

*Cámara Nacional de Casación Penal*

**Registro Nro.:** 114/11

///la ciudad de Buenos Aires, a los **25** días del mes de febrero de dos mil once, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dra. Liliana Elena Catucci, Dr. W. Gustavo Mitchell, y Dra. Angela Ester Ledesma, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la *causa n° 12.792* caratulada "*ARIAS, Walter Elvio; GONZÁLEZ, Yurika Solange; GONZÁLEZ MUÑIZ, Iván Marcelo s/recurso de casación*", con la intervención del Sr. fiscal ante esta Cámara, Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, de la Defensora Oficial en esta instancia, Dra. Laura Beatriz Pollastri -por la asistencia técnica de Walter Elvio Arias-, y del Dr. Jorge Eduardo Madariaga Sánchez, por la defensa de Yurika Solange González y de Iván Marcelo González Muñiz.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan sus votos, resultó que debía observarse el orden siguiente: Ledesma, Catucci y Mitchell.

La señora juez *Angela Ester Ledesma* dijo:

**PRIMERO:**

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de esta ciudad, resolvió "*I.- CONDENAR a WALTER ELVIO ARIAS...por considerarlo coautor, penal-mente responsable, de la tentativa del delito de robo agravado por el uso de un arma de fuego en concurso real con el de portación de un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, agravada -por mayoría de votos-*

*por registrar antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, este último en calidad de autor, a la pena de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (arts. 12, 29 inciso 3º, 42, 44, 45, 55, 166, inciso 2º -segundo párrafo- y 189 bis, inciso 2º -tercer y octavo párrafo- del Código Penal y 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).”.*

*“**III.- CONDENAR a IVÁN MARCELO GONZÁLEZ MUÑÍZ...**por considerarlo coautor, penalmente responsable, de la tentativa del delito de robo agravado por el uso de un arma de fuego, a la pena de **SEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (arts. 12, 29 inciso 3º, 42, 44, 45 y 166, inciso 2º -segundo párrafo- del Código Penal y 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).*

***IV.- CONDENAR a YURIKA SOLANGE GONZÁLEZ...**por considerarla coautora, penalmente responsable, de la tentativa del delito de robo agravado por el uso de un arma de fuego en concurso real con el delito de defraudación mediante el uso de una tarjeta de crédito reiterado en seis oportunidades, los cuales concurren de forma real entre sí, este último en calidad de autora, a la pena de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (arts. 12, 29 inciso 3º, 42, 44, 45, 55, 166, inciso 2º -segundo párrafo- y 173, inciso 15º del Código Penal y 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).” -fs. 482/505-.*

Contra este decisorio, interpusieron recursos de casación, el Dr. Madariaga Sánchez y la Defensora Oficial, Dra. María Leonor Narvaez (en representación del sindicato Arias) -fs. 520/531 y 532/559, respectivamente-, los que fueron concedidos

por dicho tribunal a fs. 562/563, y mantenidos a fs. 570 y 572.

**SEGUNDO:**

\_\_\_\_\_ Los impugnantes, introducen los agravios que se detallan a continuación.

a) El Dr. Madariaga Sánchez, con invocación de las causales previstas en ambos incisos del art. 456 del código de forma, expone los siguientes planteos.

1- En primer lugar, afirma que en la sentencia examinada se desconocieron las reglas que hacen a la sana crítica racional en la valoración de las pruebas, alegando que *“Yurika Solange González no tuvo participación alguna sobre el hecho aquí traído a estudio y su hermano Iván Marcelo González, fue utilizado por Walter Arias, ex compañero sentimental de la primera nombrada, aparentemente sólo con el fin de provocar un susto a Yurika, para que no se produjera...la relación sentimental con Gornatti...”*, y que *“la circunstancia que apareciera en la casa de Iván González, el imputado Arias fue un hecho no planeado, lo cual si fue aprovechado por este último utilizando al hermano de quien había sido su pareja en un tiempo anterior, para continuar un acoso hacia Yurika González.”*.

Agrega que las pruebas producidas en el debate público, concretamente los testimonios brindados por la víctima, el testigo Cristian Rafael Ledesma y los preventores Darío Piergiacomini y Alejandro Otero, evidencian la ajenidad de sus asistidos respecto del suceso que damnificó al susodicho Gornatti, quedando asimismo acreditada la utilización de los hermanos González, por parte del imputado Arias, para llevar a cabo su designio.

En definitiva, solicita que se disponga la absolución de

los sindicados Yurika e Iván González, en orden al delito de robo agravado por el uso de arma -tentado-, y que se determine una nueva sanción para la nombrada en primer término, *“en cuanto al delito de defraudación mediante el uso de una tarjeta de crédito reiterado en seis oportunidades, aplicándosele...el mínimo de la pena establecida para el delito referido, ordenándose a su vez su inmediata libertad.”*.

2- En segundo lugar, asevera que las sanciones impuestas a sus representados son arbitrarias, puesto que el tribunal excedió los respectivos montos punitivos requeridos por la fiscalía, en clara violación a las garantías de defensa en juicio e imparcialidad del juzgador.

Por ello, pide que se determinen nuevas penas, atendiendo a *“la carencia de antecedentes penales...”*, y a *“la calidad de primario de [sus] defendidos como diminuyente de pena en los términos del art. 40/41 del C.P...”*.

Formula expresa reserva del caso federal.

b) La Dra. Narvaez, basada también en los dos motivos regulados en el art. 456 ibidem, incorpora las críticas que en adelante se puntualizan.

1- En principio, sostiene que la pena inflicta al encartado Arias es arbitraria, dado que el *“modo en que el tribunal presenta las cuestiones que considera agravantes no resultan suficientes para explicar o dar cimiento a la imposición de una pena...en un delito tentado que supera el mínimo de la prevista para el delito consumado.”*.

Añade que, *“sin intención de quitarle entidad al suceso...”*, los magistrados *“perdieron de vista cual es el fundamento de punibilidad de la tentativa. En otras palabras, la*

*ausencia de la producción del resultado disvalioso repercute directa y proporcionalmente en la asignación del reproche penal.”.*

Argumenta asimismo, que si bien es cierto *“que existieron algunas cuestiones que determinan que este no sea un simple robo con armas.”*, aludiendo *“al golpe recibido por la víctima durante el desarrollo y la circunstancia de haber resultado un episodio planeado.”*, tales aspectos no justifican superar el doble de la escala penal aplicable al caso.

Considera que el tribunal descalificó arbitrariamente la confesión efectuada por el encausado Arias, asegurando que *“No es cierto que lo hizo para favorecer a la coprocesada Yurika...”*, sino que su intención fue la de admitir su responsabilidad.

Manifiesta que además, los magistrados ponderaron el daño psicológico que implicó en la víctima, la utilización de un arma de fuego, extremo éste que integra el tipo penal involucrado, incurriendo de tal modo en una doble valoración del mismo ítem.

