

Reg. n° 437/2017

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 5 días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne la sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Horacio L. Días, Luis M. García y Luis F. Niño, en virtud de la licencia de la jueza María Laura Garrigós de Rébori, asistidos por el secretario actuante, Santiago Alberto López, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos por las defensas de Omar Alejandro Carlos y Víctor Adrián Carlos a fs. 8/15 y 16/22, respectivamente, en la presente causa n° CCC 52214/2013/9/CNC4, caratulada “**CARLOS, Omar Alejandro y otro s/ recurso de casación**”.

RESULTA:

I. Con fecha 30 de diciembre de 2015 la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad rechazó la impugnación de las defensas promovida –con invocación de la prohibición *ne bis in ídem*- contra el auto de procesamiento dictado por el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 31 respecto de Omar Alejandro Carlos y Víctor Adrián Carlos, por considerarlos *prima facie* coautores del delito de homicidio agravado por haberse cometido con un arma de fuego (cfr. fs. 4/7).

II. Contra esa decisión las defensas de Omar Alejandro Carlos y Víctor Adrián Carlos interpusieron recursos de casación (fs. 8/15 y 16/22, respectivamente), los que fueron concedidos (fs. 23).

Evocando las decisiones de la Corte Suprema publicadas en Fallos: 311:2478 y 335:58, la Defensora Pública Catalina Moccia de Heilbron, por la defensa de Omar Alejandro Carlos sostiene que, aunque los autos de procesamiento no son susceptibles de ser impugnados mediante recurso de casación por no estar comprendidos en el art. 457 CPPN, cabe hacer excepción a esa regla porque en el caso se encuentra comprometida la prohibición de doble persecución penal, y de mantenerse la persecución en el presente proceso el agravio no sería susceptible de ser reparado por la sentencia final.

Sostiene que Omar Alejandro Carlos ha sido juzgado y condenado, por sentencia de 6 de julio de 2015 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 de esta ciudad, a la pena de tres años y seis meses de prisión por el delito de portación no autorizada de arma de guerra, y que ahora se lo persigue por ese mismo hecho bajo una distinta calificación jurídica. Afirmo además que la decisión de la Sala VII de la cámara de apelaciones que ha confirmado el auto de procesamiento por los mismos hechos por los que de Omar Carlos ya ha sido condenado ha desconocido la existencia de cosa juzgada. Argumenta que “el hecho es el mismo, porque el deceso de Fuentes Martínez ocurrió en el mismo espacio temporo-espacial [SIC] que la portación del arma de fuego por la que [su] defendido ya fuera condenado”. De allí sigue que “la imputación dirigida a Omar Alejandro Carlos es única y el dictado del procesamiento ha importado una violación a la garantía que prohíbe la múltiple persecución por el mismo hecho, pues ha resultado produjo un desdoblamiento indebido en razón de calificaciones legales”.

Arguye que al remitirse el caso a juicio por la acusación de portación no autorizada de arma de guerra podría haberse requerido la ampliación de la imputación por el homicidio, lo que no ocurrió, por lo que “el Estado tuvo la posibilidad de modificar la situación procesal del imputado, pero no lo ha hecho, perdiendo de esta forma la posibilidad de modificar la calificación escogida”.

Postula en definitiva que se haga lugar al recurso de casación y se anule el auto de procesamiento de fs. 4/7 del legajo de casación.

A su turno, la Defensora Pública Coadyuvante Karin Codern Molina, por la defensa de Víctor Adrián Carlos, ha argumentado en pro de la admisibilidad del recurso de casación, no obstante no dirigirse contra una de las decisiones enunciadas en el art. 457 CPPN, con cita de las sentencias de la Corte Suprema publicadas en Fallos: 299:221 y 414:377, alegando que la infracción a la prohibición de múltiple persecución penal requiere de remedio inmediato. Desarrolló sus motivos de agravio en dos direcciones. Por un lado promovió la nulidad de la decisión recurrida por fundamentación aparente que no

satisface la exigencia del art. 123 CPPN, señalando la inexistencia de comunidad de fundamentos que den sustento a lo decidido. Argumenta que no basta con que la decisión se tome por mayoría, sino que se requieren fundamentos comunes. Por el otro, critica que la existencia de una eventual relación de concurso real entre la portación no autorizada de un arma de guerra y el homicidio causado por un disparo del arma sea un criterio dirimente. Argumenta que no debe restarse importancia a la “superposición temporal y espacial entre la portación del arma y el disparo mortal, lo que “denota la existencia de una unidad de acción”, afirma la tesis de que el delito permanente pierde independencia cuando la portación “habría sido el medio para concretar el delito instantáneo”, y afirma la existencia de cosa juzgada, que habría operado con la firmeza del auto dictado el 27 de agosto de 2014, por el que se sobreseyó a Víctor Adrián Carlos de la imputación de portación no autorizada de arma de guerra.

Pide, en definitiva, que se declare la nulidad del auto de procesamiento, y que se esté al sobreseimiento de fs. 399/402 de la causa principal.

III.- La Sala de Turno de esta Cámara resolvió darle trámite en los términos del art. 465 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación (cfr. fs. 38).

IV.- A la audiencia celebrada en esos términos concurrieron por Omar Alejandro Carlos, la Defensora Pública María Florencia Hegglin, que actúa ante esta Cámara, y Gustavo Raúl D’Elía, abogado de elección de Víctor Adrián Carlos, que asumió su defensa con posterioridad a la presentación del recurso de casación de fs. 16/22.

La Defensora Pública, con cita de la sentencia de la Corte Suprema publicada en Fallos: 326:1885 (“*Olguín, Oscar Eduardo*”), argumentó sobre la inexistencia de fundamentos comunes que sustenten la decisión de la mayoría, y sostuvo la pretensión de nulidad de la decisión recurrida. A continuación, argumentó que las decisiones judiciales recaen sobre hechos, y que de la comparación de la sentencia de condena dictada contra Omar Alejandro Carlos, y del auto de procesamiento, resulta que el comportamiento considerado es

exactamente el mismo. Concluyó que este último es contrario a la prohibición *ne bis in ídem*.

Finalizada la audiencia, el tribunal pasó a deliberar, en uso de la facultad que otorga el art. 469, CPPN (fs. 47), efectuada la deliberación se arribó a un acuerdo del siguiente modo.

