



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

C-32679

En la ciudad de La Plata, a los 19 días del mes de abril de dos mil doce, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires doctores Jorge Hugo Celesia y Carlos Alberto Mahiques (arts. 2, 440 y ccdtes. del C.P.P., 6, 16 y ccdtes. de la ley 11.982), para resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de **P. A. o J. M. y de M. A. G.**, que tramita en la secretaría de esta sala bajo el **número 32679**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación los jueces deberán observar el orden siguiente: **CELESIA – MAHIQUES.**

ANTECEDENTES

El Tribunal Oral en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial La Matanza condenó a P. R. A. o J. R. M. a la pena de veinticuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra, en concurso real con robo agravado por el homicidio resultante, este último en calidad de coautor.

En el mismo acto condenó a M. J. G. a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el homicidio resultante.

Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de casación el defensor oficial de los imputados Dr. Marcelo Diego Riddick, el cual obra a fs. 67/86 del presente legajo.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este tribunal decidió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia dijo:**

I. a) El primer tramo del recurso trae agravios relacionados con el hecho identificado en el fallo como número 1, que se consideró constitutivo de los delitos de homicidio en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra, por el que resultó condenado P. A..

Alega el recurrente que la conclusión del a quo en este punto resultó infundada y que se arribó a ella mediante una arbitraria valoración de los elementos de prueba lo que derivó en una errónea aplicación del art. 45 del C.P. mediante infracción a las disposiciones de los arts. 1, 106, 210 y 373 del C.P.P.

Sostiene que la atribución de responsabilidad a su asistido no encuentra respaldo en las reglas de la lógica y que el fallo se encuentra plagado de afirmaciones sin sustento probatorio, como las que indican que su asistido fue el que disparó contra la víctima, o que portaba un arma de guerra cuando ésta ni siquiera se secuestró.

Dice que los testimonios de H. G. y de los hermanos de la víctima, C. J. y J. L. I., nada aportan para probar la autoría pues no presenciaron el momento en que ocurrió el hecho. Lo mismo señala respecto de la autopsia, peritajes planimétricos, de rastros, psiquiátrico y balísticos, mencionados también por el a quo al tratar la autoría en tanto nada agregan en relación a la participación de su asistido.

Afirma que la única prueba de cargo vinculante resultarían los testimonios de P. G. y Y. G., pero que entre una de ellas y la víctima existía una relación amorosa que lógicamente puede teñir su testimonio de cierta parcialidad lo que torna dudosa su confiabilidad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Por otro lado sostiene que resulta llamativo que el a quo no haya evaluado las graves contradicciones existentes en el relato de G. como así también al cotejarlo con el de la testigo G.. En este sentido destaca que G. dijo que conoció a P. A. recién el día del homicidio, para luego manifestar que el autor salió corriendo en dirección a su casa, lo que se contradice con lo anterior pues si no lo conocía obviamente no podía saber donde vivía, y así también otras manifestaciones de su relato de las que no queda claro si conocía a A. antes del hecho o no.

Dice que la testigo G., a diferencia de la anterior, adujo conocer a “Pablo” desde chica y también que era amiga de la víctima, con lo que nuevamente aparece una testigo parcial cuyo relato, según afirma el recurrente, resultó contradictorio en cuanto dijo no haberse dado cuenta de que el agresor era A. sino hasta después de cometido el homicidio, a pesar que lo había tenido antes frente a frente y lo conocía perfectamente.

Señala luego otras contradicciones entre lo dicho por las testigos de cargo, que si bien no hacen al hecho en sí, a su criterio sirven para evaluar la verosimilitud de sus testimonios.

Sostiene el recurrente que G. es la única persona que afirmó haber visto a A. con un arma amenazando a I., pues G. sólo repitió lo que le contó su amiga.

Frente a ello destaca que el imputado prestó declaración afirmando que el día del hecho estaba en una fiesta en su casa junto a otras personas, circunstancia que fue corroborada por distintos testigos que depusieron en la audiencia de debate.

Explica el recurrente que oportunamente pidió un careo entre su asistido y las testigos de cargo y que esa diligencia fue denegada por el a quo con argumentos inconsistentes y erróneos, lo que constituye una

violación al derecho de defensa en juicio establecido en el art. 18 de la C.N., lo que es motivo para que se declare la nulidad del juicio, y que oportunamente formuló la correspondiente protesta de recurrir en Casación.

Concluye afirmando que la falta de elementos de cargo en relación al delito contra la vida también se verifica en lo que hace al delito contra la seguridad pública, pues mal puede decirse que el imputado tenía en su poder un arma sin autorización cuando la misma no ha sido secuestrada, existiendo aún menos prueba en cuanto si existía o no autorización para su tenencia.

Finalmente alega la defensa la violación al principio "favor rei" receptado en el art. 1º del C.P.P.

b) Al presentar el memorial que prevé el art. 458 in fine del C.P.P., la Defensora Oficial Adjunta ante este Tribunal mantuvo respecto de éste motivo de agravio los fundamentos esgrimidos en el recurso originario y se remitió a ellos. Agregó el vicio en que incurrió el a quo en punto a la acreditación del elemento negativo requerido por el tipo de tenencia ilegal de arma de guerra, pues la falta de autorización fue presumida de modo infundado y aparece como una afirmación meramente dogmática y no como la derivación de las constancias de la causa, ello así ante la falta de secuestro del arma y la ausencia de informe al respecto por parte de los organismos correspondientes. Citó jurisprudencia de este Tribunal en apoyo de su postura.

c) En la misma oportunidad, el Sr. Fiscal Adjunto de Casación propició el rechazo de este tramo del recurso toda vez que la resolución se encuentra fundada y el recurrente no demuestra ningún desvío lógico en el razonamiento del juzgador.

