

**REGISTRO Nro: 18344**

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 19 días del mes de abril del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N. doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución de fs. 264/vta., cuyos fundamentos obran a fs. 268/274 vta., de la causa N° 12.832 del registro de esta Sala, caratulada: "Toconas, Juan Manuel s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General, doctor Pedro Narvaiz y por la Defensa Pública Oficial de Juan Manuel Toconas, el doctor Juan Carlos Sambuceti (h.).

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

**-I-**

1°) Que, por decisión de fecha 7 de junio de 2010, el Tribunal Oral Criminal N° 12, en la causa N° 3292 del registro del Tribunal, resolvió en lo que aquí interesa: rechazar el planteo de nulidad formulado por la defensa respecto de las actas de detención y secuestro obrantes a fs. 6 y 7, respectivamente, y de todo lo actuado en su consecuencia; y condenar a Juan Manuel Toconas a la pena de tres años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor materialmente responsable del delito de tenencia ilegítima de arma de

guerra, en concurso real con daño agravado, los cuales concurren a su vez materialmente con el delito de resistencia a la autoridad (fs. 264/vta., con fundamentos a fs. 268/274 vta.).

Contra dicha decisión, la defensa de Juan Manuel Toconas, interpuso recurso de casación obrante a fs. 277/299 vta., que fue concedido a fs. 301/vta. y mantenido en esta instancia a fs. 306.

2º) En primer término, luego de efectuar una síntesis de lo ocurrido en la causa, el recurrente pidió la nulidad absoluta de la detención de su defendido y del secuestro de los objetos documentados mediante las actas de fs. 6 y 7.

El hecho de que el procedimiento se haya trasladado a la Comisaría sin que se dejara constancia de ello ni en el acta de detención ni en el acta de secuestro, y la razón de porqué no se hubiere podido contar con dos testigos hábiles en el lugar del procedimiento -máxime, tratándose de un acto definitivo e irreproducible-, para la defensa, es la razón por la cual solicita se declare la nulidad del acto, correspondiendo absolver a Toconas. Ello por cuanto las previsiones legales que dotan de mayores garantías a los actos de suma trascendencia -en este caso, la detención-, se entienden conferidas a favor del imputado y, al no haberse observado tales, no corresponde a su juicio retrotraer las actuaciones a etapas precluidas.

En definitiva, a pesar del señalamiento del Tribunal Oral de que el ambiente hostil del lugar del procedimiento no le permitió a los preventores efectuar el procedimiento con arreglo a las formalidades legales, el recurrente manifestó que “...cabe preguntarse, ¿cuál era el óbice para que dentro de la seccional preventora no se hubiere dejado constancia de las razones de traslado del procedimiento, de la ausencia de testigos presenciales? Parece que ninguna. A estas argumentaciones centrales no ha dado respuesta el Tribunal...” (fs. 284 vta.).

Asimismo, la defensa hizo hincapié en las diferencias presentadas entre las declaraciones de los testigos de actuación Isidoro Fleitas Vázquez y

David Emanuel Fleitas Vázquez en la audiencia de debate y lo que surge del acta de secuestro. Por ejemplo, señaló que en ningún momento de su declaración en el debate, el primero hizo referencia a que las armas estuviesen cargadas, tal como surge del acta argüida de nulidad. Señaló también que las armas no habrían sido incautadas en presencia de los testigos.

Expresó que *"La referencia al efectivo policial Aguirre que hubiere resguardado el armamento, no resulta valedera, ya que forma parte del contingente de efectivos policiales que practicaron la detención del justiciable..., razón por la cual resulta claro que el personal policial se encuentra comprendido en las generales de la ley."* (fs. 285).

En efecto, *"...así como el Tribunal Oral sostiene que no puede exigirse al personal policial acciones temerarias que pongan en riesgo su integridad física, tampoco puede exigirse al nocente que deba soportar que por causas ajenas a su voluntad la inobservancia de garantías procesales no permita reconstruir con certeza lo ocurrido, e increíblemente se vea invertida la carga de la prueba y se presuma en contra del justiciable en vulneración del estado de inocencia y de la duda beneficiante (art. 18 CN; 3 CPPN)."* (fs. 286), siendo que además no existe un cauce de investigación independiente que legitime la imputación de la conducta delictiva a Toconas.

En segundo término, sostuvo que la prueba ha sido valorada vulnerando las reglas de la sana crítica, no contestando argumentos centrales de su defensa y fundamentando sólo aparentemente la decisión adoptada, siendo que *"Considera esta defensa, en contraposición a la afirmación apodíctica del Tribunal Oral, que la versión brindada por el justiciable no se haya desvirtuada ni controvertida con el material de cargo adunado al debate."* (fs. 287).

Para la defensa, *"El sostenerse en la sentencia que el descargo se encuentra desacreditado por los testimonios de los preventores resulta una aseveración dogmática desprovista de fundamento real."* (fs. 286 vta.).

Resaltó que no pueden descartarse los dichos del imputado en cuanto a que él llevaba consigo una botella de cerveza al momento de acercarse los móviles policiales ya que “...*las reglas de la lógica permiten sostener con fundamento que si no puede saber el personal policial si el causante apoyó en el piso una botella de cerveza, tampoco puede darse certeza a sus expresiones en punto a que habría puesto un arma en el suelo.*” (fs. 287 vta.), además de tampoco poder probarse ninguna vinculación con el otro sujeto involucrado en el suceso, salvo el haberse encontrado próximo a él. Sostuvo que otro tanto ocurre respecto de la rotura del vidrio de un móvil policial, como así también respecto de la resistencia mentada (fs. 288).

En tercer lugar, el recurrente se agravió por la vulneración al principio *in dubio pro reo* en relación a su defendido, correspondiendo aplicarse el art. 3 del C.P.P.N. Ello así por cuanto “*Ante las observaciones efectuadas por esta parte que no han sido contestadas en la sentencia o sólo se ha brindado una aseveración dogmática carente de fundamento, el criterio de necesaria aplicación al caso del principio del ‘favor rei’ resulta exigible.*” (fs. 291).

Se quejó la defensa por cuanto consideró que, en el caso de no ser acogido su pedido de nulidad del procedimiento o el temperamento liberatorio formulado, y en caso de no ser acogido el pedido absolutorio, correspondería cambiar la calificación de la conducta imputada por la de tenencia de armas y daño simple, tal como se planteó al momento de alegar y no siendo considerado por el tribunal en la sentencia.