Por último, asegura que los Sres. jueces aplicaron un monto de pena superior al solicitado por el acusador público, constatándose un grosero menoscabo al *“derecho de defensa en juicio, materializado acá en el llamado principio contradictorio, sin perjuicio de otros problemas que pueden estar involucrados (por ej. la garantía de imparcialidad del juez y el principio acusatorio como su derivado, y la titularidad y la posible disponibilidad de la acción penal).”*.

**2-** En otro orden de cosas, alega que por imperativo del principio de legalidad, no resulta aplicable al caso la figura legal agravada contenida en el art. 189 bis, inc. 2º -último párrafo-, del código adjetivo, *“en razón de que el hecho que motivó el antecedente condenatorio que ahora se le pretende hacer valer fue*

*anterior a la entrada en vigencia de la ley 25886 que introdujo la modificación que ahora [le] agravia.”.*

3- Por otro lado, sostiene que ante el supuesto de no tener favorable recepción el criterio anterior, se debe tener en consideración que *“la agravante que contiene la citada normativa no es compatible con la Constitución Nacional y con el derecho penal de autor, que pune conductas y no la peligrosidad del autor.”.*

Agrega que el dispositivo en cuestión, transgrede los principios de culpabilidad, inocencia, proporcionalidad y *ne bis in idem*, dado que la agravación de la pena no se funda en el hecho cometido por el agente, sino en hechos anteriores, por los cuales ya fue juzgado y sancionado; por ende, solicita en forma subsidiaria, que se declare la inconstitucionalidad de la norma señalada.

4- Por último, asegura que entre los delitos de portación de arma de fuego y el de robo agravado por esa misma circunstancia *“existió una coincidencia de tiempo, modo y lugar, en cuanto a que todo el tiempo en el que Arias portó el arma en cuestión coincidió con el robo, de modo tal que debe considerarse esa portación como concomitante con el robo, quedando así absorbida por éste último por mediar un concurso aparente de delitos.”.*

Alega además, que *“se ha afectado el principio de congruencia y en, consecuencia, el derecho de defensa de Arias...”*, en tanto que las *“circunstancias anteriores e independientes del robo armado y sobre las cuales en definitiva recae la condena por portación...”*, no fueron debidamente intimadas en el requerimiento de elevación a juicio, constituyendo ello *“la atribución de un hecho nuevo, que no guarda identidad con aquél por el cual la causa fue*

*elevada a juicio.”.*

Formula expresa reserva del caso federal.

**TERCERO:**

a) Durante el término de oficina, se presenta el Dr. Madariaga Sánchez, a los fines dispuestos en los arts. 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, quien -en esencia- reedita las críticas y solicitudes reseñadas -fs. 577/588-.

b) A la audiencia prevista en el art. 468 del código de forma, asistieron la Dra. Pollastri y el Dr. Madariaga Sánchez, junto a sus asistidos Yurika e Iván González. Ambas defensas informaron oralmente, iterando -en substancia- las objeciones arriba anotadas, y agregando el letrado aludido en último término, que su representada fue condenada por el delito de defraudación en forma reiterada, cuando a su ver se trata de un sólo hecho (conf. acta de fs. 600).

Asimismo, la Dra. Pollastri acompañó breves notas, reiterando los reproches señalados (596/599). En este contexto, las actuaciones quedan en condiciones de ser resueltas.

**CUARTO:**

Adelanto que las pretensiones introducidas por las defensas, deberían tener favorable acogida parcial, con los alcances y por los motivos que seguidamente se expondrán.

Es preciso destacar liminarmente, previo a tratar las cuestiones que habilitaron esta instancia revisora, que el Dr. Madariaga Sánchez pretende incorporar un nuevo agravio en la ocasión indicada en el art. 468 ibidem, atingente al delito de defraudación -reiterado en seis oportunidades-, por el que viene condenada la aludida Yurika González, sin exponer mayores fundamentos para sustentar su postura, limitándose tan sólo a formular aquella aseveración.

Por ello es que, toda vez que no se avizora en la sentencia examinada, ningún supuesto de arbitrariedad en lo decidido sobre el particular, deviene inadmisibile tal aserto.

a) Aclarado el aspecto precedente, en primer lugar, y para una más adecuada comprensión del caso traído a estudio del Tribunal, compete recordar cuáles fueron los hechos ilícitos que los Sres. magistrados tuvieron por probados en la sentencia examinada, y que fueron objeto de crítica por los impugnantes.

En tal cometido, se destaca que allí se precisó que *“los imputados Walter Elvio Arias, Yurika Solange González y Iván Marcelo González, procuraron apoderarse, ilegítimamente, de cosas muebles ajenas pertenecientes al damnificado Marcelo Gabriel Gornatti, mediante intimidación, violencia física en las personas y utilizando para ello, un arma de fuego cargada y en condiciones inmediatas de uso -con la que inclusive lo golpearon en la cabeza-, suceso que tuvo lugar en la madrugada del 14 de junio de 2009, en el interior del departamento sito en calle Hipólito Yrigoyen 3371, piso sexto “c”, de esta ciudad.*

*Se ha determinado que la víctima y Yurika Solange González comenzaron a relacionarse varias semanas antes del hecho vía mensaje de texto e Internet, hasta que la noche -aproximadamente a las 23.00- del 13 de junio del año 2009, la encausada le pidió a Marcelo Gornatti si podía concurrir a su domicilio, para lo cual éste, luego de acceder, le suministró su dirección.*

*Al cabo de aproximadamente una hora y media, Yurika Solange González arribó a la calle Hipólito Yrigoyen 3371, de esta ciudad, a bordo de un vehículo de alquiler de capital, para ser recibida por...Gornatti, en la entrada del edificio, quien, inclusive,*

*procuró abonar el costo del traslado, el que, finalmente fue saldado por la procesada. Así, ambos ascendieron hasta el piso 6 “c”, en donde el nombrado le ofreció a su invitada algo para tomar. Sin quitarse la campera, Yurika Solange González rechazó aquellos ofrecimientos, para comenzar a reclamar que saliesen a la vía pública en busca de unos “chicles” y “cerveza”, bebida de la que carecía el damnificado. Antes de descender, la procesada recibió un llamado telefónico, muy corto, y luego ambos bajaron del departamento y se dirigieron hasta un restaurante que se encuentra en la esquina, el que encontraron cerrado, debido a lo avanzado de la hora. Ello motivó que emprendan ambos el regreso hasta el edificio.*