Dijo que a la luz de las contundentes declaraciones testimoniales de las jóvenes G. y G., la autoría no puede discutirse en este hecho en tanto tratándose de una prueba sometida a la inmediación intransferible de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

jueces son ellos y no este Tribunal los que se encuentra en condiciones de apreciar razonada y razonablemente el valor y contenido de lo que dicen.

Alegó que tampoco es viable el argumento sobre la violación de garantías constitucionales por haberse diferido un careo, pues el derecho a valerse de prueba pertinente no es absoluto ni incondicionado, pues más allá del derecho de defensa aquí se halla en juego otro tan importante como es el derecho a la seguridad de las testigos víctimas. Que sin perjuicio de ello la pertinencia de una prueba y su eventual relevancia resultan razones que permiten al Presidente del debate diferir la medida en tanto las facultades de dirección le son propias, por lo que la decisión del a quo ha sido de acuerdo a derecho en tanto expresamente la norma del art. 362 le permite disponer los careos y en tanto tal como se afirma por los jueces en el debate el encartado ha podido interrogar a los mismos a través de su defensa técnica y personalmente cuando declarara en la IPP.

II) Este tramo del recurso debe prosperar de modo parcial.

a) No puedo compartir los cuestionamientos esgrimidos por la recurrente dirigidos al modo en que se tuvo por acreditada la autoría de A. pues el a quo formó su convicción al respecto en base a un plexo probatorio que a mi criterio no merece censura.

El Tribunal tuvo por cierto que, siendo aproximadamente las 6:30 hs. del día 24 de marzo del año 2002, una persona de sexo masculino irrumpió en el local destinado a vivienda sita en la calle del Tejar nº 7280 de Gregorio de Laferrere de este Partido, con intenciones de dar muerte a su morador, L. A. I., efectuó un disparo con el arma de fuego calibre 9 mm que portaba sin contar con la debida autorización legal para ello, que impactó en el cráneo del nombrado ocasionándole una herida de tal magnitud que produjo su óbito.

A su vez, y en lo que aquí interesa, para tener por acreditada la autoría de P. A. en ese hecho valoro en primer lugar la declaración testimonial de P. del V. G., quien afirmó el día del hecho se dirigió junto a su amiga J. G., alrededor de las 6 o 6:30 de la mañana al local que L. A. I. alquilaba y utilizaba como habitación. Que al llegar a lugar se escuchaba música baja y voces, pero no se veía para adentro, que al costado había un portón de entrada y un pasillo que estaba oscuro, y de ahí sale Pablo y les dice “que hacen y que quieren”, que le dijeron que buscaban a “Chicho”, y luego entraron al local ella, su amiga y el novio de ésta, mientras que Pablo se quedó en la vereda todo el tiempo.

Contó G. que en un momento su amiga y el novio salieron para comprar una gaseosa y “Chicho” cerró la puerta con llave. Que enseguida golpearon la puerta y cuando “Chicho” va a abrir Pablo pateó la puerta y entra, agarrando del cuello a I. y poniéndole un arma en la cabeza. Que ella le pedía al sujeto que lo suelte y “Chicho” le decía a ella que se fuera, que en un momento logra salir del lugar con intenciones de ir a pedir ayuda a unos chicos que había en la esquina, y apenas sale escucha el disparo.

Continuó explicando la testigo que antes de que ella llegara a la esquina se dio vuelta y vió a Pablo salir corriendo del local con un bulto en la mano. Que en ese momento ya salía mucha gente a ver que pasaba, entre ellos el dueño del local con el que fueron a ver que había pasado y encontraron a Chicho tirado boca arriba en el piso en el mismo lugar donde Pablo lo tenía agarrado por el cuello.

Por su parte, la testigo J. S. G., si bien no presencié el momento del disparo, sí fue absolutamente conteste en lo esencial con la anterior, y su testimonio se erige como un elemento cargoso de importancia pues no sólo da cuenta que de que G. desde un primer momento sindicó a Pablo como el autor del hecho, sino que también corrobora, ahora sí por haberlo percibido por sus propios sentidos y por habérselo confirmado la víctima antes de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

morir, la presencia de P. A. en el lugar del hecho, instantes antes de su comisión, lo cual sirve para desvirtuar la versión exculpatoria del imputado.

La defensa pretende encontrar contradicciones o inconsistencias en el relato de estas testigos que de ningún modo son tales. En el caso de G., contrariamente a lo afirmado por el recurrente, surge patente de su relato que si bien no conocía al imputado con anterioridad al día del hecho, en ese momento la víctima le hizo saber de quien se trataba, pues el imputado fue quien las recibió cuando llegaron al local y se quedó en la vereda mientras ellas ingresaron, momento en el cual Chicho les contó que se trataba de Pablo y que estaba allí afuera porque iba a asaltar a un repartidor que pasaría por allí.

Por otra parte, las referencias de su relato que denotan algún tipo de conocimiento del imputado son datos que la testigo adquirió con posterioridad al hecho, tales como el lugar donde vivía A., lo que le permitió describir que aquel huyó hacia su casa, pues al momento de declararlo ya sabía de quien se trataba y donde vivía.