Por otra parte, disiente el recurrente con la mensuración de la pena considerando arbitraria la aplicación del art. 26 del Código Penal ya que no se vio reflejado, a su criterio, la valoración de los atenuantes y “...*al no guardar relación la elevada pena fijada con los hechos imputados y las condiciones personales del nombrado.*” (fs. 295).

Por último, sostuvo que el hecho de que el tribunal al haberse apartado de la pena solicitada por el Señor Fiscal en atención a la calificación

legal que él había considerado, y condenarlo a la pena de 3 años y 3 meses de prisión, no permitió que la condena de su defendido sea de ejecución condicional (ver fs. 298 vta.).

3º) A fs. 309/311 el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, doctor Pedro Narvaiz, por ausencia momentánea del doctor Juan M. Romero Victorica, acompañó escrito de breves notas en el que señaló que en instancias anteriores se han dado sobrados argumentos para rechazar la nulidad petitionada y que la detención y el secuestro llevado a cabo por el personal policial resultaron legítimas, siendo que *"...en la audiencia quedó demostrado que las armas secuestradas han sido las involucradas en el hecho y que las actas fueron reconocidas tanto por la autoridad que las labró, como por los testigos. Asimismo, se consideró que todos los policías hicieron referencia a la resistencia opuesta, así como también se tuvo en cuenta la concurrencia de 40 vecinos para rescatar a los detenidos. En definitiva, lo cierto es que no existen elementos que permitan sostener que el procedimiento se realizó de una manera distinta a la consignada y relatada en las actas."* (fs. 309/vta.).

Rechazó cualquier vestigio de duda considerando que se hallaban suficientemente verificados tanto la existencia del delito, como la autoría y la responsabilidad del imputado. Para el fiscal, de la investigación llevada a cabo y tras considerar la prueba indiciaria en conjunto, no se puede más que concluir que la misma no es equívoca o ambivalente, ni permiten conducir a conclusiones diversas o no concordantes.

Asimismo, sostuvo que el Tribunal de juicio no está limitado por el monto de la pena requerido por el Fiscal, *"...por el contrario, sólo a aquél le corresponde fijar su 'quantum' dentro de la escala penal aplicable... ajustado por la necesidad de penal, de conformidad con las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, como acertadamente se hizo aquí."* (fs. 310). Y con cita de jurisprudencia, manifestó que el tribunal tampoco se ve limitado en su facultad de elección del

modo de ejecución de la pena a imponer según lo solicitado por el fiscal.

Por otra parte, el Defensor Público Oficial ante la C.N.C.P. se presentó a fs. 313/319 en término de oficina compartiendo las argumentaciones vertidas por el Dr. Marino.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 465 bis del C.P.P.N..

## -II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal considero que el recurso es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que se invocó fundadamente el artículo 456, incisos 1º y 2º del Código Procesal Penal de la Nación.

Las cuestiones que se alegan como arbitrarias, atento a su naturaleza, serán resueltas de acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal, Matías Eugenio” (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5º del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11º del voto del juez Fayt, y considerando 12º del voto de la jueza Argibay). La jurisdicción de revisión quedará entonces circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; vide también consid. 12º, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Por lo demás, el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 y el escrito presentado cumple los recaudos previstos en el art. 463 del código ritual.

## -III-

Conviene desde un inicio recordar los hechos que el tribunal de juicio tuvo por probados y la prueba colectada en esa línea.

En este sentido, el *a quo* tuvo por debidamente acreditado que: "...el día 13 de septiembre del año 2009, cerca de las 09:25 horas, el Subinspector de la Comisaría 46°; Alberto Daniel Samaniego que se trasladaba en el móvil 146 fue desplazado por el comando radioeléctrico hacia la Villa 31, alertado por la presencia de dos sujetos de sexo masculino armados, uno de los cuales vestía campera negra y el otro celeste. En virtud de ello, también concurrieron en apoyo al lugar en el patrullero 246, el cabo Héctor Albornoz secundado por Álvaro Biere. En esas condiciones, al transitar por el pasillo que separa las Manzanas 28 y 29 del barrio observaron a dos individuos con las características aportadas por el comando radio eléctrico -resultando el de campera celeste el aquí imputado Juan Manuel Toconas, mientras que el otro no pudo ser identificado por haber huido- quienes al oír la voz de alto, extrajeron las armas de fuego que cada uno llevaba consigo y apuntaron hacia el personal policial durante unos brevísimos instantes, toda vez que de inmediato optaron por deponer dicha actitud y arrojar las armas al suelo. Consecuentemente, los agentes del orden se acercaron a los fines de proceder a la detención de quienes exhibieron las armas de fuego, oportunidad en la que ambos reos comenzaron a arrojar golpes de puños y puntapiés resistiéndose a la detención. Finalmente, Toconas logró ser reducido por el Cabo Héctor Albornoz y Álvaro Biere, quienes lo ingresaron al móvil 246 a los fines de trasladarlo a la Seccional, oportunidad en la que el detenido arrojó una patada contra el vidrio de la ventanilla trasera provocando su rotura.

Asimismo, expresó el tribunal que: "...el cabo José Fabián Aguirre de la misma Comisaría, procedió al secuestro de las armas arrojadas momentos antes por el detenido y su consorte prófugo, las cuales resultaron ser una pistola marca 'Hi Power' calibre 9 mm., con numeración 372627, y otra pistola de igual calibre, marca 'Bersa' N° 07641. De lo expuesto se puede afirmar que ha quedado debidamente probado que Toconas tenía en su poder al momento de su detención, alguna de las dos pistolas calibre 9 mm. mencionadas, las que se

*encuentran clasificadas como armas de guerra (arts. 4 y 5 del Decreto 395/75) y respecto de las cuales no poseía autorización legal para detentarla. También se ha acreditado la resistencia opuesta al personal policial que procuraba su aprehensión, así como los daños provocados por el nocente a los fines de oponerse a la acción de la autoridad al romper el vidrio del móvil que lo trasladaría hacia la Comisaría 46°.” (fs. 270 vta.).*

