanto esas razones autorizan a pensar que fue logrado el factor “resocializador”, “beneficio” que, entonces cuanto menos, se ubica por debajo de su culpabilidad por el hecho. Mas constituye una falacia sostener que a quienes no acceden a esta soltura anticipada, se los

## *Poder Judicial de la Nación*

está penando con una pena superior a la de su culpabilidad por el hecho cuando –precisamente- la pena que cumplen, fue aplicada teniendo como límite máximo tal principio y entonces impuesta de modo ajustado a su culpabilidad (y, aun menos, cuando con buen criterio el legislador posibilita, por ejemplo, el acceso a la libertad asistida). En esa misma falacia incurren aun quienes no hablan de un agravamiento de pena sino de un agravamiento de “la respuesta institucional punitiva del Estado” como se ha extendido en un sector de la doctrina. Es claro que el modo en que se ejecutan las penas ya no está condicionado por el principio de culpabilidad por el hecho.

Ni siquiera desde un punto de vista preventivo general quien comete un delito podría argumentar que tuvo en cuenta que la pena aplicable en su caso sería, por ejemplo, en el caso de las penas temporales, la de dos tercios de la pena que le correspondería. A su vez, hemos visto que existen otros factores –todos ellos fundados en necesidades de prevención especial- que no permiten asegurar una suerte de “libertad condicional” automática.

En suma: el modo concreto de ejecución de la pena se rige por motivos preventivo especiales y bien puede pensar el legislador que quien es reincidente necesita de mayor- ya no pena- sino tratamiento. En efecto “(e)l art. 14 en juego con el art. 50 del CP establece una forma para el tratamiento penitenciario pero no modifica ni incrementa la pena que como reproche se ha impuesto al condenado” (in re “Actis”, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, reg. 17892, rta. el 9 de febrero de 2011).

Por las razones expuestas, el imputado Riarte debe ser declarado reincidente (art. 50 del Código Penal).

Así voto.

Tales son, entonces, los fundamentos por los cuales el Tribunal, de conformidad con lo establecido por los arts. 396, 398, 399, 401, 402, 403, 530 y concordantes del Código Procesal Penal -por mayoría en relación con la calificación legal del hecho nro. 2 y la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal- ha

**RESUELTO:**

**I. HACER LUGAR** al planteo de nulidad deducido por la defensa del imputado Jorge Leonel Riarte, respecto del alegato formulado por la querella con relación al hecho identificado como nro. 2, alegato que en consecuencia se declara inválido (art. 166 y ccs. del Código Procesal Penal de la Nación).

**II. RECHAZAR** la nulidad parcial articulada por el Señor Fiscal General respecto del alegato de la defensa del imputado Jorge Leonel Riarte con relación al hecho nro. 6 (art. 166 y ccs. “contrario sensu” del Código Procesal Penal de la Nación).

**III. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 12 del Código Penal de la Nación.

**IV. CONDENAR a CRISTIAN GUSTAVO GATTI**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, **a la pena de dieciocho años de prisión, y costas**, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de armas aptas para el disparo -hecho nro. 6-, en concurso real con robo calificado por haber sido cometido con armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada - hechos nros. 3 y 4- (arts. 29, inc. 3º, 45, 55, 166, inc. 2º, primer y segundo párrafo del Código Penal).

**V. DICTAR a CRISTIAN GUSTAVO GATTI**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, **CONDENA ÚNICA de veintidós años de prisión y costas**, comprensiva de la pena impuesta en el punto dispositivo anterior y de la pena de seis años de prisión y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 22 el 13 de abril de 2011, en el marco de la causa nro. 3432 (art. 58 del Código Penal).

**VI. ABSOLVER a CRISTIAN GUSTAVO GATTI**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, de los delitos de asociación ilícita -hecho nro. 1-, robo calificado por el uso de armas aptas para el disparo -hecho nro. 5- y encubrimiento -hecho nro. 8- por los que fue acusado en el debate.

**VII. CONDENAR a RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, **a la pena de diez años de prisión y costas**, por considerarlo coautor penalmente responsable

## *Poder Judicial de la Nación*

del delito de robo calificado por el uso de armas aptas para el disparo -hecho nro. 6- (arts. 29, inc. 3º, 45, 166, inc. 2º, primer párrafo del Código Penal).