*Se ha determinado también que una vez que la pareja se encontraba en la vía pública, la encausada recibió o realizó un par de llamadas muy cortas y que, frente a la puerta del edificio, la víctima fue sorprendida por dos personas de sexo masculino - Walter Elvio Arias ex pareja de la imputada y su hermano, Iván Marcelo González Muñiz-, quienes, a punta de revólver y previo a empujarlos, los introdujeron dentro del “hall” del inmueble. A partir de allí, los trasladaron hasta el interior del domicilio del damnificado.*

*Una vez dentro del inmueble...Gornatti fue obligado a tirarse en la cama para ser atado en sus manos con el cable de una licuadora, el que previamente, Iván Marcelo González Muñiz, cortó a instancias de su compañero...Arias, a la vez que comenzaron a requerirle, al damnificado, la entrega de sus objetos de valor. Se ha determinado que ambos imputados comenzaron a revolver todo el pequeño departamento en búsqueda de lo ajeno, mientras la procesada, que siempre se mantuvo ajena a la situación y nunca*

*dio a conocer aquellas relaciones a...Gornatti, quedó sentada en un sillón, para luego ser trasladada a su lado.*

*También se ha determinado que, para obtener los objetos que buscaban...Arias, quien en todo momento portó un arma de fuego cargada y en condiciones inmediatas de uso, golpeó con aquel elemento contundente a...Gornatti en su frente, sitio del que comenzó a emanar abundante sangre. Inclusive, esta persona, que vestía con un buzo color blanco, le colocó el arma de fuego en los glúteos a la víctima, a la vez que le refería que abusarían sexualmente de “su novia”, si no les indicaba el lugar donde guardaban sus cosas.*

*Se ha determinado que Iván Marcelo González Muñiz, el hermano de la procesada, además de haber cortado el cable del electrodoméstico para atar a la víctima, también junto a su consorte de causa, guardaba los objetos que encontraba dentro de unas valijas pertenecientes a la víctima. Este individuo, en determinado momento, pretendió salir del departamento para reingresar enseguida alertando a sus compañeros sobre la presencia de personas en el edificio, circunstancia que motivó que bajasen las persianas y le indicasen que guardase silencio.*

*Se ha establecido que, luego de ello...Arias y Yurika Solange González, abandonaron el departamento para dejar al hermano de esta última solo con...Gornatti, con la expresa indicación de referirle, eventualmente, al personal policial que arribe al lugar, que ambos eran víctimas de un delito.*

*Aquella pareja, es decir, Arias y Yurika González, descendieron hasta la planta baja del edificio en donde, previo alegar un par de excusas que no pasaron inadvertidas para el personal policial, quienes se encontraban junto al esposo de la*

*encargada del edificio -Luis Eduardo Yanes- y el testigo Cristian Ledesma, procedieron a la detención de los nombrados, a quienes se les secuestraron...objetos pertenecientes al damnificado, tales como las llaves de su casa, un teléfono celular y dinero.*

*A su vez, el personal policial, en compañía de los testigos antes citados, se presentó en el departamento del damnificado y, luego de golpear la puerta, fueron atendidos por Iván Marcelo González Muñiz, quien alegó, sin éxito, ser el dueño.*

*Finalmente, se detectó que dentro del departamento se encontraba...Gornatti, maniatado en su cama y sangrando, y que allí se produjo la detención de Iván Marcelo González Muñiz. En el interior del inmueble de la víctima, se logró el secuestro del arma de fuego utilizada en la ocasión, la que fue hallada, cargada, debajo de un sillón, y de los efectos aludidos en el acta de fs. 7, entre los que se encuentran, además de un teléfono celular, una campera negra, un reloj y una cadena plateada, que luego fue reconocida por la víctima.” -fs. 488/489 vta.-.*

*Asimismo, se indicó en el fallo que “se ha establecido que...Arias portó, sin autorización legal alguna y antes de que tuviese principio de ejecución el hecho antes relatado, el revólver marca “Rubi Extra”, calibre 32 largo, número 90148, el que fue hallado cargado con seis cartuchos y en condiciones inmediatas de uso, arma de fuego que utilizó, para procurar consumar el hecho antes relatado.” -fs. 489 vta.-.*

**b)** En segundo lugar, y observados los términos en que han quedado planteados los reproches por las defensas, corresponde a continuación repasar el modo en que el tribunal tuvo por cierta la responsabilidad penal que les cupo a los encartados Yurika Solange González e Iván Marcelo González Muñiz en el delito de robo

juzgado, a fin de determinar si tal aspecto resulta ser la derivación lógica y razonada de las constancias de la causa, o si -como lo denuncia la asistencia técnica de los nombrados- se constata la existencia de una violación a las reglas que hacen a la sana crítica racional, en la valoración de las pruebas -arts. 123, 398 y 404 inc. 2º del C.P.P.N.-.

Cabe destacar que los magistrados, para tener por acreditados estos tópicos, ponderaron -entre otras cosas- las declaraciones vertidas en el debate público por el damnificado Marcelo Gabriel Gornatti, el testigo Cristian Rafael Ledesma, el esposo de la encargada del edificio en el que ocurrió el suceso -Luis Eduardo Yanes-, los funcionarios policiales Darío Piergiacomini y Alejandro Otero, actas de detención y secuestro, vistas fotográficas, y demás elementos de convicción detallados a fs. 489 vta./493, donde me remito para abreviar.

Ante tal plexo probatorio, los sentenciantes destacaron liminarmente -en lo que aquí interesa resaltar-, la relación previa que se fue gestando entre la imputada Yurika González y el damnificado Gornatti, a través de mensajes de texto, y que le sirvió a la nombrada para obtener determinados datos útiles para llevar a cabo el designio criminoso, como por ejemplo *“sabía que el damnificado se encontraba solo en su casa...”*.

Seguidamente, marcaron que resultó revelador a los fines de determinar el rol que cada encausado llevó a cabo en el episodio, el relato efectuado por el aludido Gornatti, los elementos incautados en poder de aquéllos, la vestimenta que llevaban puesta al momento de ser detenidos, y los dichos de los testigos, precisando que *“Walter Elvio Arias, quien vestía buzo blanco, fue el más violento de los imputados, el que golpeó a la víctima en su*

*frente con el arma de fuego que portaba...”, y que “Iván Marcelo González, si bien mantuvo durante el desarrollo de los acontecimiento una actitud menos agresiva, fue quien, cumpliendo las indicaciones de Arias, ató a la víctima a la cama con el cable de un electrodoméstico...y quien, junto a su consorte de causa, se encargó de revisar todo el departamento en búsqueda de objetos de valor. El nombrado fue el individuo que permaneció con el damnificado cuando sus compañeros...decidieron abandonar el inmueble una vez advertida la presencia policial. También fue la persona que abrió la puerta a la policía cuando ésta, con el esposo de la encargada del edificio, se presentó en el departamento de la víctima.” -fs. 493 vta./494-.*