El juez **Luis M. García** dijo:

1. Que las decisiones judiciales que confirman un auto de procesamiento no están entre las comprendidas en el art. 457 CPPN, y por ende, por regla no pueden ser impugnadas mediante recurso de casación.

Sin embargo, en el presente caso el agravio de las defensas de los dos imputados se apoya en que el auto de procesamiento por el delito de homicidio constituiría una persecución penal por el mismo hecho por el que Omar Alejandro Carlos ha sido condenado por sentencia de 6 de julio de 2015 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de esta ciudad, y por el mismo hecho por el que Víctor Adrián Carlos ha sido sobreseído en esta misma causa, por auto de fecha 27 de agosto de 2014. He admitido en esta misma Cámara, antes de ahora, que bajo ciertas condiciones el óbice del art. 457 no podría ser opuesto a una cuestión como la que aquí se pretende presentar (confr. Sala 1, causa 49.103/2014, “*Riquelme, Juan Daniel*”, rta. 18/03/2016, reg. n° 183/2016).

En efecto, la prohibición *ne bis in ídem* no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también “la exposición al riesgo de que ello ocurra” (Fallos:314:377, 319:43, 320:374, 321:2826, 331 1744, entre otros). Entendida la inmunidad con ese alcance, la Corte Suprema ha declarado, en el marco del juicio de admisibilidad del recurso extraordinario, que, en los supuestos en los que el recurso se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal corresponde hacer excepción a la doctrina según la cual no revisten la calidad de sentencia definitiva las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso penal (Fallos: 314:377, 329:1541), pues la garantía está destinada a gobernar la persecución y no sólo el fallo final de la causa, por lo que

resultaría tardío atender esos agravios en ocasión de este último, caso en el que, aunque la sentencia fuese absolutoria, el perjuicio que el apelante hubiera querido evitar ya se habría soportado (Fallos: 312:597 y 331:1744).

La *ratio* que gobierna esa jurisprudencia de la Corte Suprema es extensiva a las excepciones que cabe admitir al límite objetivo del art. 457 CPPN, pues si se encuentra involucrada en el caso una cuestión federal, corresponde que esta Cámara conozca y decida sobre ella según la doctrina sentada en Fallos: 328:1108 (“*Di Nunzio, Beatriz Herminia*”).

Sentado ello, y no obstante lo que diré más adelante sobre cierta debilidad argumental en punto a la existencia de identidad de los hechos de las persecuciones agotadas y el hecho objeto del auto de procesamiento, entiendo que esa debilidad de los recursos no puede ser examinada exclusivamente desde el plano de la admisibilidad, pues está inescindiblemente ligada con el fondo del planteo.

2. La defensa de Víctor Adrian Carlos ha planteado también la nulidad de la decisión recurrida señalando que al rechazar la cámara de apelaciones –por mayoría– su planteo en el sentido de que el auto de procesamiento por el delito de homicidio implica una persecución penal por el mismo hecho por el que la persecución penal ya se había agotado con un auto de sobreseimiento firme, no ha expuesto ningún fundamento común, y por ende, la decisión carece de la fundamentación exigible según el art. 123 CPPN.

Un motivo de agravio análogo no había sido traído en el recurso de casación de la defensa de Omar Alejandro Carlos, sin embargo la defensora pública que actúa en esta instancia ha introducido la cuestión afirmando que tal deficiencia de fundamentación alcanza a la situación de su defendido, y ha argumentado en la audiencia sobre la existencia de ese defecto, y sobre sus consecuencias sobre la validez del acto.

Ahora, aunque el art. 454, al que remite el art. 465 *bis* CPPN declara expresamente que en la audiencia los recurrentes pueden ampliar o desistir de algún motivo de casación, “pero no podrán

introducir otros nuevos ni realizar peticiones distintas a las formuladas al interponer el recurso”, esa limitación es en el caso estéril, habida cuenta de que la mayoría de la cámara de apelaciones no ha tratado de modo separado por cada uno de los imputados la alegación de infracción a la inmunidad *ne bis in ídem*, sino en conjunto. De modo que, si la acusada falta de fundamentos comunes se constata, entonces el resultado alcanzaría a los dos recurrentes, por aplicación del efecto extensivo reglado en el art. 441, primer párrafo, CPPN.

3. La Corte Suprema ha descalificado decisiones judiciales cuando “del análisis de los votos de los jueces [del tribunal colegiado] se desprende que no hay dos opiniones *sustancialmente* coincidentes sobre la solución del problema” (Fallos: 305:3218) y más tarde ha declarado que “toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica indivisible, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria *pro* derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación. No es pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las *motivaciones* que sirven de base al pronunciamiento” y ha declarado insubsistente una decisión en la que no había mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes sobre una cuestión propuesta y conducente (Fallos: 316:609, con cita de Fallos: 304:590; tb. más tarde en Fallos: 325:2219).

Antes de ahora he señalado que, cuando se trata de decisiones de órganos colegiados, no toda discrepancia en las razones debe conducir a una discrepancia en el resultado, pero he advertido que la sentencia judicial, no se construye sobre la base de la mera suma de opiniones diversas que conducen a un mismo resultado, sino sobre la base de las razones comunes, y antes bien, sobre la base de las meta razones que imponen identificar y fijar un orden a las cuestiones que se consideran relevantes para la decisión, porque si esto no se hace, no hay deliberación, en el sentido de discusión (confr. p. ej. mi intervención como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 9974, “*Diedrichs, Luis Gustavo*”, rta. 06/11/2008, reg. n° 13.471;

causa n° 12.205, “*Godfrid, Emilio*”, rta. 27/04/2010, reg. n° 16.321). En efecto, no es la comunidad de la parte dispositiva de una decisión judicial lo que la sustenta, porque una sentencia no es una mera suma de voluntades, sino las razones comunes de los jueces que están a la base de ese dispositivo (FARRELL, Martín D., “*La argumentación en las decisiones de los tribunales colectivos*”, en LL 2003-F, 1161). De modo que, una decisión es arbitraria, cuando la deliberación no respeta estas reglas, y se arriba a un único resultado, no sobre la base de razones comunes, sino, simplemente, sobre la base de una suma de voluntades. Una sentencia cuya parte dispositiva expresa una voluntad común, pero no una razón común, es inconciliable con el principio republicano del programa del art. 1 CN, que rige todos los actos de gobierno, y en cuanto aquí interesa las sentencias judiciales.