Tampoco genera ningún menoscabo en la credibilidad del testimonio de J. G. el hecho de que a pesar de conocer a P. A. desde chico no lo haya reconocido en un primer momento cuando lo vió en la puerta del local que habitaba la víctima, pues esta testigo claramente expresó que no tenía relación fluida con Pablo sino que lo conocía por ser primo de unos compañeros suyos del secundario, por lo que esa circunstancia no tiene ninguna entidad para generar dudas sobre la credibilidad de su testimonio.

Tampoco es atendible la crítica que el recurrente desliza en cuanto a que los testigos de cargo se tratarían de personas de algún modo interesadas porque tenían relación afectiva con la víctima. Al respecto debe puntualizarse que ni el parentesco de los testigos con la víctima o su amistad

son circunstancias que puedan, por sí, afectar su credibilidad ni su habilidad pues nuestro ritual establece ampliamente en el art. 233 que toda persona es capaz de atestiguar, sin perjuicio de las facultades del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las disposiciones del Código.

En consecuencia, si bien es correcto que en los casos en que los testigos mantengan alguna relación con la víctima, ya sea de parentesco o amistad, el análisis de sus manifestaciones debe ser severo, no se advierte en la labor del tribunal que haya obrado sin cumplir ese requisito.

Ahora bien, frente a la contundencia de estos elementos cargosos el recurrente sólo opone la versión exculpatoria brindada por su asistido, que a su criterio fue corroborada por distintos testigos que concurrieron al debate. Sin embargo, al analizar tales relatos el a quo no sólo advirtió inconsistencias y contradicciones que le generaron reservan en cuanto a su credibilidad, sino que acertadamente advirtió que sus afirmaciones no resultaban lógicamente incompatibles con la participación de A. en el homicidio, pues si bien todos ellos dijeron haber visto esa noche al nombrado en su casa, participando de una reunión familiar, lo cierto es que también dieron cuenta de que no podían precisar con exactitud que haya estado todo el tiempo, por lo que bien pudo el imputado irse, cometer el hecho y luego regresar, máxime teniendo en cuenta la corta distancia que existía entre su casa y el local que alquilaba la víctima.

Tampoco puede prosperar, por otra parte, la queja de la defensa por la negativa del Tribunal de llevar a cabo una diligencia de careo entre las testigos de cargo y el imputado.

En primer lugar cabe destacar que la realización de este tipo de diligencias esta claramente regulada en el art. 362 como una facultad del juzgador, supeditada a que resulte necesaria, ello en el marco de la función de contralor y dirección del debate propia del Tribunal. Es que la facultad de interrogar a los testigos consagrada en distintos Pactos Internacionales, no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

es absoluta sino que se encuentra sometida a los límites impuestos por las reglamentaciones a fin de garantizar el orden de los procesos y los derechos de otras personas involucradas –testigos o víctimas-, y en consecuencia la admisión de la realización de este tipo de diligencias durante el juicio esta válidamente condicionada a criterios de necesidad y pertinencia que deberán ser analizadas en cada caso en particular para evaluar su razonabilidad.

De modo entonces que tal derecho queda garantizado con la posibilidad que tiene la defensa de interrogar a los testigos o alegar sobre lo que declaren, y para impugnar la resolución del juez que le impidió llevar a cabo determinada diligencia o efectuar ciertas preguntas debe demostrar que la misma resultó arbitraria o irrazonable.

No advierto que en el caso la decisión del a quo haya sido arbitraria, sino que por el contrario resultó fundada en la necesidad de preservar la integridad de las testigos y del hijo menor de una de ellas, puesto que aquellas habían puesto de manifiesto que sentían fundados temores de sufrir alguna represalia por parte del imputado o su entorno, ya que habían recibido visitas amenazantes en más de una oportunidad con antelación al juicio con la intención de que al menos una de ellas cambie su declaración.

En ese contexto, no parece irrazonable la decisión del a quo de no someter a las testigos a un enfrentamiento personal directo con el imputado, siendo que ello, además, no resultaba necesario.

Por otro lado, tampoco la defensa ha demostrado el concreto perjuicio que la decisión del a quo le causó o que facultad se vió impedida de ejercer. El defensor fundó la solicitud de careo en la intención del imputado de realizar preguntas por sí mismo a las testigos, sin embargo, esa posibilidad bien podría haberse intentado cuanto estas testigos prestaron declaración durante el debate, pero en esa oportunidad se dispuso que el imputado sea

retirado de la Sala de audiencias sin que la defensa manifestara oposición alguna al respecto ni su intención de que el imputado realizara preguntas, por lo que si no se mostró interés en ese momento, no puede luego alegarse una restricción indebida a la facultad de interrogar a los testigos de cargo.

En definitiva el imputado, a través de su letrado, pudo interrogar a todos los testigos que comparecieron al juicio. Entonces, no advierto que medie la denunciada transgresión al derecho de defensa en juicio consagrado por el art. 18 de la C.N., sin que sobre señalar que el recurrente se limita a exponer una genérica queja relativa a su vulneración pero sin precisar la específica importancia o trascendencia que habría asumido la realización de tal diligencia.

En definitiva, el a quo ha explicado cuáles fueron los motivos que lo llevaron a adquirir certeza respecto de la totalidad de los extremos que se tuvieron por acreditados en el fallo, y en tal tarea no ha hecho otra cosa que ejercer legítimamente la facultad que la ley otorga a los jueces del juicio para establecer el mérito de las pruebas con la única limitación de la razonabilidad en que funden su decisión.