**VIII. DICTAR a RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, **CONDENA ÚNICA de once años de prisión, y costas**, comprensiva de la pena impuesta en el punto dispositivo anterior y de la pena de tres años de prisión y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 26 el 20 de septiembre de 2011, en el marco de la causa nro. 3402 (art. 58 del Código Penal).

**IX. ABSOLVER a RODRIGO MARTÍN FERNÁNDEZ**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, de los delitos de asociación ilícita -hecho nro. 1-, robo calificado por el uso de armas aptas para el disparo -hechos nros. 4 y 5-, por los que fuera acusado en el debate y en orden al delito de robo calificado por el uso de armas cuya aptitud para el disparo no pudo demostrarse -hecho nro. 3- y encubrimiento -hecho nro. 8- por los que viniera requerido a juicio.

**X. RECHAZAR** el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa del acusado Jorge Leonel Riarte respecto de los arts. 14 y 50 del Código Penal.

**XI. CONDENAR a JORGE LEONEL RIARTE**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, **a la pena de quince años de prisión y costas**, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por haber sido cometido con arma cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse y por la participación de un menor de dieciocho años de edad -hecho nro. 2- en concurso real con robo calificado por el uso de armas aptas para el disparo -hecho nro. 6- (arts. 29, inc. 3º, 41 quater, 45, 55, 166, inc. 2º, primer y segundo párrafo del Código Penal).

**XII. DICTAR a JORGE LEONEL RIARTE**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, **CONDENA ÚNICA a la pena de diecinueve años de prisión y costas**, comprensiva de la pena impuesta en el punto dispositivo anterior y de la pena de seis años de prisión y costas decidida por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 22 el 13 de abril de 2011, en el marco de la causa nro. 3432 (art. 58 del Código Penal)

**XIII. DECLARAR a JORGE LEONEL RIARTE REINCIDENTE** con relación a la condena impuesta el 22 de septiembre de

2008 en la causa N° 4105 del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 4 del Departamento Judicial de La Matanza (art. 50 del Código Penal de la Nación).

**XIV. ABSOLVER a JORGE LEONEL RIARTE**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, de los delitos de asociación ilícita -hecho nro. 1-, robo calificado por el uso de armas cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse -hechos nros. 4 y 5- por los que fuera acusado en el debate y robo con armas cuya aptitud para el disparo no pudo acreditar -hecho nro. 3- por el que viniera requerido a juicio.

**XV. ABSOLVER a JORGE LEONEL RIARTE**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, del delito de encubrimiento –hecho nro. 8-, por el que viniera requerido a juicio.

**XVI. ABSOLVER a MATÍAS NICOLÁS LACOSTE**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, de los delitos de asociación ilícita –hecho nro. 1-, robo con armas aptas para el disparo cometido en forma reiterada -hechos nros. 4, 5 y 6- por los que fuere acusado en el debate y en orden a los delitos de robo calificado por el uso de armas cuya aptitud para el disparo no pudo demostrarse -hecho nro. 3- y encubrimiento -hecho nro. 8- por los que viniera requerido a juicio, sin costas.

**XVII. ABSOLVER a HECTÓR FABIÁN LLANES**, de las restantes condiciones personales obrantes en autos, del delito de asociación ilícita -hecho nro. 1-, por el que fuere acusado durante el juicio.

**XVIII. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al planteo de nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio de fs. 3738/3758 en lo que a este imputado se refiere en orden a los hechos allí individualizados con los nros. 4, 5 y 6 y en consecuencia **ABSOLVER** al nombrado **LLANES** en orden al delito de robo calificado por el uso de armas aptas para el disparo cometido en forma reiterada -hechos nros. 4, 5 y 6- por los que en carácter de partícipe secundario fuere acusado durante el debate.

Notifíquese, insértese en el Registro de Sentencias del Tribunal, firme que sea practíquese cómputo, comuníquese a quienes corresponda y oportunamente ARCHÍVESE.

*Poder Judicial de la Nación*

/// GUEN LAS FIRMAS

ANTE MÍ:

Déjase constancia que en el día de la fecha, constituido el Tribunal en la Sala de Audiencias, el Sr. Presidente procedió a dar lectura de la sentencia que antecede. Secretaría, 22 de Abril de 2013.

USO OFICIAL