Sentado ello, corresponde examinar si puede reconocerse en la decisión de la cámara de apelaciones de fs. 4/7 la existencia de una comunidad de fundamentos sobre la aceptación o rechazo de la impugnación de la defensa que se quejaba de que el auto de procesamiento de fs. 595/607 de la causa principal configuraba una nueva persecución penal por los mismos hechos que habían sido objeto del sobreseimiento firme dictado en favor de Víctor Adrián Carlos y de la sentencia de condena impuesta a Omar Alejandro Carlos. Adelanto que ninguna comunidad de fundamentos existe en punto a ese motivo de la apelación.

En efecto, el juez de primer voto, después de reseñar las vicisitudes del proceso, concluyó que la imputación dirigida a Omar Carlos había sido “única, con pluralidad de encuadres legales (artículos 41 bis, 79, 189 bis, inciso 2°, párrafo cuarto [...]) vinculados por las reglas del concurso ideal –artículo 54 del código sustantivo–”. Declaró que “al haber sido condenado Omar Carlos por la portación ilegítima del arma de guerra, que, según se presumió, habría causado la muerte de Fuentes Martínez y habida cuenta de que todo ello habría ocurrido en el mismo contexto temporal y espacial [...] el procesamiento dictado ha importado una violación a la garantía que prohíbe la múltiple persecución por el mismo hecho, pues se ha resuelto un desdoblamiento

indebido en razón de calificaciones legales”. Sostuvo también que a igual conclusión arribaba respecto de Víctor Carlos “mas ello se debe a que a su respecto media auto de sobreseimiento firme por el hecho que tuviera lugar el 24 de septiembre de 2013” (SIC).

En cambio, el juez que votó en segundo orden rechazó la alegación de múltiple persecución penal señalando que “las imputaciones dirigidas a los causantes se encuentran regidas desde el inicio de las actuaciones por las reglas del concurso material (artículo 55 del Código Penal)”, destacando que la hipótesis del concurso material jamás había sido cuestionada en ocasiones anteriores. Sobre la relación de concurso argumentó que la portación no autorizada de un arma “al tutelar el bien jurídico de la seguridad pública, constituye un delito de carácter permanente y de peligro abstracto, que se consuma sólo con la voluntad de detentar el arma sin la autorización para ello, con independencia de la motivación del sujeto –aun cuando no se emplee- [...]”, y evocó una decisión de la jurisprudencia sobre la autonomía entre la portación y el robo agravado por el empleo de ese arma. Concluyó que “el hecho por el que se diera muerte a María Teresa Fuentes Martínez es antecedente de la portación del arma de guerra por la que, por hipótesis y según se valoró en el auto de procesamiento dictado, había sido disparado el proyectil que le causara el fallecimiento”.

El juez que votó en último término, a su vez, afirmó que en el caso se presentaba un supuesto de concurso aparente de leyes, “por tratarse de un solo hecho con diversas normas aparentemente aplicables”. Por remisión a una sentencia anterior ese juez señaló que en la portación no autorizada de un arma de fuego se trata de “una figura de peligro, y por oposición al delito de lesión, sólo requiere para su realización típica que se haga correr un riesgo de daño al bien jurídico protegido, el cual es la seguridad pública, consumándose sólo con la creación de una situación potencialmente peligrosa [...]”. Continuó afirmando que “la tendencia mayoritaria a aplicar un concurso real ‘... desnaturaliza la función que el delito cumple dentro del sistema [...] en que claramente se trata de un caso de adelanto de la punibilidad a los actos preparatorios de un delito [...] el problema no se soluciona

desinteresándose de la finalidad de cometer otros delitos, en especial de la prueba de esa circunstancia, sino, en todo caso, admitiendo que las armas son ‘peligrosas’, y que uno de los peligros que acarrear es la posibilidad de que se cometa con ellas un delito”. Concluyó que “si éste es el fundamento de la punibilidad, la concreción de ese peligro, es decir, el comienzo de ejecución de cualquier delito en que intervenga el arma producirá el desplazamiento de la figura de peligro abstracto que reprime el acto preparatorio, por aplicación del principio de subsidiariedad tácita” y sentenció que “tanto la condena como el sobreseimiento adoptados respecto de Omar Carlos y Víctor Carlos, respectivamente, han reposado sobre calificaciones legales y no en hechos, por lo que no inciden en el análisis de los procesamientos que ahora vienen a conocimiento”.

La reproducción de estos pasajes pone en evidencia que no hay ningún fundamento común en las tres intervenciones. Prescindiré aquí, porque no es necesario, de examinar si cada uno de los votos tiene suficiente fundamento jurídico de las premisas, ni si las conclusiones guardan coherencia lógica con esas premisas, porque en todo caso, surge palmariamente la inexistencia de algún acuerdo común sobre ellas. Mientras que el primer juez afirma la existencia de un único hecho que cae bajo más de una disposición penal bajo la regla de concurso ideal, el segundo afirma la existencia de un concurso real de hechos que tienen autonomía el uno del otro, y que por ende estaría excluida la infracción a la prohibición *ne bis in ídem*, y el tercero afirma que son hechos separados, uno de ellos preparatorio del otro, cuya tipicidad es aparente porque es desplazada por la de este otro.

El defecto de fundamentación común permite concluir que la decisión no satisface mínimamente las exigencias del art. 123 CPPN, lo que la fulmina de nulidad.

En general, la constatación de nulidad conduce a reenviar el caso para que se dicte nuevo pronunciamiento (art. 471 CPPN).

Entiendo empero que, puesto para resolver el punto que plantea la defensa no es necesario emprender valoración de los elementos probatorios disponibles sobre cuestiones de hecho, sino simplemente identificar cuál es el o los hechos objeto del proceso, y si en

el caso se presenta una única o más de una persecución penal por el mismo hecho o hechos, conforme a criterios jurídicos, esta Cámara puede examinar el fondo de esta cuestión por razones de economía procesal.

4.- Ello impone visitar las vicisitudes procesales relevantes.