En lo sustancial, el *a quo* consideró por un lado, que los hechos que se tuvieron por acreditados encontraron sustento en las declaraciones testimoniales prestadas durante la etapa de debate, así como también las incorporadas por lectura al mismo, y por el otro lado, el acta de detención agregado a fs. 6; el plano del lugar donde se llevó a cabo el procedimiento (fs. 5); el acta de secuestro agregado a fs. 7; las fotografías de las armas y municiones ilustradas a fs. 18/20; las vistas fotográficas que exhiben los móviles a fs. 27/32; las fotografías de fs. 63/64 que muestran al imputado que vestía una campera de color celeste; el informe agregado a fs. 79/80; el informe remitido por el RENAR a fs. 194 referente al registro de pistolas secuestradas en autos; el informe pericial realizado en la Comisaría respecto de las armas incautadas (fs. 17); el informe pericial agregado a fs. 25 relativo a los daños que presentaron los móviles policiales; el informe médico legista que luce a fs. 44 del que se destaca que al momento detención, Toconas se hallaba orientado en tiempo y espacio; los informes médico legistas de fs. 46 que se refieren a las lesiones que presentaron los policías Verón, Aguirre y Biere; y, por último, el informe pericial realizado por la División Balística a fs. 74/176 que concluye que ambas pistolas resultaron aptas para el tiro, con la aclaración de que el arma ‘Bersa’ era de funcionamiento anormal. En cuanto a las municiones, se pudo establecer que la totalidad de los cartuchos de bala peritados se correspondían al calibre 9 mm.

#### IV-

A) En primer término, corresponde atender al planteo de nulidad



absoluta de la detención del causante y del secuestro de las armas y municiones solicitado por la defensa. Se agravia debido a que en el acta donde consta el secuestro de las armas y municiones implicadas en el hecho delictivo y en el acta de la detención (obrantes a fs. 7 y 6, respectivamente) no se incluyeron las razones que hubieren determinado el traslado del procedimiento a la comisaría, como tampoco las razones por las que no se hubiere podido contar con un testigo de actuación que presencie el procedimiento. En consecuencia, por la violación a los derechos constitucionales de intervención y asistencia del imputado, defensa en juicio y debido proceso, para la defensa devendrían nulas en virtud de los arts. 138, 139 y 140 del C.P.P.N.

Lleva razón el *a quo* cuando manifiesta que el acta de secuestro fue realizada conforme las exigencias del C.P.P.N. En efecto, cabe puntualizar que las presentes actuaciones tuvieron su origen a raíz de un procedimiento policial respecto de delitos de competencia ordinaria -tenencia de arma de guerra, daño agravado y resistencia a la autoridad-, y por ende los preventores adecuaron su proceder a la normativa procesal vigente para esos casos.

Si bien del acta mencionada surge que el secuestro de las armas fue realizado en presencia de los testigos Isidoro Fleitas Vázquez y David Emanuel Fleitas Vázquez, en la audiencia de debate quedó bien determinado que "*...ambas pistolas involucradas en el hecho habían sido incautadas por el Cabo Aguirre del piso, donde momentos antes las habían arrojado Toconas y el otro individuo que no logró ser aprehendido, y de inmediato dicho funcionario las colocó a resguardo, teniendo en cuenta las dificultades que presentaba el procedimiento para lograr la detención del imputado y del otro sujeto.*" (fs. 270).

Va de suyo recordar que en un sistema de pruebas no tasadas, como el nuestro, las exigencias formales que disciplinan la producción de las actas pueden referirse tanto a la naturaleza misma del acto, como a sus consecuencias, privándolas en un caso de entidad jurídica -total o parcial, absoluta o relativa- o

condicionando su aptitud para dar certeza sobre lo que es su objeto de presentación. Por eso, en el caso que nos ocupa, considero importante efectuar esta distinción: el acta cuestionada no carece de significado jurídico sino que, probablemente, verá relativizada su fuerza probatoria *per se* en su carácter fedatario. Se trata de una cuestión de grado en su función demostrativa y no de validez como acto jurídico.

En el ordenamiento procesal rige un sistema de nulidades restrictivas que, en el caso de las actas, prevé causales expresamente establecidas en el artículo 140 del código ritual, y la defensa intenta que se declare la nulidad del acta tomando como fundamento un requisito ajeno al artículo citado. En todo caso, se queja por no ser el acta autosuficiente, pero no logra en su planteo demostrar qué fuente normativa es la que obliga a dejar constancia de las razones del traslado del procedimiento y de la ausencia de testigos presenciales -bajo pena de nulidad-, ni del perjuicio concreto que le causa esa circunstancia a la parte.

Así, el contradictorio y la oralidad tal como están reglados, permiten a los magistrados hacer una ponderación racional -sana crítica- de los contenidos de actas a los fines de otorgar un determinado nivel de convicción. Ciertamente, entre mayor sea el apego a las formas, las demandas de racionalidad en la argumentación limitan el ámbito de discreción de los jueces en punto a su aptitud demostrativa.

De todas formas, bien vale señalar que el acta en cuestión no reviste el carácter de prueba ilícita, por cuanto no ha sido obtenida en violación de aspectos materiales del sistema jurídico, como son el principio de dignidad humana, la moral o el orden público. Tampoco se trata en concreto de una prueba ilegítima, entendiendo por tal aquella que violenta la normativa de tipo procesal.

Por eso, la valoración de los testimonios de los preventores y de los testigos de actuación en el debate, junto con otros elementos de juicio, serán en definitiva los que otorguen operatividad al contenido del documento que busca certificar el secuestro. En consecuencia, ante la falta de testigos presentes en el

momento en que el Cabo Aguirre incautó las armas, la eficacia demostrativa del acta quedará circunscripta a la integridad y consistencia de los dichos de los preventores intervinientes. Cabe advertir en este punto que aún la neutralización del acta no implicaría *per se* la nulidad del secuestro como acto material, independientemente de la forma actuada que da fe de su ocurrencia.

Al respecto, reitero que el recurrente no ha logrado demostrar el real alcance de su agravio, puesto que tan sólo señala que se ha vulnerado la defensa en juicio y el debido proceso sin advertir que el agravio sustentado en tal garantía constitucional -de naturaleza sustancial- requiere para su procedencia la demostración del perjuicio, es decir, que efectivamente se haya ocasionado una lesión a ese derecho constitucional invocado.