El vicio de absurdo no se consuma porque el juzgador prefiera o atribuya trascendencia a un medio probatorio respecto de otro o se incline por la verosimilitud de alguna prueba en particular en desmedro de otra, sino que se debe evidenciar el error grave, grosero, manifiesto y fundamental que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa, lo que en la especie, a mi juicio no ha ocurrido, resultando la insuficiencia del recurso, en el aspecto de que se trata, si sólo se expresa cómo hubiera valorado el recurrente los elementos que cuestiona, manifestando su criterio personal discrepante con el del sentenciante, pretendiendo demostrar a través de ese camino el absurdo que denuncia.

El grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera que en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

principio es reservada por la ley a los Magistrados del juicio quienes, por su intermediación frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testimoniales, ello salvo que se demuestre contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano, y ninguna de estas circunstancias se advierten en este caso aún habiendo realizado en esta sede el máximo esfuerzo revisor de las constancias probatorias valoradas con la evidente limitación que impone a este Tribunal la falta de intermediación con la prueba producida durante el debate oral.

Finalmente, la violación del principio in dubio pro reo que la defensa denuncia debe rechazarse por cuanto a partir de la reseña antes desarrollada queda descartado que los sentenciantes hayan dictado el pronunciamiento sin certeza, ni surge de la ponderación objetiva de la prueba un estado de duda capaz de conmover el resolutorio impugnado.

En razón de todo ello corresponde, en mi opinión, el rechazo de este motivo de agravio.

Arts. 1, 106, 210, 373, 448, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P..

b) Sí debe prosperar, en cambio, el agravio esbozado por el recurrente originario y apuntalada por la Defensora Oficial Adjunta ante este Tribunal, que cuestiona la forma en que se tuvo por acreditada la configuración del delito de tenencia ilegal de arma de guerra.

Siguiendo el criterio sentado por esta Sala en las causas Nro. 3581 "Martínez" del 28/05/02, 8282 "Franco" del 8/10/02, considero que la forma en que el Tribunal tuvo por probada la falta de autorización legal de A. para tener el arma utilizada para cometer el homicidio importó una indebida inversión de la carga de la prueba, toda vez que no se ponderó ningún elemento que evidencie asertivamente que el imputado no tenía autorización

legal para ello, sino que, tácitamente, se tuvo en consideración la inactividad del nombrado para probar lo contrario, soslayando, en consecuencia, la disposición del art. 367 del C.P.P. que le asigna al Ministerio Público Fiscal la carga de la prueba de la culpabilidad.

La disposición del art. 367 aparece como una consecuencia del principio de inocencia receptado en el art. 18 de la C.N., en cuanto establece que es la parte acusadora quien debe recopilar los elementos de prueba tendientes a destruir el estado de inocencia que acompaña a toda persona mientras no posea un pronunciamiento condenatorio firme en su contra, resguardándose, a su vez, la vigencia de la garantía constitucional fundada en que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, o su contracara, consistente en que el silencio o la inactividad del imputado en modo alguno pueden ser utilizados en su perjuicio, tal como expresamente el codificador lo estableció en el art. 310 del C.P.P.

En el tipo descrito en el art. 189 bis tercer párrafo del C.P. pueden diferenciarse dos aspectos, uno positivo, consistente en la conducta de portar un arma de fuego de uso civil, y otro negativo, cual es la falta de autorización para realizar dicha conducta, siendo ambos igualmente esenciales en la configuración del delito. Respecto del último de ellos, no se ha invocado en el fallo ningún elemento probatorio útil para tenerlo por configurado con la certeza necesaria, de manera que, no apareciendo fehacientemente acreditado dicho extremo, deviene incorrecta la aplicación del tipo penal en cuestión.

Cabe aclarar en este punto que no es atendible el argumento esgrimido en contrario por la Sra. Fiscal Adjunta de Casación en su memorial, en tanto el pedido de secuestro del arma que menciona como invocado por el Tribunal y que resultaría obstáculo para que se cuente con una eventual autorización para su portación, se relaciona con el arma



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

sustraída a la víctima L. A. P. en el otro hecho juzgado, por lo que no tiene vinculación con la acreditación del extremo en trato.

En consecuencia, estimándose constatada la inobservancia de las disposiciones de los arts. 210, 373 y 367 del C.P.P. al haberse comprobado ilegítimamente uno de los elemento del tipo contenido en el art. 189 bis tercero párrafo del C.P. consistente en la falta de autorización legal, más la consecuente errónea aplicación de esta última norma, propongo se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se case el fallo impugnado, se absuelva al imputado en relación al delito en trato, y se disminuya el monto punitivo impuesto a A..

Así lo voto.

III) El siguiente motivo de agravio se relaciona con el hecho identificado en el fallo como número 2, por el que resultaran condenados P. A. y M. G..

Alega el recurrente nuevamente en este punto que la atribución de responsabilidad a sus asistidos no encuentra respaldo en las reglas de la lógica ni en las probanzas reunidas.

Sostiene que la recreación de los hechos y la consecuente atribución de responsabilidad a los imputados no se encuentran fundamentadas. Que la única prueba de cargo resultarían ser los testimonios del hijo y del sobrino de la víctima fatal, quienes a su vez también resultaron víctimas del hecho por lo que la valoración de su testimonio es tarea delicada.