*Además, puntualizaron que “Yurika Solange González, fue la encargada de gestar la relación de confianza con el incauto damnificado; simuló ser víctima de la sustracción cuando fue “abordada” por su propio hermano y su ex pareja en la puerta del edificio; quien mantuvo una actitud pasiva dentro del inmueble durante todo el desarrollo del accionar delictivo; quien dio a entender, en todo momento, que nada tenía que ver con el asunto y quien, inclusive, procuró trasladar la responsabilidad penal hacia sus consortes de causa cuando ya el esclarecimiento de los hechos era inminente.”.*

*Agregaron que “entre las excusas ensayadas por esta procesada, sin éxito, le dijo al personal policial que venía de una fiesta inexistente en el segundo piso, para enseguida agregar, cuando ello se descartó, que había sido víctima de un delito “junto a su novio Marcelo”, por parte de quien la acompañaba.”, que “Hasta último momento...procuró disfrazar la situación, con el fin de evitar su detención. Fue esta procesada quien apenas arribó al*

*departamento de Gornatti procuró, casi inmediatamente, que lo abandone, a fin de permitir la intervención de sus consortes de causa en la puerta de entrada del edificio...”, y que “según el testigo Ledesma, luego de que la encausada entrara al edificio con el damnificado, ya era notoria la presencia de su hermano y de Arias en las inmediaciones de la puerta del edificio...”.*

En definitiva, aseveraron que la susodicha Yurika González *“Mantuvo durante el desarrollo de todo el accionar delictivo, el “papel de víctima”, cuando, en realidad, ha quedado en claro que desempeñó un rol tan protagónico, o tal vez de mayor relieve, que el exteriorizado por el más violento de todos, es decir...Arias. En este sentido, no es posible soslayar la orquestación previa realizada por espacio de varias semanas con el fin de granjearse la confianza de Gornatti...”.*

Por último, afirmaron que la nombrada González *“fue quien realizó “el trabajo fino”, para lograr acceder a la casa de la víctima y simuló el papel de “novia” o “amiga” para que Gornatti acceda a los indebidos reclamos de su propio hermano y su ex pareja.”*, y que de acuerdo a las manifestaciones de los testigos y del personal policial interviniente, no se advirtió en aquélla signo alguno, que demuestre una actuación bajo coacción o engaño -fs. 494/495 vta.-.

Ahora bien, el letrado defensor de los sindicados González intenta conmovier lo resuelto, trayendo a colación una relación sentimental previa entre los encartados Yurika González y Walter Arias, plagada de violencia física y psíquica -según sus alegaciones-, y argumentando que a raíz de ello, su asistida fue víctima del propósito delictivo de aquél, y que el encartado Iván González a su vez, no tuvo libre elección en el desarrollo de los

acontecimientos.

Más allá de las particularidades por las que habría atravesado la relación de pareja precedente, a la que alude la defensa de los imputados González, lo cierto es que en el contexto del suceso ilícito constatado en la sentencia examinada -repassado anteriormente-, tal circunstancia no incidió del modo pretendido por el recurrente, para deslindar de responsabilidad a sus ahijados procesales.

Es que en la reseña que antecede, queda evidenciado que el tribunal evaluó acertadamente los elementos de convicción producidos en el debate público, para tener por acreditado el grado de actuación que les cupo a los encartados en el evento delictivo juzgado, explicitando claramente los roles que cada uno de ellos desempeñó.

Nótese que en el fallo, se dio suficiente respuesta a la arista que aquí objeta el impugnante, al describir puntualmente la labor que llevó a cabo la imputada para obtener datos y ganarse la confianza de la víctima, la parodia que representó cuando fueron interceptados, junto al damnificado, por sus cómplices en la entrada del edificio en cuestión, y que continuó a lo largo del suceso, las excusas que brindó al personal policial, y los testimonios aportados por éstos y los testigos, acerca de la ausencia de signos en la incusa, respecto del alegado estado de coacción en su voluntad.

De igual modo irrefutable, se develó en el pronunciamiento criticado, el accionar desplegado por el enjuiciado Iván González, arriba apuntado y que no amerita reiterar, que dio cuenta de la división de tareas en el devenir del intento de robo, sin que se corrobore la invocada minusvalía en la toma de decisiones, de cada uno de los protagonistas que llevaron a cabo la faena

delictiva.

En tales condiciones, se colige que los Sres. jueces ponderando apropiadamente las probanzas señaladas, las que permitieron recrear -con el grado de certeza necesario, exigido a todo veredicto de condena- las aristas referidas (conf. causas n° 6892, “Toledo, Marcos s/rec. de casación”, reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2006; 6907, “Calda, Cintia Laura s/rec. de casación”, reg. n° 1583, rta. el 27 de diciembre de 2006; 5605, “Ledesma Sánchez, Sergio Bernardo y otro s/rec. de casación”, reg. n° 876/07, de fecha 27 de junio de 2007 -todas de esta Sala- entre otras); quedando sin sustento en las constancias de la causa, las argumentaciones esbozadas por el casacionista.

Como colofón de lo expuesto, se concluye que el decisorio cuestionado, en lo que atañe a los tópicos repasados, aparece como la derivación lógica y razonada de las pruebas allí evaluadas; por ende, las críticas estudiadas en el actual punto, no logran conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2°, y 471 a *contrario sensu* del C.P.P.N.).

c) En tercer lugar, se debe decir que le asiste razón a la defensa del encartado Arias, en cuanto asegura que no corresponde la aplicación al caso, de las figuras penales reguladas en el art. 189 bis, inciso 2° -párrafos tercero y octavo- del Código Penal, por los motivos que siguen.

1- El tribunal afirma que entre los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego y portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, media un concurso real, debido a que el encartado Arias tenía en su poder el arma en cuestión, antes que el delito contra la propiedad tuviese principio de ejecución, y que “*constituye un delito de peligro abstracto, que se consuma con la*

*sola voluntad de detentar el arma sin autorización...con independencia de la motivación del sujeto...” -fs. 499 vta./500-.*

Sin embargo, y más allá de la vacua aserción que emiten los magistrados, no se ha incorporado a la causa ninguna evidencia, que permita asegurar que la finalidad de la detentación del arma de referencia, sea otra que su utilización para la comisión del suceso juzgado.

Es que en el específico cuadro de situación constatado en la causa, no es posible efectuar otra interpretación, a riesgo de violentar sensiblemente los principios de culpabilidad y de legalidad.

Por lo tanto, y en virtud de las razones expuestas en las causas n° 4725, “Nazar, Sergio Héctor s/rec. de casación”, reg. n° 348/07, rta. el día 17 de abril de 2007 y n° 7226, “Sixto, Alejandro s/rec. de casación”, reg. n° 571/07, de fecha 21 de mayo de 2007, ambas también de esta Sala -entre otras-, a las que me remito para sintetizar; cabe concluir que en la especie se nos presenta un supuesto de concurrencia aparente entre los delitos involucrados.