En efecto, los arts. 138 y 139 del C.P.P.N. hacen mención al contenido y formalidades que deben revestir las actas labradas por los funcionarios públicos, y su nulidad -en principio de carácter relativo- es declarable sólo si en el caso se hubiesen omitido los requisitos que taxativamente enumera el art. 140 *ibídem*. Asimismo, si el instrumento no es declarado nulo por los defectos que se señalan en esa última disposición, permite dar fe de los hechos que el funcionario de quien emana exprese como cumplidos por él o como pasados en su presencia. Esto, claro está, sin perjuicio de la libre valoración que le corresponde al tribunal o juez de la causa respecto de la fuerza de convicción de los hechos afirmados y de las declaraciones en ellas receptadas.

En el caso bajo examen, y en relación con los argumentos de la parte recurrente, las actas no sólo cumplen con todas las exigencias del art. 140 del código de forma, sino además en el debate depusieron testimonialmente los Comisarios Alberto D. Samaniego, Héctor H. Albornoz, José Aguirre y Álvaro R. Biere, quienes intervinieron en el procedimiento, dando cuenta ampliamente acerca de los sucesos que son objeto de la presente causa.

En ese sentido, el tribunal sostuvo que "*...todos los policías que*

*intervinieron en el mismo hicieron referencia a la resistencia opuesta por el condenado y la otra persona que estaba armada, así como también la concurrencia al lugar de unos cuarenta vecinos, cuya presencia obedecía únicamente a los fines de “rescatar” -como mencionó uno de los preventores- a los sospechosos, actuando en forma violenta y agresiva contra los agentes del orden para impedir que cumpliera con sus funciones. Para ello, los concurrentes arrojaban piedras y palos contra los policías y los móviles policiales, y de esta manera lograr que el otro individuo que había sido detenido junto a Toconas lograra escapar por uno de los pasillos de la Villa 31, al que no ingresaron los policías por encontrarse estos en inferioridad numérica.” (fs. 270).*

Las actas a las que se refiere el art. 138 del C.P.P.N. poseen autosuficiencia o literosuficiencia frente a otros medios de prueba cuando sus formalidades satisfagan plenamente las exigencias de ese orden previstas en la normativa y su contenido material sustancial no haya sido puesto en crisis por los pronunciamientos de quienes asisten al funcionario.

En el presente, al haberse determinado que el secuestro de las armas y municiones fue llevado a cabo sin presencia de los testigos, ya que -en los términos del *a quo*- “...la formalidad de los procedimientos alude al respeto de los derechos y garantías de las personas imputadas, pero no implica la adopción de decisiones temerarias y peligrosas para el resto de los intervinientes.”, la consecuencia no será entonces la nulidad del acta, sino su condicionamiento en punto a la autosuficiencia para demostrar el objeto que expresa.

Debe considerarse igualmente el contexto dentro del cual fue levantada, pues el funcionario si bien interviene dentro de su legítima competencia, aparece sin embargo condicionado por aspectos de naturaleza empírica. En ese orden, el señor Fiscal General ante este Tribunal destacó en su presentación en término de oficina -como se vio más arriba-, la situación de necesidad a la que remite el lugar y el momento del acto cuestionado.

La falta de testigos ha de ser valorada a través de las reglas de

idoneidad, adecuación, finalidad, necesidad, exigibilidad y ponderación de intereses que regulan la cuestión, ya que no estamos en presencia de un motivo de nulidad -como ha sostenido el recurrente-.

Por ello, concluyo que no ha de progresar el agravio de la defensa en este punto, pues la nulidad del acta ha sido correctamente rechazada en la sentencia cuestionada, en la que por otra parte se ha acreditado adecuada y razonablemente el ilícito reprochado mediante pruebas distintas al acta cuya legitimidad se pretende poner en duda por la parte.

B) Tras analizar la sentencia del *a quo*, observo que el tribunal ha hecho mérito de los dichos de los testigos de actuación y del personal policial interviniente, confrontándolos con la versión del imputado y tomando las circunstancias de hecho en su carácter de prueba indiciaria. Y es en ese orden que advierto que en el fallo se han precisado comportamientos, actitudes y reacciones del imputado en el momento de la intervención policial que han servido como fundamento de las conclusiones incriminatorias adoptadas.

Al respecto tengo dicho que la interpretación de los hechos que los tribunales realizan a través de los medios de prueba debe ser sometida a control a través de tres instancias diferentes: a) la lógico formal; b) la de naturaleza material -emergente de criterios técnicos y morales-; y c) de orden persuasivo de acuerdo al contexto.

Como los sucesos humanos si bien están abiertos a una multiplicidad de formas casi infinita, responden de todos modos a ciertos patrones de comportamiento. La experiencia, el sentido común, "la lógica de las reacciones" y las referencias tópicas permiten atribuir razonabilidad a las argumentaciones, que son ajenas a una mecánica deductiva y abstracta. La sana crítica es tal en tanto resulte congruente con esos criterios y los estándares que regulan las inferencias dentro de la argumentación.

En abstracto, las posibilidades de ocurrencia de hechos, comportamientos y reacciones no parecen tener un límite preciso. Sin embargo, en concreto, las determinaciones de tiempo y lugar, los modos empleados y las referencias lógicas, éticas y de sentido común permiten cerrar esas posibilidades hasta determinar con “certeza moral” cómo habrían sucedido los hechos.

Por eso la Corte Suprema, en el precedente “Casal”, ha hecho remisión al método histórico como referencia idónea para el análisis que la jurisdicción desenvuelve sobre hechos que debe reconstruir a través de la intermediación probatoria, descartando pues el simple convencimiento personal de los jueces. De esa forma recuerda que “...se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado” (considerando 28).

En sentido aún más preciso, remite al método de la ciencia histórica pues “...se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método -camino- para ello es análogo (...) este camino [tiene] cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. (...) por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado. (...) Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: (...) está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes. (...) La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método. (...) La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las

*condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc."* (Considerando 30).

El control de la Casación se diferencia, pues, del análisis de la arbitrariedad asumido por la Corte en tanto la revisión de la Cámara ha de controlar el respeto por el método en la fundamentación del fallo. En ese campo, no pueden quedar abiertas hipótesis a pesar de que alguna de ellas resulte más plausible que las otras. Se requiere para el juicio de responsabilidad que una de las posibilidades que en abstracto compiten por explicar lo sucedido se imponga a las demás con un grado de certeza que permita el descarte de las otras. Por eso la Corte ha marcado la diferencia entre la labor del historiador y la del juez: "*...La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda...*".