Nuevamente alega el defensor la existencia de contradicciones entre los testigos de cargo. Dice que el testigo P. L. P. afirmó que A. fue uno de los autores del hecho sólo porque eso le había dicho su primo pero él no lo vió, siendo que carece de valor probatorio el relato de un testigo de oídas o de segundo grado.

En cuanto al testigo P. N. P., señala el recurrente que en un primer momento no dijo nada sobre quiénes eran los autores del hecho para luego afirmar que a quien le puso el arma en la cabeza lo había visto un montón de veces y que su nombre es Pablo. Destaca el defensor que los sujetos estaban encapuchados por lo que no se explica cómo pudo ver el testigo de quien se trataba.

Critica luego la valoración de un testimonio prestado bajo identidad reservada e incorporado por lectura al debate al no haber podido ser localizado el testigo, pues ni siquiera coincidía el DNI aportado con su nombre al ser consultados los registros respectivos, en tanto además de los reparos que este tipo de testimonios genera al impedir a la defensa controlarlo debidamente, de su contenido tampoco puede extraerse ningún elemento cargoso para sus asistidos pues ni siquiera se condice con lo relatado por las víctimas.

Concluye en que no existe fundamentación válida en el pronunciamiento atacado en tanto el a quo no tuvo en cuenta ninguna de las contradicciones existentes entre los testigos de cargo, valorándose la prueba en forma contraria a las leyes que rigen su apreciación y desconociéndose el principio "favor rei". Propicia en consecuencia la absolución de los imputados.

b) Al presentar su memorial en los términos del art. 458 in fine, la Sra. Fiscal Adjunta ante este Tribunal Dra. Alejandra Moretti, propició el rechazo de este motivo de agravio en tanto la prueba ponderada ha otorgado serios indicios que permiten inferir la coautoría de los encartados en este hecho.

IV) Este agravio tampoco puede prosperar.

El a quo tuvo por acreditado en este sentido que entre las 15:00 y las 17:00 horas del día 29 de junio del año 2002, en la calle Tarija y su intersección con el Arroyo Dupi, al menos seis sujetos varones, todos ellos portando armas de fuego, interceptaron la marcha de L. A., P. N. y P. L. P.,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

quienes se trasladaban cada uno montando su propio equino, y con el objeto de desapoderarlos de sus pertenencias los intimidaron con las armas que portaban. Que ante la resistencia opuesta por el primero de los nombrados se generó un tiroteo, impactando dos disparos efectuados con esas armas en la humanidad de L. A. P., ocasionando su deceso, dándose los sujetos a la fuga con efectos personales de las víctimas entre ellos la pistola reglamentaria de quien resultara víctima fatal.

Esta materialidad ilícita, así como la participación de los imputados A. y G. en carácter de coautores, fue tenida por cierta por el a quo a partir de un plexo probatorio que válidamente sustenta esas conclusiones.

P. L. P. relató que ese día salieron junto a su tío y su primo a buscar unos caballos, y lo hicieron montando cada uno su equino. Que anduvieron por el campo y en un momento entraron a una calle sin salida cortada por un zanjón, y al dar la vuelta fueron interceptados por seis u ocho personas encapuchados y con armas quienes manotearon a su primo y lo tiraron del caballo para luego apuntar a su tío amenazándolo para que se baje del caballo. Que él quiso escapar para atrás pero se cayó del caballo y ahí comenzó el tiroteo. Que su tío disparó al bajar del caballo pero los sujetos habían tirado primero. Que él y su primo logran arrojar al arroyo y escapar por allí, dirigiéndose a la Comisaría y cuando vuelve al lugar con la policía encuentran a su tío debajo de un tala boca abajo, ya muerto.

Por su parte, P. N. P. también contó que mientras se encontraban buscando los caballos se metieron en una calle sin salida y al intentar retroceder se le aparecen siete u ocho sujetos todos con armas. Que lo agarraron a él y lo tiraron del caballo, poniéndole armas en la cabeza, que quedó como arrodillado en el piso y comenzó a escuchar un tiroteo, ante lo

que intentó escapar pero cayó en el zanjón, creyendo que su primo también cayó allí quedando su padre del otro lado. Que su primo lo sacó de allí.

En lo que hace a la autoría, este último testigo expresó que al sujeto que lo bajó del caballo y le puso el arma en la cabeza lo había visto un montón de veces y lo conocía como Pablo, describiéndolo como más alto que él gordo y de pelo largo. Que al hacer el reconocimiento en rueda en la Comisaría lo reconoció inmediatamente.

P. L, P, también ratificó que en la Comisaría reconoció a P. A. como uno de los autores del hecho, y que lo conocía de vista con anterioridad.

Si bien este testigo en algún tramo de su declaración manifestó que sabía que A. era uno de los autores porque se lo había dicho su primo, ello no debilita la entidad del plexo cargoso en tanto tal como también surge de su relato, por el rol y la distribución de cada uno de los autores y víctimas, fue su primo quien lo pudo ver con precisión.

También se tuvo en cuenta la declaración de un testigo de identidad reservada que fuera incorporada por lectura al debate con el consentimiento de las partes, lo cual descarta cualquier menoscabo a la facultad de la defensa de interrogar al testigo, cuestión que si bien no viene concretamente planteado como un motivo de agravio, sí es mencionada tangencialmente por el recurrente.