Por ello, corresponde casar parcialmente el pronunciamiento en crisis, a fin de modificar la calificación legal asignada a la conducta desplegada por el aludido Arias, excluyendo la figura penal prevista en el citado art. 189 bis, inc. 2° -párrafo tercero- del C.P. (arts. 18 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2.-, primera parte de la C.A.D.H.; 14:2.- del P.I.D.C. y P.; 123, 398, 404 inc. 2°, 470 y 471 del C.P.P.N.).

**2-** En relación a la aplicación al caso, del tipo penal agravado legislado en el evocado art. 189 bis, inc. 2° -párrafo octavo- del código de fondo, cabe destacar que en el voto que conformó la mayoría del tribunal, en torno a esta cuestión, se marcó

que corresponde “*aplicar al delito de portación ilegítima de arma de uso civil sin la autorización legal que se le atribuye a Walter Elvio Arias el agravante genérico previsto en el artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo octavo del Código Penal, toda vez que al momento de la comisión de los delitos que se le atribuyen registraba una condena por delitos dolosos contra las personas y con el uso de armas, tal como se desprende del certificado de antecedentes que se encuentra agregado a su legajo de personalidad.*” -fs. 504-.

Aquí se debe decir, que sin perjuicio de advertir los problemas de índole constitucional que contiene el precepto señalado -precisados al emitir mi voto en la causa n° 6359, “Maciel, Marcelo Fabián s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, reg. n° 228/06 de esta Sala, de fecha 22 de marzo de 2006, que doy aquí por reproducidos para abreviar-, la solución arribada en el punto precedente, excluye automáticamente la factibilidad de subsumir el supuesto que nos ocupa, en las previsiones allí estipuladas.

En efecto, el tramo pertinente del párrafo en pugna, establece que “*El que registrare antecedentes penales...y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con...*”; de modo que, al desaparecer uno de los elementos normativos del tipo penal agravado (portación de arma de fuego), la conducta que nos ocupa, deviene atípica.

Pero además, se observa que el voto que se viene comentando, ha excedido el límite al que estaba constreñido para expedirse, dado que, tanto en el requerimiento de elevación a juicio, como en la ocasión prevista en el art. 393 del código adjetivo, la fiscalía no formuló acusación en torno a la figura legal referida (ver fs. 206/212 y 486 vta.); y, sin embargo, los Sres. jueces (que

conformaron la mayoría del tribunal, en el tema que nos convoca), condenan al encartado Arias, en orden a la norma indicada (fs. 504 y vta.).

Sobre los principios rectores que rigen esta temática, me remito, en honor a la brevedad, a las reflexiones y citas plasmadas en las causas n° 4839 “Guzmán, José Marcelo s/ rec. de casación”, registro 101/2004, rta. el 11 de marzo de 2004; n° 4722 “Torres, Emilio Héctor s/rec. de casación” registro 100/2004, rta. el 11 de marzo de 2004; n° 5617, “Pignato, Martín Mariano s/rec. de casación”, reg. n° 478/05, de fecha 13 de abril de 2005; n° 5624, “Alegre, Julio Domingo s/rec. de casación”, reg. n° 718/05, del 12 de septiembre de 2005; n° 5761, “Branca, Diego; Girini, Juan Carlos y Muñoz, Juan Manuel s/rec. de casación”, reg n° 1078/05, rta. el 1° de diciembre de 2005; y n° 6068, “Balzola, Carlos Alberto s/rec. de casación”, reg. n° 1089/05, de fecha 2 de diciembre de 2005; todas de esta Sala, entre muchas otras.

En tal sentido se han expedido los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni in re “Amodio, Héctor Luis s/causa 5530” -Fallos: 330:2658-.

En las condiciones apuntadas, se advierte sin hesitación el yerro en el que incurre el tribunal, al pronunciarse en los términos indicados, en desmedro de los intereses del justiciable, verificándose una extralimitación en las facultades de la judicatura -de conformidad con la doctrina que fluye de los antecedentes citados-, y apareciendo inesperadamente en el fallo, una figura legal que no había sido ventilada en el transcurso del debate público.

Por ende, corresponde anular parcialmente el pronunciamiento en crisis, a fin de extirpar de sus partes pertinentes, la asignación del tipo penal comentado (arts. 18 de la

C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2.-, primera parte de la C.A.D.H.; 14:2.- del P.I.D.C. y P.; 123, 398, 404 inc. 2º y 471 del C.P.P.N.).

**3-** No obstante la conclusión arribada precedentemente, debido a que los colegas no comparten el criterio que me llevó a adoptar tal temperamento, y a las divergencias que ponen de manifiesto sobre la resolución del tema -conforme lo adelantarán en el Acuerdo respectivo-, a fin de conformar la mayoría necesaria, propugno hacer lugar al pedido de inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2º -párrafo octavo- ibidem, y revocar parcialmente la sentencia objetada (arts. 474 y 475 del C.P.P.N.).

A dichos efectos, me remito a los fundamentos estipulados en el citado precedente “Maciel”.

**d)** Por último, y sin perjuicio de la nueva determinación de la sanción que se debe efectuar, respecto del imputado Arias, en virtud del cambio de calificación propugnado, entiendo que les asiste razón a ambas defensas, en relación a los reproches que formulan, sobre el exceso jurisdiccional en que nuevamente incurre el sentenciante, al momento de determinar las sanciones impuestas a los tres encartados; veamos.

El representante de la vindicta pública, solicitó (en la oportunidad regulada en el art. 393 ibidem), que se le impongan a los procesados Arias, Iván González, y Yurika González, las penas de siete años y cuatro meses de prisión, cinco años y cuatro meses de prisión, y cinco años de prisión -respectivamente- (ver fs. 486 vta.); no obstante lo cual, los Sres. magistrados fijan los montos punitivos en: ocho años (Arias), seis años y seis meses (Iván González), y ocho años (Yurika González), de dicha especie de pena.

En consecuencia, y con estricto apego a la doctrina

emanada de los precedentes evocados en el punto que antecede, entiendo que se debe anular parcialmente el fallo examinado (arts. 18 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2.-, primera parte de la C.A.D.H.; 14:2.- del P.I.D.C. y P.; 123, 398, 404 inc. 2º y 471 del C.P.P.N.), y determinar nuevas sanciones en condiciones de ser correctamente individualizadas, conforme los lineamientos sentados en las causas nº 4833, “Luján, Marco Antonio s/rec. de casación”, reg. nº 229/04, de fecha 3 de mayo de 2004; nº 4906, “Cristaldo, Marcos Matías s/rec. de casación”, reg. nº 445/04, del 25 de agosto de 2004; nº 5075, “González Robles, Rogelio Vicente y otros s/rec. de casación”, reg. nº 831/04, de fecha 20 de diciembre de 2004; nº 7342, “Oviedo, Jorge Darío s/rec. de casación”, reg. nº 83/07, del 12 de febrero de 2007; entre muchas otras de esta Sala -a cuyas consideraciones me remito para sintetizar-.