En la sentencia bajo examen el *a quo* ha descartado la existencia de dudas y ha establecido como cierta la actuación de Toconas en el hecho investigado.

A mi modo de ver, la metodología empleada por el tribunal para llegar a esa conclusión -síntesis- ha respetado los cánones del método aplicable. Las hipótesis que sobre el particular pudieran expresarse como compitiendo y que neutralizarían esa conclusión, como pretende el recurrente, -o llevarían a la duda- sólo son operativas en la medida en que se desgaje el cuadro formado por la totalidad de las circunstancias -síntesis-, lo cual no resulta de recibo metodológicamente hablando.

Así, por un lado, el recurrente se queja ya que, a su entender, la sentencia vulnera las reglas de la sana crítica. Sostuvo que "*...ninguno de los*

*uniformados que depuso en el debate descartó que mi defendido llevara consigo una botella de cerveza, sino que no lo recordaron... si no puede saber el personal policial si el causante apoyó en el piso una botella de cerveza, tampoco puede darse certeza a sus expresiones en punto a que habría puesto un arma en el suelo.”. Por el otro, argumenta que “...bien pudieron haber estado las armas en poder del otro individuo no identificado y como Toconas, único aprehendido en el procedimiento, se encontraba con aquél, fue imputado por la comisión de tales conductas por error, por la sola circunstancia de haber estado próximo al otro sujeto, pero ninguna vinculación se ha establecido con el otro sujeto...”.*

Asimismo, se agravia respecto de que el tribunal consideró que haya sido Toconas el que provocó la rotura del vidrio de uno de los móviles policiales, como así también respecto a la resistencia a la autoridad impuesta ya que, en sus términos, “...bien pudo haber existido alguna agresión hacia el personal policial por parte de los vecinos que se acercaron al lugar... el nocente resultó con lesiones documentadas en el informe médico general (tumefacción en codos, antebrazo, manos, rodillas y piernas), que fue esposado y conducido por cuatro efectivos policiales al móvil policial, por lo que no resulta materialmente posible ni que se hubiere resistido ni que hubiere roto el vidrio de la ventanilla del móvil.” (fs. 287 vta./288).

A ese respecto, luego del debate, el tribunal de juicio determinó que “...las pistolas involucradas en el hecho habían sido incautadas por el Cabo Aguirre del piso, donde momentos antes las habían arrojado TOCONAS y el otro individuo... todos los policías que intervinieron en el mismo hicieron referencia a la resistencia opuesta por el condenado y la otra persona que estaba armada...”.

Además, tuvo por debidamente acreditado que cuando los agentes del orden intentaron proceder a la detención de quienes exhibieron las armas de fuego y los apuntaron, “...ambos reos comenzaron a arrojar golpes de puños y puntapiés resistiéndose a la detención. Finalmente, Toconas logró ser reducido por el Cabo Héctor Alborno y Álvaro Biere, quienes lo ingresaron al móvil 246 a



*los fines de trasladarlo a la Seccional, oportunidad en la que el detenido arrojó una patada contra el vidrio de la ventanilla trasera provocando su rotura...". (fs. 270 vta./271).*

Sobre la dinámica de esos comportamientos imputados, debo agregar que la posible crítica a la reconstrucción hecha por el *a quo* se basa solamente en las explicaciones brindadas por el imputado -estar sosteniendo una botella de cerveza, no tener vínculo con el otro sospechoso, haberle requerido éste dinero para comprar bebida- que a su vez ha sido sometida a confronte eficazmente concluyendo en su mendacidad, con lo cual la pretendida concurrencia de una hipótesis alternativa no es tal.

Los dichos de los policías fueron contestes en cuanto haber visto las armas en poder del imputado y del sujeto que logró huir. Así, el Cabo Aguirre sostuvo que "...se acercaron a los sospechosos, notando que cada uno llevaba un arma en sus manos. Asimismo, observaron que al notar la presencia policial, en un primer momento aquellos sujetos les apuntaron, pero al verse rodeados por el personal policial, arrojaron las pistolas al suelo. (...) preguntado si alguno tenía una botella de cerveza, expresó que no lo recuerda. (fs.257 vta.). En cuanto al Cabo Albornoz, en su testimonio dijo que "Preguntado si el de campera celeste tenía una botella de cerveza, expresó que no lo recuerda. (...) aquellos exhibieron cada uno un arma de fuego...les san la voz de 'alto' y bajaron los armas...". ( fs. 258 vta.). El Cabo Aguirre expresó que "...vieron dos masculinos avanzar y cuando los tienen a pocos metros les dan la voz de alto y sacan un arma cada uno, los apuntan y luego desisten tirándolas sobre el piso. Eran pistolas negras de gran tamaño." (fs. 259). Por último, el Cabo Biere dijo que "...extraen armas (una cada uno de ellos) y luego las arrojan. Eran pistolas de color negro. Apuntaron al personal, y luego actúan como si quisieran entregarse. Pero cuando se acercaron, los tomaron a golpes de puño..." (fs. 259 vta. -el subrayado me pertenece-).

De los fragmentos citados se infiere que los cuatro policías que intervinieron en el procedimiento alegaron haber visto las armas en poder de los reos -que, tras apuntar a los policías, dejaron en el suelo-. Si bien cierto es que ninguno pudo recordar haber visto una botella de cerveza en manos de Toconas o en el piso, lo que sí afirmaron categóricamente fue la presencia de las armas en manos del imputado y del que logró huir, pudiendo precisar sus características físicas, y que las apoyaron en el piso luego de escuchar la voz de “alto”. Con esto se satisfacen las exigencias fundamentales sobre el riesgo jurídicamente desaprobado que dará soporte a la imputación final del tipo de injusto escogido en el fallo.