Este testigo dio cuenta de que el día del hecho por la mañana vió al imputado A. junto a unos cuatro muchachos más conocidos del barrio entre los que se encontraba quien él conocía como "Monito" quien vive pegado al Club Vicente López, tomando cerveza y tirando tiros al aire, encontrándose todos armados. Que a eso de las 16:00 horas observó que esas personas continuaban en el lugar y se desplazaban hacia un campo que queda en dirección a un arroyo que pasa por allí, escuchando una gran cantidad de disparos durante un rato, y luego, siendo alrededor de las 17:00 horas vuelve



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

a escuchar tiros y observa que del campo mencionado venían corriendo los sujetos antes mencionados los que se desparramaron por toda la zona.

También se tuvo en cuenta lo declarado por algunos de los policías que intervinieron en los primeros momentos de la investigación, quienes ratificaron que en esa tarea se contactaron con un testigo que luego depuso en sede de la fiscalía bajo identidad reservada, quien nombraba como algunos de los autores del hecho al “gordo” Pablo y al “Monito” G.. Algunos de estos policías también corroboraron haber participado en el allanamiento practicado en el domicilio del imputado G., en donde se logró detenerlo a pesar de su intento de fuga.

Si bien estos testigos resultan en algún aspecto referenciales o de oídas, la pertinencia de sus declaraciones, en tanto se complementan con otros elementos probatorios, admite su valoración en el marco de los criterios de veracidad y credibilidad cuya apreciación resulta facultad propia de los jueces de mérito.

El imputado M. J. G. reconoció al prestar declaración en los términos del art. 308 que su apodo es “monito”, y en esa misma declaración reconoció que estaba herido de bala en un pié, tal como lo había constatado el informe médico que se le practicara oportunamente, manifestando que no se hizo atender por ningún médico.

La data de esa herida coincide con la fecha en que ocurriera el hecho aquí juzgado, y es un dato que se conjuga con lo declarado por P. L. P. en el sentido que alguno de los autores había sido alcanzado por los disparos defensivos de su tío, por lo que se constituye en un importante indicio de cargo que, concatenado con lo expuesto por el testigo de identidad reservada y por el personal policial se constituye en un plexo probatorio que permite tener por acreditada la participación de M. G. en el hecho.

En suma, el razonamiento sentencial determinante de la autoría de los imputados en este hecho no adolece de vicio alguno de absurdidad o arbitrariedad a partir de los elementos de cargo valorados en la sentencia, sino que por el contrario la apreciación del Tribunal aparece absolutamente acorde a las reglas de la lógica, la experiencia, y el sentido común que rigen la valoración de la prueba, y por tanto merece ser compartida en esta instancia al no haber arrimado el autor de la queja a la causa, más allá de su particular valoración de la prueba, ningún argumento que permita desvirtuar el sentido cargoso que el a quo le imprimió al plexo probatorio valorado.

En consecuencia propicio el rechazo de este motivo de agravio.

V) El siguiente motivo de agravio postula la errónea aplicación de los arts. 40, 41 y 41 bis del C.P.

Sostiene el recurrente que deben excluirse las agravantes ponderadas e imponerse a sus asistidos el mínimo de la escala penal establecida para los delitos en trato, pues es ese, a su entender, el punto de ingreso a la escala penal.

Señala que como pauta aumentativa de pena se valoró exclusivamente la modalidad del hecho, ya que cortaron el paso a las víctimas, hallándose todos armados, colocando a las mismas en estado de indefensión. A partir de ello colige el recurrente que en relación al hecho nº 1 no se ponderó ninguna agravante.

Critica la aplicación de la que llama agravante general del art. 41 bis del C.P., pues a su criterio no resulta aplicable a ninguno de los delitos por los que fueron condenados sus asistidos, en tanto en todo caso lo contrario implicaría agravar dos veces por la misma circunstancia.

Por otro lado sostiene que el a quo tampoco ha explicado cómo juegan en el caso la culpabilidad y el grado de injusto en la determinación de la sanción, lo que impide a la defensa cuestionar este punto de la decisión.

b) En su memorial la Sra. Defensora Oficial Adjunta ante este Tribunal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

apuntaló los argumentos del recurrente originario en cuanto a la inaplicabilidad de la agravante del art. 41 bis tanto al delito de homicidio como al de homicidio en ocasión de robo, en tanto el bien jurídico lesionado no admite lesiones graduales, por lo que ninguna agravación de la escala en abstracto puede sustentarse en el medio utilizado para cometerlo.

V) Este tramo del recurso tampoco puede prosperar.

No puedo acompañar las críticas que cuestionan la incidencia que han tenido en el monto de pena las pautas mensurativas ponderadas, pues la determinación judicial del monto punitivo constituye una cuestión que en principio resulta propia de los Jueces de mérito en tanto la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales no es susceptible de formalizarse o estandarizarse dada la imposibilidad que significa transformar los juicios de valor en cantidades numéricas.

La ley sólo requiere de los jueces que no se aparten de los límites de la escala y que el monto de la pena sea individualizado de conformidad con las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del CP, y ello se ha cumplido debidamente en autos, sin perjuicio de la reducción de la pena que podrá decidirse en esta sede en atención a lo que más adelante expondré.

En este sentido los jueces del juicio poseen una facultad que se ejerce libre y prudencialmente en función de una potestad inherente a la jurisdicción que detentan, y que debe atenerse a la sensatez y la prudencia evitando la arbitrariedad o falta de razón.