Para llevar a cabo tal cometido, a fin de evitar cualquier atisbo de parcialidad en el juzgador y para garantizar el derecho al recurso, estimo que se debe remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara, a los efectos de desinsacular otro tribunal, para que, teniendo en mira el cambio de calificación antedicho, practique la determinación de las sanciones a imponer a los nombrados Arias, Iván González y Yurika González, de acuerdo a las puntuales exigencias normadas en los arts. 40 y 41 del C.P., y 123 y 404 inc. 2º del C.P.P.N..

e) En otro andarivel, y abierta como ha sido la jurisdicción de esta Cámara, se advierte que la resolución cuestionada es arbitraria, en cuanto declara en su punto dispositivo II, reincidente al sindicado Arias (fs. 482 vta. y 504 vta.).

Sin perjuicio de lo sostenido respecto de los reparos constitu-

cionales de la reincidencia, en razón de que produce un agravamiento de la condena en violación al *ne bis in idem* (arts. 14.7 del P.I.D.C. y P.) y al principio de culpabilidad (art. 18 de la C.N.) -conf. Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de San Martín, causa 649, “Ortiz, J. C. s/tenencia de arma de guerra y material explosivo”, resuelta el 3 de mayo de 1999, y causa n° 6628, “Muñoz, Jorge Lucas s/rec. de casación”, reg. n° 861/06 de esta Sala, de fecha 14 de agosto de 2006, y sus citas, entre otras-; la decisión objetada, carece de adecuada fundamentación.

Efectivamente, allí solamente se afirma para aplicar tal instituto, que el encartado Walter Elvio Arias, cumplió pena privativa de la libertad como condenado, en una causa del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8, del Departamento Judicial de Lomas de Zamora -ver fs. 502-, sin especificarse si ello significó las dos terceras partes de la pena que antecede (conf. doctrina sentada en las causas n° 9221, “Bedoya, Mario Alberto s/rec. de casación”, reg. n° 1010/08, de fecha 12 de agosto de 2008 y n° 9086, “Gomez Castro, Enrique Horacio s/rec. de casación”, reg. n° 1060/08, rta. el día 25 del mismo mes y año -ambas de esta Sala-, entre muchas otras).

Por ello, cabe concluir que en las condiciones marcadas, el pronunciamiento impugnado, en lo que a la arista observada se refiere, deviene arbitrario y por lo tanto, debe anularse como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 404 inc. 2° y 471 del C.P.P.N.).

En definitiva, propongo al acuerdo: **I) Hacer lugar parcialmente** a los recursos de casación interpuestos por las defensas, sin costas; **II) Hacer lugar** al pedido de inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2° -párrafo octavo- del

C.P.P.N.; **III) Casar parcialmente** la sentencia criticada y modificar la calificación legal, en los términos signados en el punto c) del considerando cuarto; **IV) Anular parcialmente** el fallo, con los alcances estipulados en los puntos d) y e) del citado considerando; **V) Remitir** la causa a la Secretaría General de esta Cámara a los fines indicados en el referido punto d) *in fine*; y **V) Comunicar** lo decidido al tribunal de origen ( arts. 18 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2.-, primera parte de la C.A.D.H.; 14:2.- del P.I.D.C. y P.; 123, 398, 404 inc. 2º, 470, 471, 474, 475, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

La señora Juez **Dra. Liliana E. Catucci** dijo:

**1)** En cuanto a nulidad del fallo por falta de fundamentación y violación a las reglas de la sana crítica racional en la valoración de las pruebas, comparto las reflexiones efectuadas por la colega que lleva la voz en este acuerdo en el Considerando Cuarto, apartados a) y b) así como la conclusión derivada de ese examen, que evidencia que el pronunciamiento atacado se califica como un acto jurisdiccional válido.

Agotadas pues las posibilidades de “revisión de lo revisable” en esta instancia, no advierto la concurrencia de vicios que afeblezcan lo concluido en la instancia anterior.

**2)** Sobre la modalidad concursal entre los delitos de portación de arma de uso civil y robo con armas en grado de tentativa invocada por la defensa del Walter Elvio Arias, habré de seguir la línea jurisprudencial trazada por la Sala I a partir de la causa “Heredia, Francisco A. y otros s/rec. de casación” (c. n° 80, Reg. N° 107, rta. el 29/12/93), oportunidad en la que se dijo que “La

primera posibilidad de excluir la concurrencia de ambos tipos penales sólo sería viable en el caso de un concurso aparente de leyes, supuesto que por las características del delito de tenencia de arma de guerra de peligro abstracto y permanente no puede ser desplazado ni queda absorbido en el robo agravado por su comisión con arma...”

Si bien, por regla, la tenencia de arma de guerra se ha enlazado casi siempre en un concurso real con otros delitos, en este caso considero que estamos en presencia de un concurso ideal, pues, a tenor de lo que se ha probado en el fallo en recurso, la tenencia del arma de uso civil no ha tenido otro fin que la comisión del desapoderamiento, y es así que sin perder su autonomía, se incorpora al robo calificado tentado.

En el precedente de cita puntualicé que “La manifestación temporal de la conducta criminosa de los imputados y la finalidad en la recepción del arma son decisivos para dilucidar la especie del concurso aplicable. En efecto, la tenencia de arma de guerra exige para su consumación una prolongación de la acción contenida en la figura legal. El lapso en el presente prácticamente coincidió con la del robo tentado pues no se ha demostrado una tenencia anterior e independiente del que la vinculó a ese delito. En lo que se refiere al fin para el cual se recibió el arma, tampoco puede sostenerse, sobre la base de lo probado, que esa tenencia hubiera tenido otro destino que no fuese el ataque a la propiedad que se intentó.”

Analizado a su luz este caso, concluyo que la portación del arma de uso civil y el robo calificado tentado están enlazados en un concurso ideal, según lo prevén los artículos 42, 44, 54, 166 inc. 2º y 189 bis, inc. 2º -párrafos tercero y octavo-, del Código Penal,

por lo que considero que la ley penal fue mal aplicada en lo que respecta a la forma concursal y corresponde por ende hacer lugar al recurso de casación.

3º) El agravio basado en la mala aplicación e inconstitucionalidad de la agravante prevista en el artículo 189 bis, inc. 2º, párrafo octavo, del Código Penal no resulta atendible.