Otro tanto ocurre con la rotura del vidrio del móvil policial marca Fiat Siena, interno 1173, dominio FFI-399, que presentó rotura de balizas y de la ventanilla de la puerta trasera derecha, observándose restos de cristal en el interior del habitáculo, según consta en el informe pericial a fs. 25 (con fotografías a fs. 28/29/32). La defensa se queja por las contradicciones entre los dichos del Cabo Samaniego y el Cabo Albornoz en cuanto a tal rotura sosteniendo que “...*Samaniego dijo que ocurrió mientras lo subían al móvil junto a Toconas, mientras que Albornoz señaló que ocurrió cuando se encontraba ya cerrada la puerta.*” (fs. 288 vta.).

En efecto, la supuesta contradicción alegada entre los dichos de los preventores no es tal ya que Samaniego sostuvo que “... *(A Toconas) lo subieron al móvil 246 y salieron del sector donde estaban, aclaró que él con el detenido seguían forcejeando ya que no lo podían ingresar al patrullero dado que no cesaba de dar patadas, hasta que en un momento lo lograron, y aquél dio una patada sobre la ventanilla logrando que se rompiera el vidrio de la misma” (fs. 257 vta.) y Albornoz, por su parte, dijo que “*Luego, junto con Biere y Aguirre trataron de subir al imputado al móvil, sin que por ello cesara el forcejeo, y finalmente lograron ingresarlo y el detenido, de una patada, rompió el vidrio trasero derecho.*” (fs. 258 vta. -el subrayado me pertenece-).*

La Corte tiene dicho que la arbitrariedad de la sentencia se configura, entre otros casos, cuando se han considerado las pruebas, los indicios y presunciones en forma fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio; y en especial, cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los elementos probatorios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios (Fallos C.S.J.N.: 308:641).

En buena medida, esta doctrina sigue los lineamientos tradicionales en la valoración probatoria en tanto exige que *"La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto (...) La convicción acerca de la existencia o la inexistencia del delito y acerca de la responsabilidad (...) debe obtenerla el juez mediante un examen integral, pleno y completo."* (Eugenio Florian, "De las pruebas penales", Tomo I, edición en lengua española de "Delle prove penali", editorial Temis, 1976, parágrafo 173).

En el análisis de los elementos de juicio, el *a quo* ha seguido esa línea de consideración conjunta, atendiendo a la totalidad de las circunstancias tanto a partir de comprobaciones directas -prueba directa de tipo testimonial y actuada- como indiciaria, fundada en ésta. Ha aplicado las reglas de la experiencia, entendiendo por tales aquellas que hacen a la "lógica espontánea" a la que se atiene la generalidad de las personas o que refiere conocimientos disponibles sobre causaciones naturales, usos, costumbres, reglas técnicas y sociales. En ese campo, brindan un criterio general que puede operar como estándar para ponderar lo realmente acontecido.

En ese orden, el tribunal tuvo por probada adecuadamente la *ratio iuris* de los injustos atribuidos al acusado, consistente en la afectación de la

seguridad pública, el daño a la propiedad y el ataque a la libre actuación de los preventores.

Al respecto, la defensa no ha podido indicar arbitrariedad alguna ni brindó argumentos de peso que permitieran desechar la comprobación argumentada en el fallo.

La defensa se agravia, especialmente, por la fuente de comprobación de los hechos -los dichos del personal policial a los que, según ella, les caben las generales de la ley- y el modo en que fue ponderada la prueba. Sin embargo, no ha logrado demostrar los criterios legales que justifican su aseveración ni de qué manera la fundamentación brindada por el tribunal es contraria a las reglas de la sana crítica, ni que los dichos de los preventores, o de los testigos de actuación, ofrecieran señales de mendacidad. Resulta pues en este aspecto infundado y absurdo, a pesar de la extensión de argumentos superpuestos y desordenados.

La comprobación del hecho bajo estudio si bien tiene a los testimonios del personal policial interviniente como elementos de juicio básico, también ha integrado a los presupuestos de la imputación la verificación de los daños realizados en los móviles policiales, la resistencia opuesta y la prueba pericial realizada sobre las armas incautadas, todo ello en un contexto de congruencia incriminatoria.

C) Corresponde atender ahora al agravio de la defensa respecto a la errónea calificación legal realizada por el tribunal y la atipicidad de la conducta de su defendido o, en subsidio, la de tenencia de armas y daño simple.

Así manifestó que “...*la conducta resulta atípica de tenencia de arma de guerra en atención a que el propio Tribunal Oral no ha tenido por cierto que las armas estuvieran cargadas y en condiciones de ser disparadas... toda vez que el delito de tenencia de arma de guerra tiene como bien jurídico protegido la seguridad pública y debe cuanto menos existir peligro abstracto, el cual no se ha acreditado en el caso sub lite.*” (fs. 292).

En relación a esto, el *a quo* tuvo por acreditado que Toconas tenía en su poder al momento de su detención, alguna de las dos pistolas calibre 9 mm incautadas, las que se encuentran clasificadas como armas de guerra (arts. 4 y 5 inc. 1° b del Dec. Ley 395/75) y respecto de la cual no poseía autorización legal para detentar. De los informes periciales (fs. 174/6) se concluye que ambas resultaron ser aptas para el tiro, con la salvedad de que el arma marca "Bersa" era de funcionamiento anormal, y en cuanto a las municiones, se determinó que la calidad de los cartuchos de bala peritados se corresponderían al calibre 9 mm.

En cuanto a la calificación legal escogida -tenencia de arma de guerra tipificada en el artículo 189 bis, 2° apartado, 2° párrafo-, dijo el tribunal que "*...el delito en cuestión, por ser de peligro abstracto, se consuma con la mera acción de tener el objeto careciendo de la debida autorización legal, tenencia que en la especie se dio, sin lugar a dudas. En este sentido debemos agregar que la figura más grave de portación de arma de guerra no se configuró porque, al no haberse peritado los proyectiles en relación a su aptitud, no pudo probarse que dichas armas estuvieran en condiciones de tiro.*" (fs. 273 vta., el subrayado me pertenece).

Se debe tener en cuenta que el delito de portación de arma es un delito de peligro concreto que requiere, entre otros elementos, la falta de autorización y un traslado en condiciones de uso, siendo que el mismo se satisface sin necesidad de vincularlo con un delito fin.

En el *sub lite*, se tuvo por acreditado que Toconas no contaba con autorización legal para tener en su poder ninguna de las dos armas incautadas, pero lo que no se pudo demostrar -como señaló el tribunal- fue la aptitud para el disparo de las armas ya que, en la pericia realizada por la División de Balística, no se peritaron las municiones en relación con las armas.