La genérica obligación de fundar todos los extremos de la sentencia, más la exigencia de fijar la pena en cada caso concreto en base a las circunstancias previstas en el artículo 41 del Código Penal constituyen dos importantes aportes para la objetivación de la tarea de determinar la pena.

Sin embargo, en el sistema de escalas penales adoptado por nuestro código los jueces deben ineludiblemente ingresar en un ámbito valorativo al momento de traducir las circunstancias agravantes y atenuantes en términos de pena, terreno en el que no existen parámetros precisos para establecer una proporcionalidad empíricamente verificable o lógicamente comprobable entre el acto ilícito y la pena.

Si bien la pena que corresponde imponer en cada caso debe ser respetuosa del principio de culpabilidad y proporcional al ilícito según el contenido injusto de la acción y el resultado, no puede perderse de vista que para dicha determinación no existe una base concreta y compartida que permita ejercer un control extremadamente preciso sobre ese tramo de la decisión.

Este espacio valorativo que la ley acuerda al órgano jurisdiccional al no fijar objetivamente una forma de asignar cantidades numéricas a las circunstancias atenuantes y agravantes no es sinónimo de arbitrariedad, sino de relativa discrecionalidad, bien entendida ésta como calidad referida a la labor que deben ejercer los jueces muy distinta de su puro arbitrio.

De modo que si bien no existe ningún extremo de un pronunciamiento condenatorio que se encuentre exento de un control de razonabilidad, cuando se trata de la tarea de cuantificar un injusto culpable, los cuestionamientos dirigidos contra dicha decisión no pueden obviar el irreductible espacio valorativo que la ley relega en los jueces, pretendiendo que estos justifiquen lógicamente o demuestren de manera empírica, no ya la elección de los atenuantes y agravantes, sino la selección que hacen del monto de pena.

Por eso, cuando el tribunal de grado valora atenuantes y agravantes y, a partir de ello, selecciona un monto de pena, fuera de los casos en los que tal determinación resulta evidentemente desproporcionada, para no caer en el sinsentido de pretender sustituir la valoración del *a quo* por otra



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

potencialmente igual de arbitraria, el agraviado debe brindar las razones por las que considera que lo decidido no es razonable, siempre atendiendo a los límites dentro de los cuales es posible ejercer un control de razonabilidad sobre ese extremo de la sentencia.

Tampoco merece censura la valoración como agravante de la modalidad de comisión del hecho constitutivo del delito de robo agravado por el resultado homicidio. En este sentido el a quo tuvo en cuenta que los imputados aprovecharon que las víctimas se encontraban prácticamente acorralados en un lugar descampado, frente a un grupo de numerosos atacantes armados, todo lo cual da cuenta del mayor estado de indefensión en que aquellas se encontraban.

No se advierte entonces afectación a precepto legal alguno desde que esa situación objetiva de mayor indefensión en que se encontraban las víctimas y el correlativo incremento de la culpabilidad de los autores resulta válidamente merituable en el marco del art. 41 inc. 1º del Código Penal en cuanto hace expresa referencia a la naturaleza de la acción desplegada.

Por otro lado, tampoco puede tener acogida favorable la crítica dirigida a la aplicación de lo normado en el art. 41 bis del C.P.

En un hecho que encuadra objetivamente en las figuras de los artículos 165 y 166 inciso 2º del Código Penal (siempre que el robo y el homicidio hayan sido cometidos mediante el empleo de un arma de fuego), se debe admitir que la aplicación del artículo 41 *bis* no genera una superposición absoluta con la agravante del artículo 166 inciso 2º, al menos en lo que respecta al tramo del injusto referido al homicidio.

El concurso ideal, decía Welzel, está caracterizado por la circunstancia de concurrir simultáneamente diversos tipos en la valoración

penal de un hecho, que sólo en su conjunto agotan el contenido de injusto de éste en todo sentido.

Ésta es, básicamente, la idea que subyace detrás de la norma del artículo 54 del Código Penal, y apunta a la necesidad de contemplar en su totalidad el contenido de desvalor jurídico penal de una determinada conducta, para luego elegir, entre todas las sanciones que podrían resultar aplicables, aquella que fijare la pena mayor.

En el caso particular que es objeto de este análisis, la única manera de agotar la significación jurídico penal del acontecimiento real atribuido al imputado es aplicando la agravante genérica del artículo 41 *bis* para, de ese modo, contemplar el tramo de disvalor de su conducta derivado del empleo de un arma de fuego, no en el robo, sino como medio para consumar el homicidio.

Esta conclusión, contrariamente a lo que se suele pensar, no conduce a una doble punición si se miran bien los efectos previstos en el artículo 54 del Código Penal.

En el concurso ideal existe siempre una superposición de elementos típicos que pertenecen a dos o más figuras penales, cada una de las cuales tiene prevista su propia sanción. Es, justamente, debido a esa superposición parcial que el artículo 54 establece que se debe aplicar, en tal caso, la sanción que fijare la pena mayor, para evitar que el castigo impuesto sea el resultado de una múltiple desvaloración jurídica.

Por tales razones, resultando el concurso ideal de figuras penales la vía adecuada para conjugar, en estos casos, las distintas disposiciones aplicables, y teniendo en cuenta que dicha modalidad de concurso, debido a sus efectos, jamás podría derivar en una doble punición, la forma correcta de agotar el significado jurídico penal de la conducta homicida derivada del empleo de un arma de fuego en el contexto de un robo, es aplicando el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

artículo 41 *bis* a la figura del artículo 165, sin perjuicio de la tipicidad concurrente del artículo 166 inciso 2º (art. 54, CP).