El tema ya ha sido abordado en la causa n° 11341 “Navarro, Federico Ariel s/recurso de casación”, reg. n° 146/10, del 24 de febrero de 2010, de esta Sala ocasión en la que recordé la jurisprudencia de la Corte Suprema en relación a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal lleva dicho que es un acto de suma gravedad y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 311:394; 312:122; 322:842, entre muchos otros) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos 14:425; 105:22; 112:63; 182:317; 200:180, entre otros), de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (doctrina de Fallos 260:153 entre otros). Y recientemente ha expresado que “Ello así, en la medida que es deber de esta Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular,

cuya banalización no puede ser republicanamente saludable.” (CSJN L.486 XXXVI “Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones -art.104 y 89 del Código Penal- causa 3221" rta. el 17/5/05).

“Sentado ello, resulta aplicable al sub lite lo resuelto por esta Sala III en la causa nº 6359 “Maciel, Marcelo Fabián s/recurso de casación”, reg. 228, del 22 de marzo de 2006, en cuanto a que “... no se advierte que medie afectación al principio constitucional de culpabilidad, pues de lo que en definitiva se trata no es de castigar “personalidades”, “formas de ser”, “estados peligrosos”, o algún otro estado que atienda exclusivamente al fuero interno del autor. Muy por el contrario, lo que se castiga es la exteriorización de determinada y diferenciable peligrosidad, que se materializa en la comisión de una acción específicamente incriminada por el digesto penal sustantivo.”.

“Repárese en que la punibilidad de la figura, se funda en que el agente realiza una conducta considerada peligrosa para la seguridad común -y como tal tipificada en el capítulo del Código Penal en el que se agrupan tales ilícitos- cual es el haber portado un arma de fuego mediando particulares circunstancias objetivas que describe y sin encontrarse autorizado para hacerlo. Esa acción, realizada libre y voluntariamente por el autor, es la que fundamenta el reproche que se le formula, quedando absolutamente marginada toda posibilidad que se sostenga que no es en mérito a su comprobada inconducta que se lo sanciona penalmente.”.

“No puede dejar de considerarse que no es éste el único caso en que el legislador ha considerado que las particulares condiciones personales del autor de un determinado suceso ilícito le añaden un plus objetivo disvalioso adicional. Así, podemos citar

como ejemplos -entre muchos otros- el caso de quien mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge (artículo 80 inciso 1<sup>o</sup> del Código Penal); el de quien encontrándose afectado por una enfermedad de transmisión sexual grave, abusa sexualmente de otra persona, generando la posibilidad de contagio (artículo 119, cuarto párrafo, inciso c); el funcionario público que privare ilegítimamente a otro de su libertad personal (artículo 142 bis, segundo párrafo, inciso 5<sup>o</sup>); la persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal, que comete abigeato (artículo 167 quater, inciso 4); el alzamiento en armas contra los poderes constituidos, cuando fuera perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar (artículo 226, tercer párrafo); el atentado o la resistencia a la autoridad, cuando fuere cometida por un funcionario público (artículo 238, inciso 3<sup>o</sup>); el encubridor que se dedicare con habitualidad a la comisión de tal ilícito (artículo 277, inciso 3, apartado c).”.

“Como se aprecia, en ciertos supuestos las condiciones personales de los autores de determinados delitos pueden fundamentar que la acción cobre una dimensión que objetivamente debe ser considerada como de mayor gravedad ontológica, extremo que acentúa su reprochabilidad jurídico-penal. Se trata de situaciones que claramente -y por diversos motivos- han sido diferenciadas por el legislador, por su mayor gravedad, de las que constituyen la infracción penal base, por lo que en tales condiciones apreciamos que no resulta ilegítimo que sean tenidas en cuenta para calificar la conducta de que se trate.”.

“El agravamiento de la penalidad con la que se conmina el delito en cuestión, entonces, en nada se vincula con las

teorías relativas al derecho penal de autor, pues de lo que en definitiva se trata no es de castigar la peligrosidad intrínseca del agente, sino la peligrosidad exteriorizada a través de la calificada y predeterminada conducta punible que se le reprocha.”.

En el *subexamine*, igual que en el de cita, la valoración del antecedente condenatorio no vulnera el principio *ne bis in idem* toda vez que la condena anterior que registra el encausado Arias no es motivo de un nuevo juicio, por el contrario, lo que se juzga en estas actuaciones son los hechos por los que aquí fue acusado.

“Debe pues diferenciarse la situación que plantea la defensa -esto es, la vulneración al principio del *non bis in idem*, en la cual una misma persona es perseguida más de una vez por el mismo hecho-, de la que se presenta en la estas actuaciones. Aquí, como ya se dijo, el imputado ha cometido una nueva infracción penal que se agrava cuando concurre una particular y predeterminada circunstancia objetiva que en el caso se presenta: que el autor registre una condena anterior por la comisión de un delito contra las personas, o mediante un arma de fuego;...”.

“Lo expuesto debe ser conjugado con la circunstancia que la existencia de un pronunciamiento condenatorio en orden a un delito contra las personas o mediante el uso de armas es una circunstancia objetiva y real que pone a las personas en una situación especial frente a la ley; siendo justamente por la nueva desobediencia a ese mandato legal el motivo por el que ahora se juzga, y no por la anterior. (Cfr. causa ”Maciel, Marcelo Fabián s/recurso de casación”, ya citada.).

Tampoco se visualiza una violación al principio de legalidad, porque el hecho atribuido a Arias, en esta causa, tuvo lugar el 14 de junio de 2009, y por ende resulta plenamente

aplicable la agravante prevista en el artículo 189 bis, último párrafo del Código Penal, texto según la ley 25.886 (B.O., art. 1º, 5 de mayo de 2004).

*Ad eventum*, habré de aclarar que la aplicación de la agravante en cuestión no importó un quiebre al principio de congruencia por ajustarse lo decidido por el *aquo* a lo dicho por la Sala I en los precedentes “Gardiner, Ricardo Diego s/ recurso de casación”, c. n° 5501, reg. n° 7060, rta. el 30/9/04, y “Peral Perales, Raúl F. y Lucero, Arturo P. s/ recurso de casación”, c. n° 5590, reg. n° 7559, rta. el 6/4/05, y sus citas, a cuyos términos me remito *in totum*.

En función de las consideraciones expuestas, estos agravios carecen de andamiaje.