El legislador ha adoptado criterios de autoprotección del Estado a través de la defensa de la seguridad y la tranquilidad públicas, conformando un

bien jurídico diferenciado de los ilícitos que en particular puedan afectar bienes individuales. Esto queda en evidencia por la rúbrica donde se integra sistemáticamente el tipo bajo análisis y la graduación del peligro que se verifica en la consideración de las consecuencias punitivas atribuidas a cada supuesto incluido en el art. 189 bis del C.P.

En ese orden, en lo que el tipo expresa como deber impuesto al sujeto que detenta un arma de fuego -omitir su posesión o tenencia ilegítima-, está claro que no requiere de una ejecución más extensa que la de “portar” o “tener” el objeto en las condiciones antes aludidas, pues con esto determina ya una perturbación social objetiva. El “estado” o “situación” de antijuridicidad tiene pues un sentido de permanencia que, nuestra legislación penal, diferencia a través de la configuración típica entre “tenencia” y “portación”.

En la portación debe existir un traslado que implique dominio sobre el arma de fuego en condiciones en que ésta pueda ser usada como tal y, al mismo tiempo, poder de decisión para cesar en esa posesión dinámica. En el caso bajo examen, la calificación legal que le cabría a Toconas por la conducta debidamente acreditada sería la de portación de arma de guerra si se hubiesen revisado las municiones en relación a las armas secuestradas al momento de la pericia. Ante esa carencia, entendió el *a quo* que las dudas debían jugar a favor del imputado, motivo por el cual consideró correctamente el tener residualmente por configurada la tenencia ilegítima de arma de guerra.

En segundo término, la defensa sostuvo que debería ser descartado el tipo de resistencia a la autoridad ya que “*eran cuatro policías para la aprehensión de un solo sujeto que fue esposado y subido al móvil policial. En estas condiciones era materialmente imposible resistirse así como también efectuar cualquier daño al móvil. Además no puede soslayarse que el causante sufrió las lesiones que surgen del informe médico legal de fs. 44...*” (fs. 292).

El tribunal de juicio consideró configurado el tipo penal de resistencia a la autoridad toda vez que “*...ha quedado sobradamente demostrado*

*que con su conducta ha entorpecido la actividad funcional de los agentes del orden...*" (fs. 273 vta.). Para llegar a tal conclusión, el *a quo* se basó en los dichos de los preventores que intervinieron en el procedimiento: *"...los cuales fueron sostenidos a lo largo del proceso y en el debate-, transmitieron total credibilidad a los firmantes..."*. Sus declaraciones han sido coincidentes en punto a que los dos reos, luego de arrojar las armas al piso, forcejearon con ellos arrojando golpes de puño y patadas a los fines de poder escapar (ver fs. 1, 47, 53, 55 y 257/260), motivo por el cual considero que el agravio en este punto no debe tener favorable acogida ya que no pasa del nivel de la mera retórica -en sentido negativo-, declamaciones y consideraciones infundadas.

Por último, la defensa consideró que la calificación que correspondería por el daño constatado sería la de daño simple y no la de daño agravado ya que tal calificación en cuanto al agravante *"...no puede ser admitida por vulnerar el principio de congruencia, en efecto basta observar el requerimiento de elevación a juicio y el hecho tenido por cierto para advertir que tal finalidad...no fue incluida en ninguno de los actos procesales centrales del proceso, intimación del hecho en la indagatoria, procesamiento, requerimiento de elevación ni descripción del hecho tenido por cierto. Por tanto el causante no ha tenido oportunidad de defenderse. (...) Tampoco puede considerarse al patrullero un bien de uso público."* (fs. 292 vta.).

En efecto, de la lectura del expediente surge que ni en la oportunidad en la que Toconas presta declaración indagatoria (cuando se le hace saber el hecho que se le atribuye en su contra, ver especialmente fs. 76), ni en el procesamiento con prisión preventiva (fs. 106 vta.), ni tampoco al momento de determinar los hechos en el requerimiento de elevación a juicio (ver fs. 179 vta.) se hizo mención alguna al elemento subjetivo o de ánimo que refiere la sentencia recurrida como configurada en relación al agravante del daño (esto es, *"...con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones."*

Establecido en el art. 184 inciso 1° del C.P.).

En este sentido, en el procesamiento con prisión preventiva se consideró a este respecto que la conducta encontraba adecuación típica en la figura de daño simple, y en el requerimiento se encuadró la conducta dentro de la previsión típica del art. 184 inc. 5° del C.P. (esto es daño agravado por tratarse de un bien de uso público).

Asimismo, de la simple lectura de los alegatos surge que ni el Fiscal ni el Defensor hicieron referencia al agravante puesto en crisis ya que centraron su exposición -en este aspecto- en determinar si el móvil policial es un bien de uso público o no a los efectos del inciso 5° del referido artículo.

Por estas razones, la calificación legal adoptada en la sentencia recurrida (daño agravado por ser realizado con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones) resultó sorpresiva para el recurrente ya que vulneró el principio de congruencia, no habiendo tenido aquél oportunidad para defenderse. Cabe pues asumir legalmente, en esas condiciones, que por las fallas apuntadas sólo resta la imputación por daño simple.

A partir de esta circunstancia, cabe adoptar la sanción impuesta a Toconas al nuevo título de imputación. En virtud de ello, han de remitirse estas actuaciones al tribunal *a quo* para que disponga nueva pena sobre el particular. En consecuencia, las críticas dirigidas a la entidad de la sanción dispuesta en su oportunidad no han de ser tratadas.

-V-

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se haga lugar parcialmente al recurso de casación en punto a la modificación de la calificación legal de daño agravado por la de daño simple (art. 183 del Código Penal), remitiendo las actuaciones al tribunal de origen para que dicte nueva pena conforme a lo aquí establecido, sin costas.

Tal es mi voto.



El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:  
Que adhiero al voto del juez que lidera el acuerdo.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

**-I-**

Coincido con el juez que ha votado en primer término que el recurso de la defensa es formalmente admisible, correctamente fundado en los presupuestos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, y me remito también a este voto en cuanto a la reseña de los planteos efectuados a fs. 277/299 vta.