4.1. Es pertinente comenzar por el examen del objeto del auto de 10 de octubre de 2013 por el que el juez de instrucción había decretado el procesamiento de Omar Alejandro Carlos y Víctor Adrián Carlos, bajo la calificación jurídica de homicidio simple en perjuicio de María Teresa Fuentes Martínez, en concurso real con portación no autorizada de arma de guerra, y en el caso del primero también en concurso real con lesiones graves en perjuicio del segundo.

Enmarcó la imputación en tiempo y espacio refiriéndose a lo “ocurrido” el día 24 de septiembre del año 2013, alrededor de las 17:20 horas en la Villa 1-11-14, en uno de los pasillos de la intersección de las calles Crespo y Barros Pazos, ubicada en las inmediaciones de la manzana 3 del Barrio Illia 1. Expuso que “En dichas circunstancias de tiempo y lugar, se les atribuye a ambos indagados haber forcejeado por un arma de fuego calibre 9 mm. sin numeración, la cual se secuestró con 10 cartuchos cargados; con ella se habrían efectuado distintos disparos, uno de los cuales impactó en la pierna derecha de Víctor Adrián Carlos quien inmediatamente cayó al piso”. Se afirmó allí que “mientras tanto, al momento del arribo del personal uniformado de la Gendarmería Nacional Argentina, su hermano Omar Alejandro continuaba esgrimiendo el arma de fuego entre sus manos, y con ella les apuntó. Entonces el Gendarme Tarraga accionó contra él la escopeta y le dio la voz de alto, orden que Omar Carlos acató, perfeccionándose así finalmente su detención”.

A continuación –con sintaxis de pobre factura- el juez pasó de afirmar lo que los imputados habrían hecho a considerar lo que otras personas habían dicho: “De acuerdo a las manifestaciones efectuadas por distintos vecinos, las detonaciones previas producidas con el arma de fuego que ambos imputados -ahora detenidos-, esgrimieron, fueron

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 52214/2013/9/CNC4

entre 6 y 8, y como consecuencia de estos disparos *se* dio muerte además, a quien fuera en vida María Teresa Fuentes Martínez, de 24 años de edad, la cual, también por dichos de vecinos de la zona, aparentemente era una mujer indigente que vivía en la calle”; para luego, sí, exponer una imputación directa en estos términos: “Es por ello que se les atribuye haber causado con los disparos efectuados la muerte de Fuentes Martínez. La recién nombrada fue habida yaciendo en un pasillo de la manzana 3, frente a la casa 37, con un disparo de arma de fuego en el tórax, resultando su deceso certificado por personal del S.A.M.E. constituido en el lugar”.

En defecto de ubicación temporal más precisa de esos disparos, afirmó el juez de instrucción “También se tomó conocimiento de que previo a todo ello, habría existido una brutal discusión entre sujetos de sexo masculino, de la que seguramente habrían participado Omar Carlos y su hermano herido; en el marco de la misma se manifestaron las siguientes frases: “salí puto de mierda, que si tenés sangre salí y enfrentame, lo mataste a mi pariente y él no estaba armado” y que “También habría estado presente en el lugar un sujeto conocido en el barrio como “Hueso”. Continuó allí que “Luego de proferirse estas frases precedentemente citadas, se oyeron “corridas” de masculinos en dirección al sujeto que las gritaba, y tras ello, los 6 disparos ya mencionados. La mujer fallecida, aparentemente, habría estado “en medio de un tiroteo entre bandas que quieren vengar muertes anteriores de familiares y conocidos”; ello, según declarara una vecina del lugar...”.

En esta desprolija descripción fáctica puede reconstruirse que las increpaciones, la “brutal discusión”, el tiroteo, y las corridas habrían tenido lugar en un momento previo al forcejeo que habrían emprendido los hermanos Omar Alejandro y Víctor Adrián Carlos, por la posesión del arma de fuego, y también en un momento previo a aquél en el que el segundo resultó herido, y también en un momento previo a la intervención de personal de Gendarmería Nacional, en que el primero ya tenía el arma bajo su dominio. También se reconoce en esa descripción que en la hipótesis del juez la mujer habría recibido un disparo cuando estaba en medio de aquel tiroteo.

Ahora bien, al abordar el juez en ese auto la calificación legal, había declarado que las conductas atribuidas eran constitutivas de homicidio simple, lesiones graves y portación no autorizada de arma de guerra, según los arts. 79, 90 y 189 bis, inciso 2, apartado 4, del Código Penal, que entendió concurrían entre sí de modo real, según el artículo 55 de ese Código.

Entre las consideraciones de hecho que se hacen en el capítulo de la calificación jurídica destaco que el juez se refirió a que la mujer habría participado en un bando del enfrentamiento, y la inferencia de que “los imputados tuvieran motivos para causar la muerte de la víctima: la mera circunstancia de participar en el enfrentamiento pero posiblemente en bandos opuestos”. Agregó allí que la intención de participar de este enfrentamiento con armas efectuando disparos para causar “muerte”, tal como ambos hicieron, acreditan el dolo que requiere la figura escogida para calificar las conductas que los hermanos Carlos desplegaron”. Después de abordar la atribución de la muerte a título de coautoría, porque “fueron ambos hallados en poder del arma de guerra, y por tanto, el resultado muerte tuvo que habersele a los dos representado”, abordó el otro aspecto de la calificación. Afirmó que “el hecho de haber sido sorprendidos, también ambos, en plena vía pública en poder de la pistola calibre 9 mm. marca “Browning” sin numeración, cargada con 10 cartuchos a bala que había sido recientemente utilizada, con lo cual se tienen por acreditadas sus condiciones de uso, implica la configuración de la figura legal denominada portación de arma de fuego que por las características particulares de la pistola en sí, se trataría de un arma de guerra...”.

Prescindiendo por ahora de la significación jurídica, y de ciertas lagunas descriptivas en la reconstrucción de los hechos, puede afirmarse que en el primer auto de procesamiento se describe un acontecimiento en el que estaban incluidos tanto la existencia de un tiroteo, la imputación de haber causado la muerte a María Teresa Fuentes Martínez que se encontró en medio de ese tiroteo, o tomó parte en uno de los bandos, el forcejeo por un arma de fuego entre los dos hermanos Carlos, la lesión con un disparo de arma de fuego efectuada

por Víctor Carlos durante el forcejeo, y la posesión del arma por Omar a partir del forcejeo. Ninguna referencia ni hipótesis se presenta sobre quién habría tenido ese arma antes del comienzo del forcejeo.