Por otro lado, entiendo que tampoco hay nada que impida valorar el mayor peligro derivado del empleo de un arma de fuego en el caso del homicidio.

Un homicidio puede ser cometido de una infinidad de formas y a través de una innumerable cantidad de instrumentos. Entre todos ellos, la ley puede distinguir lícitamente cuáles resultaron más violentos o eficaces y, por ende, más riesgosos para los titulares de los bienes jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el artículo 80 inciso 2º, cuando reprime más severamente el homicidio que se comete con alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

Por lo tanto, si se han empleado armas de fuego, habiendo desempeñado éstas un papel fundamental en el atentado contra la vida de la víctima, es posible advertir un mayor contenido injusto en términos comparativos y, con ello, una razón legítima para agravar el homicidio.

El mayor riesgo derivado de la utilización de armas de fuego, por otra parte, debe medirse *ex ante*, y no *ex post*, como lo considera el recurrente.

Por supuesto que *ex post* todos los instrumentos empleados para cometer un homicidio doloso o los que determinaron un resultado culposo se equiparan en cuanto a su vulnerabilidad, pues en todos estos casos concretos se ha arribado al mismo resultado.

Ex ante, sin embargo, no podría decirse que la utilización de un “cuchillo”, en el ejemplo citado por el recurrente, proporcione al autor las mismas posibilidades de éxito o la misma temeridad que la utilización de un arma de fuego cargada y apta para el disparo. En general, ocurre lo contrario.

Además, no se trata de comparar la utilización de un arma de fuego apta con otros instrumentos específicos que, en concreto, podrían resultar más crueles o dolorosos para causar la muerte de la víctima. La comparación se dirige, antes bien, a establecer una diferencia, a nivel del injusto, entre la tremenda ofensividad que le confiere al autor el arma de fuego, en proporción a la que se obtiene a través de la utilización de otros instrumentos, como podrían ser un palo, una botella o un cuchillo.

No importa si una bomba es más ofensiva que un revólver, puesto que la comparación válida, a los efectos de determinar si la utilización de este último elemento configura una agravante, se debe hacer teniendo en cuenta la generalidad de instrumentos capaces de generar el mismo resultado lesivo y no aquellos que, llegado el caso, podrían ser aun peores que un arma de fuego.

No encuentro, por ende, ningún inconveniente legal en aplicar la agravante del artículo 41 *bis* al delito de homicidio en ocasión de robo ni al de homicidio (arts. 41 bis, 54, 79, 165 y 166 inciso 2º, CP).

En razón de todo ello también corresponde el rechazo de estos motivos de agravio.

Así lo voto.

Arts. 40, 41, 79, 165, 166 inc. 2º y ccdtes. Del C.P. y 1, 210, 373, 448 y ccdtes. del C.P.P.

A la **primera cuestión** planteada el señor juez doctor **Mahiques dijo:**

Adhiero al voto del doctor Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada el señor Juez doctor **Celesia dijo:**

Dada las mayorías alcanzadas al tratarse la primera cuestión planteada entiendo que corresponde casar parcialmente el fallo impugnado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

por haber inobservado los arts. 210 y 373 del C.P.P. en relación al art. 189 bis del Código Penal y absolver a P. R. A. por el hecho constitutivo del delito de Tenencia ilegal de arma de guerra por el que venía condenado, y en consecuencia readecuar la pena que corresponde imponer al nombrado como autor del delito de homicidio y coautor del delito de robo agravado por el homicidio resultante (arts. 41 bis, 45, 55, 79 y 165 del Código Penal), la que propongo fijar, de conformidad con las pautas de mensuración ponderadas en el fallo en veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas, con exclusión de ellas en esta instancia.

En todo lo demás, corresponde rechazar el recurso interpuesto.

Así lo voto.

Arts. 40, 41, 41 bis, 45, 79, 165, 189 bis y ccdtes. del C.P. y 1, 210, 373, 448, 530 y ccdtes. Del C.P.P.

A la **segunda cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Mahiques dijo:**

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por ello, y en mérito del acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal

R E S U E L V E:

I. CASAR PARCIALMENTE EL FALLO IMPUGNADO, por haber inobservado los arts. 210 y 373 del C.P.P. en relación al art. 189 bis del

Código Penal y **absolver a P. R. A. por el hecho constitutivo del delito de Tenencia ilegal de arma de guerra** por el que venía condenado.

II. READECUAR LA PENA que corresponde imponer a P. R. A. como autor del delito de homicidio y coautor del delito de robo agravado por el homicidio resultante (arts. 41 bis, 45, 55, 79 y 165 del Código Penal), **fijándola en veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas**, con exclusión de ellas en esta instancia, por los fundamentos expuestos al tratar la primera cuestión planteada.

III. RECHAZAR el recurso de casación en lo que respecta a los restantes motivos de agravios traídos, por los fundamentos expuestos al tratar la primera cuestión planteada en la presente.

Arts. 40, 41, 41 bis segundo párrafo, 79, 165 189 bis y ccdtes. del CP, 1, 210, 371, 373, 375, 448, 530, 531 y ccdtes. del CPP.

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – CARLOS ALBERTO MAHIQUES

Ante mi: Gonzalo Santillán Iturres