**-II-**

El recurrente pretende se decida la invalidez de la detención de Juan Manuel Toconas y así también del secuestro de las armas que son objeto del delito por el que ha sido acusado y condenado. Concuero con la solución de rechazo que propicia el juez del primer voto, pues entiendo que aunque por hipótesis tuviese éxito la defensa en la impugnación de las actas de detención y secuestro, la sanción alcanzaría a éstas pero no a los actos a los que ellas están dirigidos a documentar, que pueden probarse por cualquier otro medio si aquéllas careciesen de eficacia documental.

En este sentido me remito a las consideraciones que respecto de los arts. 138 y 140 del C.P.P.N. expuse en la causa n° 8044 "Rodríguez, Susana Florinda" (Reg. 12033, rta. 27/6/08) en allí expuse las razones por las que debe entenderse que la forma actuada no es constitutiva, ni de modo general condición de validez, del acto de detención o secuestro, sino simplemente que ella está establecida "*para dar fe*" de su realización o cumplimiento y de sus circunstancias y resultados, esto es, como un modo de prueba calificado. La conclusión se refuerza tan pronto se observa que la omisión de realización del acta -en general-

no fulmina de nulidad el acto realizado, porque no hay sanción expresa de nulidad en los términos del art. 166 C.P.P.N. Sólo si la omisión de realización del acta afectare la intervención del imputado, con violación del derecho de defensa, podría examinarse si se trata de una nulidad de orden general del acto que debió ser documentado, sujeta inclusive a declaración de oficio, según los arts. 167 y 168 C.P.P.N.

A mayor abundamiento observo que el recurrente no sólo confunde la alegada invalidez de las actas respectivas con las de los actos mismos. Aun en el caso en que la ley impusiese prescindir de la valoración de las actas, tampoco demuestra el recurrente cómo es que se llegaría a una decisión liberatoria de la acusación desde el mismo momento que no aporta ningún argumento o razón que indique un defecto de la aprehensión de su defendido ni del secuestro de las armas involucradas, que condujese a prescindir de sus resultados.

También en lo que respecta al cuestionamiento de la defensa en punto al modo en que el tribunal *a quo* formó su convicción sobre la existencia del hecho y su atribución a Juan Manuel Toconas, instando la absolución de su defendido por aplicación del principio *in dubio pro reo* (art. 3° del C.P.P.N.), comparto y hago míos los argumentos y conclusiones expuestos en el primer voto (*vide.* punto B), y concuerdo con la solución de rechazo allí propuesta.

La defensa ha presentado también queja por errónea aplicación de la ley sustantiva (art.456, inc. 1, C.P.P.N.). Concuerdo con el juez de primer voto en que corresponde rechazar la pretensión de que no se han reunido los presupuestos del delito de resistencia a la autoridad.

La defensa pretende que no se ha satisfecho el supuesto de hecho objetivo del delito de tenencia de armas de guerra pues el *a quo* no ha tenido por cierto que las armas estuviesen cargadas y en condiciones de ser disparadas. Ahora bien, el delito de tenencia ilegítima de arma -sea esta de uso civil o de guerra- se satisface simplemente por la conducta material que consiste en la constitución de una relación de disponibilidad real del agente sobre un arma, sin

autorización. Se trata de una infracción que no requiere que el arma esté cargada, porque lo que afecta ese delito, de pura actividad, es la actividad estatal de control sobre las armas en poder de las personas. En esto se diferencia del delito de portación de armas sin autorización, que se satisface cuanto el agente lleva en la vía pública un arma de fuego –sea de guerra o de uso civil-, cargada, o en condiciones de carga inmediata para su uso, y carece de autorización de autoridad competente para realizar tal actividad (confr. mi voto en causa n° 8275 “Korolenko, Yehuen y otro s/recurso de casación”, rta. el 25 de julio de 2008, reg. n° 13.051). Por cierto, debe tratarse de un arma cuyos mecanismos conservan funcionalidad para producir disparos, pues de lo contrario, un objeto que no está en condiciones de producir disparos por la deflagración de la pólvora no es en verdad un arma de fuego. Tal funcionalidad se ha tenido por acreditada con el informe de la División Balística de la Policía Federal de fs. 174/176, y este hecho no ha sido puesto en cuestión por la defensa.

Finalmente, he de señalar que concuerdo con el juez de primer voto en punto a la respuesta que cabe dar a la impugnación de la defensa en cuanto se queja de que la condena por esta forma agravada no guarda congruencia con la acusación, que no había acusado al imputado de haber cometido el daño del patrullero “*a fin de evitar el libre ejercicio de la autoridad pública o en venganza de sus determinaciones*”.

Ello conduce a la exclusión de la forma agravada del art. 184, inc. 1, C.P. A este respecto no es necesario abordar las argumentaciones que presenta la defensa en punto que el automóvil policial afectado como móvil o patrullero no califica como bien de uso público a tenor del art. 184, inc. 5, C.P. porque la jurisdicción de esta Sala está definida por los agravios introducidos en el recurso de casación (art. 445 C.P.P.N.), de modo que, habida cuenta de que la decisión recurrida no ha efectuado ninguna determinación de hecho, ni jurídica, en ese sentido, aunque por hipótesis se concluyese que el supuesto de hecho de tal figura

legal está satisfecho, la prohibición de *reformatio in pejus* sin pretensión del acusador impediría que se reforme el título de la condena en perjuicio del apelante. Así, pues, debe hacerse lugar parcialmente al recurso de casación, declarando que el daño comprobado y atribuido al imputado se subsume bajo la figura básica del art. 183 del C.P.

Esta modificación impone un nuevo acto de determinación de la pena que no puede ser abordado por esta Sala en las condiciones del caso (confr. C.S.J.N., "Niz, Rosa A.", N.132.XLV, 15 de junio de 2010).

Habida cuenta de ello, se torna inoficioso el tratamiento de los demás agravios que la defensa ha introducido en punto a la graduación de la pena.

-III-

Con estas consideraciones adicionales, concuro a la solución que viene propuesta.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación en punto a la modificación de la calificación legal de daño agravado por la de daño simple, remitiendo las actuaciones al tribunal de origen para que dicte nueva pena conforme a lo aquí establecido, sin costas (arts. 456, inc. 1° y 2°, 470, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Guillermo J. Yacobucci -Luis M. García - W. Gustavo Mitchell. Ante mí:  
Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado CSJN