4.2. Ese auto de procesamiento fue apelado, y confirmado parcialmente por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, por resolución de 7 de noviembre de 2013, sólo respecto de Omar Alejandro Carlos, confirmación que se había ceñido a la imputación de portación no autorizada de arma de guerra. Había sido revocado en lo demás que decidía y se había declarado la falta de mérito para procesar o sobreseer (confr. fs. 248/252).

La cámara tuvo por constatada la hipótesis de “la existencia del enfrentamiento armado mantenido entre dos grupos y la muerte de Fuentes Martínez como consecuencia de aquel, al apreciar el lugar en el que su cuerpo quedó tendido”. Sin embargo, declaró que “habida cuenta de ello y de que las vainas servidas que habrían sido percutidas por la pistola secuestrada fueron halladas próximas a la posición que la víctima tuviera al momento de ser alcanzada por el disparo, sumado a que los proyectiles disparados por el arma incautada se encontraron exactamente del otro lado, es decir, cercanos a las vainas disparadas por otra arma, no cabe concluir en que el disparo que produjo la muerte de Fuentes Martínez haya provenido de la pistola secuestrada a Omar Carlos”.

En cambio, decidió por mayoría confirmar parcialmente el auto de procesamiento respecto de Omar Carlos, y declarar la falta de mérito para procesar o sobreseer a Víctor Carlos por la portación de un arma de guerra sin autorización.

El juez de primer voto atribuyó la portación a Omar Carlos sobre la base de lo declarado por dos gendarmes que habían observado al primero en la intersección de Crespo y Barros Pazos mientras llevaba el arma de fuego, y que al darle la voz de alto, aquél los apuntó y luego arrojó el arma en el interior de una vivienda.

Estimó también justificada la atribución de portación a Víctor Carlos, relevando que al momento del enfrentamiento los dos hermanos se hallaban juntos, y señalando el forcejeo entre ambos

hermanos, del que infirió que “Víctor Adrián Carlos también tuvo posibilidad de disponer del arma, cuyas condiciones inmediatas de uso se desprenden, precisamente, del disparo que ha recibido.”

En cambio, los otros dos jueces sólo concordaron en la atribución de la portación de un arma de guerra a Omar Alejandro Carlos. Respecto de Víctor Adrián Carlos declararon que “no se ha acreditado que éste hubiera tenido disponibilidad sobre la pistola secuestrada” argumentando que “se aprecia que ésta fue secuestrada luego de que Omar Carlos se desprendiera de ella tras apuntar a los gendarmes Tarraga y Posadas” y que el forcejeo sobre el que declararon los gendarmes “no alcanza para atribuir su portación”.

De esa decisión se extrae que la hipótesis de atribución portación del arma aparece temporalmente ceñida al lapso que va desde el forcejeo de los dos hermanos, al tiempo en que Omar Alejandro Carlos la tenía en su poder y fue detenido por los gendarmes. No hay ninguna referencia expresa que le atribuyera apodícticamente a alguno de ellos la posesión o dominio del arma en un tiempo anterior.

4.3. Por auto de 17 de febrero de 2014 (fs. 355/358) el juez de instrucción rechazó la oposición que la defensa de Omar Alejandro Carlos había presentado al requerimiento de remisión a juicio (fs. 349/350).

En el capítulo de “relación del hecho”, se fijó éste como “Aquel ocurrido el día 24 de septiembre del año 2013, alrededor de las 17:20 horas, en el interior del asentamiento precario denominado Villa 1-11-14, más precisamente en uno de los pasillos de la intersección de las calles Crespo y Barros Pazos, ubicada en las inmediaciones de la manzana 3 del Barrio Illia 1 de esta Ciudad. En tales circunstancias de tiempo y lugar, se le atribuye al epigrafiado haber forcejeado con su hermano Víctor Adrián Carlos por un arma de fuego calibre 9 mm. marca “Browning” sin numeración, la que se secuestró con 10 cartuchos cargados: con ella se habrían efectuado distintos disparos, uno de los cuales impactó en la pierna derecha del nombrado Víctor Adrián, quien inmediatamente cayó al piso. Mientras tanto, al momento del arribo del personal uniformado de la Gendarmería Nacional Argentina, Omar

Alejandro continuaba esgrimiendo el arma de fuego entre sus manos, y con ella les apuntó. Entonces el Gendarme Tarraga accionó contra él la escopeta y le dio la voz de alto, orden que aquél acató, dejando caer la pistola al piso, pudiendo finalmente lograr su detención”.

Nuevamente aquí, reproduciendo la sintaxis del primer auto de procesamiento revocado, señaló el juez que “De acuerdo a las manifestaciones efectuadas por distintos vecinos, las detonaciones previas producidas con el arma de fuego mencionada, fueron entre 6 y 8, y como consecuencia de estos disparos, se dio muerte además, en un pasillo de la manzana 3, frente a la casa 37, a quien fuera en vida María Teresa Fuentes Martínez, de 24 años de edad, la cual, también por dichos de vecinos de la zona, aparentemente era una mujer indigente que vivía en la calle” A continuación declaró que “La conducta atribuida a Omar Alejandro Carlos, fue encuadrada jurídicamente como constitutiva del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, previsto y reprimido por el artículo 189 bis inciso (2) apartado 4 del Código Penal, conforme lo dispuesto por los integrantes de la Sala VII de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones del Fuero a fs. 248/252, *quedando pendiente la investigación de otras conductas que seguirán su trámite en esta etapa instructoria*”.

Esta referencia, ha excluido expresamente de la remisión del caso a juicio todo lo ocurrido con anterioridad al forcejeo a partir del cual –según la acusación- Omar Alejandro Carlos habría estado en poder del arma de fuego hasta el momento en que fue detenido.

4.4. Por auto de 27 de agosto de 2014 (fs. 399/404) el juez de instrucción decidió sobreseer a Omar Alejandro Carlos y a Víctor Adrián Carlos, de la imputación de homicidio en perjuicio de María Teresa Fuentes Martínez (dispositivo I), y también sobreseer al segundo de la imputación de portación no autorizada de arma de guerra (dispositivo II) y finalmente sobreseer al primero de la imputación de lesiones graves en perjuicio del anterior (dispositivo III).