4º) Por último, en cuanto a los cuestionamientos a la determinación de las sanciones corresponde recordar que la Sala I tiene dicho *in re*: "Chociananowicz, Víctor H. s/ recurso de casación", Reg. 99 del 15/12/93, entre muchos otros, memorando la doctrina del Alto Tribunal que "el ejercicio por los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 304:1626; 305:293; 306:1669; 308:2547; causas L.1626, XX, ‘Lombardo, Héctor R.’, del 4 de septiembre de 1984, P. 101, XXII, ‘Poblete Aguilera, Norberto’, del 6 de diciembre de 1988; A. 599, XXII, ‘Alias, Alberto y otro’, del 29 de agosto de 1989; G. 416, XXII, ‘Gómez Dávalos, Sinforiano’, del 26 de octubre de 1989; T. 50, XXIII, ‘Tavares, Flavio Arístides’, del 19 de agosto de 1992, entre otros), salvo casos excepcionales en los que se ha incurrido en una arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de

defensa en juicio, como sostener la sentencia en 'afirmaciones abstractas que no condicen con las constancias de la causa' (V. 324, XXII. 'Villarreal, José Alberto s/ pedido de unificación de pena', del 22 de marzo de 1988); u omitir el tratamiento de circunstancias atenuantes, es decir, cuando el fallo 'sólo explicó el incremento de la pena sobre la base de pautas objetivas, sin fundar cuáles serían las subjetivas que, en conjunta valoración con las anteriores, justificasen el aumento, y omitió considerar la gran cantidad de elementos de juicio favorables respecto de la personalidad de la procesada' (V. 242, XXIII, 'Viñas, Lía Alejandra y otros s/robo calificado', del 13 de agosto de 1992)".

Analizado el caso a la luz de esos parámetros, se advierte que el fallo cuestionado no exhibe una insuficiencia argumental de la individualización de la pena como lo alegan los recurrentes sino que por el contrario, el órgano jurisdiccional ha efectuado un concienzudo análisis de las circunstancias particulares que surgen del expediente con relación a cada uno de los encartados.

En definitiva, el *a quo* ha dado adecuado y exhaustivo tratamiento a la fundamentación de la pena, atendiendo a la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla y a la extensión del daño y del peligro causados, discriminando los parámetros valorados como agravantes y como atenuantes, con ajuste a lo dispuesto en los artículos 123 y 404 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Nación.

Sin embargo, atento a la modificación en el tipo de concurso con relación a la situación del imputado Arias, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, la pluralidad de intervinientes, la peligrosidad puesta de manifiesto durante el desarrollo del *iter*

*criminis* y su calidad de reincidente, estimo adecuada una reducción del monto de la pena inflicta en sólo seis meses.

*Ad finem*, en lo atinente a las objeciones referidas a que las penas fijadas por el tribunal oral son superiores a las requeridas por la fiscalía, he de recordar mi voto en el fallo de la Sala I de este Tribunal **in re**: “Saez, César Eduardo s/recurso de casación”, causa n° 9178, Reg. n° 12.110, rta. el 4/6/08, en donde señalé que desde el comienzo de mi labor en esta Cámara he sostenido que existe una delimitación entre el poder jurisdiccional del magistrado y el Ministerio Público Fiscal. Posición que fue desarrollada **in re**: “Ferreyra, Julio s/rec. de casación”, causa n° 101, reg. n° 165, rta. el 14/4/94, en “Girolodi, Horacio s/rec. de casación”, causa n° 32, Reg. n° 532, rta. el 3/7/95, y en los que les siguieron, en el sentido de que no existe óbice legal para superar el monto punitivo requerido por el representante del Ministerio Público Fiscal, por lo tanto en este aspecto, no se advierten razones para descalificar el pronunciamiento.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Yurika Solange González e Iván Marcelo González Muñiz, con costas; rechazar parcialmente el recurso de casación articulado por la defensa de Walter Elbio Arias, hacer lugar parcialmente a dicha impugnación, sin costas y reducir la pena que le fue impuesta a **siete años y seis meses meses de prisión, accesorias legales y costas** por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de un arma de fuego en grado de tentativa en concurso ideal con portación de un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, agravada por registrar antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, este

último en carácter de autor (arts. 42, 44, 45, 54, 166, inc. 2º -segundo párrafo-, 189 bis, inc. 2º -tercer y octavo párrafo- del Código Penal) y mantener su declaración de reincidente conforme lo prevé el art. 50 del mismo cuerpo de ley.

Tal es mi voto.

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

1) Coincido con los votos precedentes en cuanto tienen por suficientemente acreditados el hecho y la calidad de autor responsable del encausado.

2) Al igual que mis distinguidas colegas entiendo que dadas las características del caso *sub examine* la tenencia de arma de fuego y la tentativa de robo es un hecho único, pero, a mi ver, como lo sostiene la Dra. Ledesma, concurren en forma aparente (así lo sostuve, entre otras, en la causa “Bulacio, José Manuel” c. 4736 Registro nº 10.639 de la Sala II del 26/9/2007 y “Reynaga Gómez, Sebastián R.” c. 12.663 Registro 1741/10 de la Sala III del 10/11/10).

3) Invariablemente he sostenido la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2º, párrafo 8º del Código Penal (*in re* “González, Daniel Alejandro” Registro nº 17.628 de la Sala II del 30/11/10), por lo que me adhiero en este punto a la propuesta de la Dra. Ledesma.

4) En cuanto a la declaración de reincidencia, me adhiero al voto de la Dra. Catucci.

5) Aun cuando me he pronunciado siempre porque la pena pedida por el Ministerio Público Fiscal no limita la potestad jurisdiccional (así causa “Ensinck, Guillermo Esteban” Registro nº 16.054 de la Sala II del 8/3/10, entre otras) que sólo reconoce la que establece la ley, en cuanto a la pena impuesta, deberá ser objeto

de nuevo pronunciamiento, atento las modificaciones propuestas.

En virtud del resultado habido en el acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría **RESUELVE:**

**I) Rechazar** el recurso de casación interpuesto por la asistencia técnica de los encausados Yurika Solange González e Iván Marcelo González Muñiz, con costas.

**II) Hacer lugar parcialmente** al recurso de casación interpuesto por la defensa del encartado Walter Elvio Arias, sin costas.

**III) Declarar** la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2º -párrafo octavo- del C.P.P.N..

**IV) Casar parcialmente** la sentencia criticada y modificar la calificación legal asignada a la conducta desplegada por el nombrado Arias, de modo tal de tenerlo por coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de un arma de fuego, en grado de tentativa (arts. 18 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2.-, primera parte de la C.A.D.H.; 14:2.- del P.I.D.C. y P.; 42, 44 y 166, inc. 2º -segundo párrafo- del C.P.; 123, 398, 404 inc. 2º, 470, 471, 474, 475, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

**V) Tener presente** la reserva federal formulada por el Dr. Jorge Eduardo Madariaga Sánchez.

**VI) Remitir** la causa a la Secretaría General de esta Cámara, a los fines de desinsacular otro tribunal, para que efectúe una nueva determinación de la sanción a imponer al aludido Arias, conforme la calificación legal que antecede.

**VII) Comunicar** lo decidido al tribunal de origen.

Regístrese, hágase saber y cúmplase con lo ordenado, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Liliana Elena Catucci, W. Gustavo Mitchell y Angela E

Ledesma. Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin,  
Secretaria de Cámara.