Describió los hechos objeto del sobreseimiento del siguiente modo: “Alrededor de las 17:20 horas de la fecha señalada [24/09/2013], en el interior del asentamiento precario denominado Villa

1-11-14, más precisamente en uno de los pasillos de la intersección de las calles Crespo y Barros Pazos, ubicada en las inmediaciones de la manzana 3 del Barrio Illia 1, se les atribuye a los epigrafiados haber forcejeado por un arma de fuego calibre 9 mm. sin numeración, que al momento de su secuestro tenía 10 cartuchos cargados; con ésta, se habrían efectuado distintos disparos, uno de los cuales impactó en la pierna derecha de Víctor Adrián Carlos quien inmediatamente cayó al piso. Al momento del arribo del personal uniformado de la Gendarmería Nacional Argentina, su hermano Omar Alejandro continuaba esgrimiendo el arma de fuego entre sus manos, y con ella les apuntó. Entonces el Gendarme Tarraga accionó contra él la escopeta y le dio la voz de alto, orden que Omar Carlos acató, perfeccionándose así finalmente su detención”.

Nuevamente se reproduce en esta pieza la siguiente frase: “De acuerdo a las manifestaciones efectuadas por distintos vecinos, las detonaciones previas producidas con el arma de fuego que ambos imputados esgrimieron, fueron entre 6 y 8, y como consecuencia de estos disparos se dio muerte además, a quien fuera en vida María Teresa Fuentes Martínez -de 24 años de edad-, la cual, también por dichos de vecinos de la zona, aparentemente era una mujer indigente que vivía en la calle”.

Se agrega ahora que “Es por ello que se les atribuyó también a ambos indagados haber causado con los disparos efectuados la muerte de Fuentes Martínez. La nombrada fue habida yaciendo en un pasillo de la manzana 3, frente a la casa 37, con un disparo de arma de fuego en el tórax, resultando su deceso certificado por personal del S.A.M.E. constituido en el lugar.”

Afirmó el juez que estimaba completa la instrucción, y que “en relación al homicidio investigado, de las nuevas pruebas incorporadas al sumario no ha podido inferirse mayor contundencia a las acusaciones “*prima facie*” realizadas, motivo por el cual ambos serán sobreseídos en los términos del artículo 336 inciso 4º del CPPN”. Argumentó que “...La circunstancia, también acreditada, de que en el lugar del hecho existió un enfrentamiento armado entre al menos dos

bandos del cual habrían participado varias personas además de los hermanos Carlos, de quienes se desconoce todo dato, sustenta la hipótesis de que tal vez otra/s persona/s habría/n sido la/s autor/as del disparo que terminó con la vida de Fuentes Martínez, descartada la de que haya sido el arma que se encontraba en poder de los mismos la emisora del disparo mortal”.

En otro orden, abordó la portación no autorizada de arma de guerra que se le atribuía a Víctor Carlos, y las lesiones graves sufridas por éste atribuidas a su hermano Omar.

Respecto a la primera atribución ajustándose a la posición de los jueces que habían conformado la mayoría en la decisión de fs. 248/252 admitió que no había podido acreditarse “que Víctor Adrián Carlos haya dispuesto del arma de fuego secuestrada, lo cual encontraría sustento en que habría sido su hermano Omar quien la descartara tras apuntarle con la misma a los gendarmes, a lo cual se suma que, en definitiva, habiendo sido él mismo (Víctor) quien recibiera el disparo, no era quien disponía de ella materialmente pues, de lo contrario, debería considerarse la hipótesis de autolesión...”.

Finalmente, en cuanto a la imputación de lesiones graves dirigida contra Omar Alejandro Carlos, el juez afirmó que “no pudiéndose determinar quién [de los dos hermanos] causó el disparo que lesionó la pierna de Víctor Carlos”, correspondía sobreseer al nombrado.

En este auto, es clara la separación de la secuencia del forcejeo, disparo y herida producida a Víctor Carlos, del hecho que se presenta como anterior, de un enfrentamiento y disparos, en el que habría resultado herida mortalmente María Teresa Fuentes Martínez.

Los puntos dispositivos I y II del auto de sobreseimiento habían sido impugnados por vía de apelación por el Ministerio Público. La apelación del dispositivo II fue sin embargo desistida, y el punto dispositivo I fue revocado porque la cámara de apelaciones acogió la pretensión de la fiscalía en punto a que la instrucción no estaba completa, según la cual se presentaba necesario llevar adelante una diligencia de reconstrucción del hecho, cuyo resultado podría llevar a considerar el homicidio del art. 79 u otras alternativas tales como la

tentativa de homicidio a tenor del art. 42, o un homicidio en agresión a tenor de los arts. 95 y 104 CP. Sobre esa base decidió la cámara estar al auto por el que se había declarado que no había mérito para procesar o sobreseer a los imputados por este hecho (confr. fs. 414).

4.5. Entretanto, por sentencia de 6 de julio de 2015, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 de esta ciudad, Omar Alejandro Carlos fue condenado a la pena de tres años y seis meses de prisión y costas como autor de portación no autorizada de arma de guerra.

Esa sentencia tiene como antecedente el auto de elevación a juicio reseñado supra, punto 4.3.

En la sentencia se tuvo por probado el siguiente hecho: “el imputado Omar Alejandro Carlos, el 24 de septiembre de 2013 siendo aproximadamente las 17:20, en el pasillo interno de la villa de emergencia denominada 1-11-14, sito en la intersección de las calles Crespo y Barros Pazos, en inmediaciones de la Manzana 3 (Barrio Illia I) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, portó sin la debida autorización legal, una pistola calibre 9mm, marca “Browning”, sin numeración, en condiciones inmediatas de uso; teniendo en su cargador diez proyectiles. En dicha ocasión el imputado forcejeaba con su hermano –Víctor Adrián Carlos– disputándose el arma referida, habiendo efectuado varios disparos siendo que uno de ellos impactó en la pierna derecha del último de los nombrados, lo que produjo su caída al suelo. A raíz de las detonaciones, personal de la Gendarmería Nacional Argentina se constituyó en el lugar y vio a Omar Alejandro Carlos con el arma mencionada en sus manos y a su hermano en el suelo...”.

Si bien se observa, la atribución de portación del arma se fija en el tiempo a partir del forcejeo entre el imputado y su hermano, y no hay atribución de la portación del arma en un tiempo anterior.

4.6. Un nuevo auto de procesamiento fue dictado respecto de Omar y Víctor Carlos por el juez de instrucción el 24 de noviembre de 2015 (fs. 595/607), cuyo objeto fue fijado del siguiente modo: “se les atribuye a los epigrafiados el hecho ocurrido ese mismo 24 de septiembre del año 2013 alrededor de las 17:20 horas, en el interior del

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 52214/2013/9/CNC4

asentamiento precario denominado Villa 1-11-14, más precisamente en uno de los pasillos de la intersección de las calles Crespo y Barros Pazos, ubicada en las inmediaciones de la manzana 3 del Barrio Illia 1. Los indagados fueron hallados en tales circunstancias por personal preventor de la Gendarmería Nacional Argentina, forcejeando por un arma de fuego calibre 9 mm. sin numeración que, al momento de ser secuestrada, se encontraba cargada con 10 cartuchos. Como consecuencia de dicho forcejeo se produjo un disparo que impactó en la pierna derecha de Víctor Adrián Carlos quien inmediatamente cayó al suelo. Tras ello y siempre frente al personal de la Gendarmería, su hermano Omar Alejandro continuó esgrimiendo el arma de fuego entre sus manos con la cual les apuntó. Entonces, el Gendarme Tarraga accionó en contra suyo la escopeta, dándole la voz de alto, orden que Omar Alejandro Carlos finalmente acató, procediéndose de este modo a su detención”.

Nuevamente se afirma allí que “de acuerdo a las declaraciones testimoniales brindadas por distintos vecinos del barrio y también por el personal de la Gendarmería allí presente, las detonaciones previas a este episodio, producidas aparentemente con dos armas de fuego –una de las cuales sería la secuestrada en poder de los imputados-, fueron entre 6 y 8. Y ello, como consecuencia de un tiroteo que se generó entre dos bandas del que habrían participado los hermanos Carlos. Uno de estos disparos producidos con el arma de fuego esgrimida por los indagados Omar y Víctor Carlos, conforme la acusación de la Fiscalía habría sido el que causó la muerte de quien fuera en vida María Teresa Fuentes Martínez, a sus 24 años de edad, quien por dichos de vecinos era una “mujer indigente que vivía en la calle”.

Concluyó ese capítulo del siguiente modo: “Es por ello que concretamente, se les atribuye a ambos haber causado la muerte de Fuentes Martínez tras disparar el arma de fuego calibre 9 mm. sin numeración, en medio de una disputa entre bandas de la que participaron activamente, generada en un pasillo de la manzana 3 de la Villa 1-11-14. La víctima fue abatida frente a la casa 37 del citado pasillo, presentando un disparo de arma de fuego en el tórax. Se supo también a través de vecinos de la zona que la balacera se produjo luego de una

brutal discusión entre sujetos de sexo masculino, entre ellos Omar Carlos y su hermano herido; en el marco de la misma se manifestaron las siguientes frases “salí puto de mierda, que si tenes sangre salí y enfrentame, lo mataste a mi pariente y él no estaba armado”. Luego se oyeron “corridas” de masculinos en dirección al sujeto que las gritaba, y los 6 disparos mencionados. La mujer fallecida, habría quedado “en medio de un tiroteo entre bandas que quieren vengar muertes anteriores de familiares y conocidos”, según declarara una vecina del lugar, la misma que afirmara que habría participado en estos episodios un sujeto conocido en el barrio como “Hueso” [...].”

La atribución se ha calificado en ese auto como homicidio agravado por haber sido cometido mediante el empleo de un arma de fuego (artículos 41 *bis*, 45 y 79 del Código Penal).

Al argumentar sobre la calificación jurídica se expresó en la resolución que se tenía por acreditado que “los hermanos Carlos iniciaron un tiroteo en el pasillo adjunto a la manzana 3 de la Villa 1-11-14 (conforme lo referido por la testigo Myriam Silbero), en poder de un arma de fuego, y que los disparos efectuados provocaron la muerte de quien en vida fuera María Teresa Fuentes Martínez. Si bien podría decirse que la víctima no era el objetivo final de los hermanos Carlos, es decir que éstos no direccionaron su voluntad a provocar su deceso, toda vez que la versión de la testigo Silbero da cuenta de que buscaban a un sujeto conocido como “Risas”, cierto es que el sólo hecho de comenzar a disparar en un sitio público y densamente poblado, donde es factible la presencia de gente caminando o simplemente en el interior de sus viviendas, permite inferir el desinterés con el que se manejaron, evidenciando así un total desapego al bien jurídico vida humana. Entiendo que tanto Omar como Víctor Carlos actuaron consciente y voluntariamente en el enfrentamiento que iniciaron, efectuando disparos que si bien no causaron la muerte por elección del oponente, sí provocaron el óbito de una mujer que circunstancialmente transitaba por uno de los pasillos de la Villa”.

Al fundar la atribución subjetiva el juez declaró que “los imputados no pudieron dejar de representarse las posibles consecuencias

que su conducta disvaliosa podía eventualmente ocasionar respecto de terceros, las que evidentemente aceptaron como una posibilidad cierta y probable; de allí su actitud dolosa. Ello se infiere, en tanto dispararon voluntariamente, en uso de sus plenas facultades mentales un arma de fuego de grueso calibre, en un pasillo poblado y rodeado de viviendas, con un concreto objetivo y sin importarles las consecuencias que factiblemente podían generar, evidenciando así una conducta dolosa de tipo eventual. En efecto, el resultado causado por los agentes les es imputado al tipo objetivo, pues la conducta de los autores ha creado un peligro para el bien jurídico vida no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. En cuanto al elemento volitivo, ambos encausados han previsto como posible el resultado del tipo penal del homicidio que habré de seleccionar en la especie, pese a lo cual han decidido a conciencia del riesgo continuar su accionar”.

A continuación hizo el juez una consideración adicional en el sentido de que “se supo que utilizaron más de un cargador (se comprobó que ya se habían descartado de uno vacío), con lo cual es claro su desinterés frente al daño que podían llegar a causar efectuando múltiples disparos. Lógicamente, no es lo mismo realizar uno o dos disparos -en lo que respecta a la probabilidad de causación de daños a terceros- que quince”. Concluyó que “acreditado el enfrentamiento entre “bandas” ocurrido el 24 de septiembre del año 2013 en el interior de la Villa 1-11-14, sumada a la indiscutible circunstancia de que Omar Alejandro Carlos portaba un arma de fuego a 40 metros de distancia del hallazgo del cuerpo sin vida de la víctima instantes posteriores a que los vecinos oyeran los disparos, y de que su hermano fue habido forcejeando por la misma junto a él, me convencen de que la disputa que todos mencionan efectivamente se generó, y de que en ella participaron los hermanos Carlos dentro de un mismo bando”.

Después de ello abundó sobre las inferencias que extraía del hecho de que la autopsia había constatado que quien disparó se hallaba de frente a la mujer, sobre la “intención y voluntad de participar en el enfrentamiento [...] con armas de fuego, efectuando disparos para

causar “muerte”, y afirmó la atribución de la muerte a ambos hermanos a título de dolo, afirmando que “Toda vez que ambos imputados siempre estuvieron del mismo “bando” y participaron activamente del enfrentamiento investigado, sus conductas serán valoradas bajo las reglas de la coautoría”.

Esta es la decisión impugnada por la defensa a partir de la cual se quejó ante la cámara de apelaciones de infracción a la prohibición de doble persecución penal.

5. Como cuestión preliminar adelanto que esta Cámara no tiene jurisdicción para revisar las valoraciones de hecho sobre cuya base el juez de instrucción, y la cámara de apelaciones, han concluido que hay suficientes elementos para atribuir a Omar Alejandro Carlos y a Víctor Andrés Carlos la muerte de María Teresa Fuentes Martínez, empleando determinados medios, y en determinadas circunstancias de tiempo y lugar, porque el mérito de un auto de procesamiento no puede ser revisado mediante un recurso de casación, pues rigen al respecto la limitación de los arts. 457 CPPN.

Tomando el hecho atribuido tal como viene descrito en ese auto de procesamiento, con todas sus circunstancias, tiene jurisdicción esta cámara para examinar y decidir si se trata del mismo hecho por el que Omar Alejandro Carlos ha sido condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 (ver supra punto 4.5) y por el cual ha sido sobreseído en esta causa, por resolución firme, Víctor Adrián Carlos (ver supra punto 4.4).

La prohibición de doble persecución penal presupone que aquella se ha promovido contra una misma persona, por un determinado hecho o hechos y que ella se ha agotado. Sólo a partir del agotamiento de la persecución penal puede predicarse que el perseguido tiene derecho a reclamar inmunidad frente a una nueva persecución penal por el mismo hecho o hechos, aunque fuese por un título jurídico diferente.

Ahora, en vistas de las particularidades y vicisitudes procesales de cada caso, es adecuado examinar separadamente la situación de uno y otro imputado.

Entiendo adecuado proceder al examen en el siguiente orden: ¿se ha agotado una persecución penal contra los mismos imputados? ¿Se ha intentado una nueva persecución penal contra los mismos imputados? ¿Tiene por objeto la nueva persecución penal los mismos hechos que fueron objeto de la persecución ya agotada?

5.1. Según la formulación más aceptada, la prohibición *ne bis in idem* se expresa con la proposición de que “nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”. Así, a partir del caso registrado en Fallos: 299:221, la Corte Suprema ha declarado, por remisión al dictamen del Procurador General, que esa garantía no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho ya penado, “[...] sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho [...]” (confr. también Fallos: 315:2680, y en particular caso “*Polak*”, Fallos: 321:2826). Antes de ahora (véase mi voto como juez subrogante en la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, causa n° 11.103 “*Catera, Román*”, rta. 18/08/2010, reg. n°16.961) he señalado que al definir los contornos de esta garantía inferida de la Constitución, pero no escrita, la Corte Suprema ha entendido que la inmunidad de doble persecución por el mismo hecho nace de la existencia de una primera persecución penal agotada. Así ha declarado que “una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un *segundo proceso* por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable” (Fallos: 321:2826, con cita de la disidencia de los jueces

Petracchi y Bacqué en Fallos: 310:2845; el subrayado no pertenece al original).

Señalé, en aquel caso que la inmunidad presupone que una primera persecución penal se ha agotado, y que en defecto de agotamiento de esa persecución la regla carece de sentido.

Evoco que en el caso “*Catera*”, declaré que esta regla prohíbe persecuciones penales *sucesivas* por el mismo hecho contra la misma persona, pero sólo opera cuando puede demostrarse que la primera persecución se ha agotado, y se pretende después de ello una nueva persecución, lo que en otros términos presupone dos pretensiones requirentes autónomas. Si la primera persecución penal se ha agotado, no es posible una nueva persecución penal sobre la base de una valoración jurídica diferente de los mismos hechos. Es en este contexto de requerimientos autónomos y sucesivos que debe ser entendida la regla de inmunidad y la relevancia de la decisión sobre la unidad o diversidad de hechos, pues “bajo el pretexto de una valoración jurídica distinta no es posible promover una nueva persecución penal a raíz de la misma imputación concreta, ni aún con variaciones fácticas [y por ende] el examen debe vincularse con las reglas del Derecho penal, para establecer si se trata *de un mismo hecho o de hechos diversos*”(confr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edic., Editores del Puerto, Buenos Aires, tomo I, p.612, resaltado del original).

A este respecto se afirma que “lo importante de observaren estas hipótesis, en las que se sostiene la unidad delictiva y, por tanto, la posibilidad de una sola persecución penal es que, cualquiera sea la deficiencia de esa persecución penal, *ella agota todo el contenido imputativo* posible del suceso histórico hipotético, en relación a la persona determinada, a la cual se le atribuye el hecho, pues ese asunto, como tema de debate y decisión, sólo tolera una y sólo una persecución penal” (MAIER, *op. cit.*, p. 617, bastardilla agregada).

Desde esta perspectiva observo que en el presente caso, y en lo que concierne a la situación de Víctor Adrián Carlos, no puede sostenerse que la persecución penal promovida en este proceso se hubiera agotado con el sobreseimiento del punto dispositivo II de la

resolución de fs. 399/404 (ver supra nro. 4.4). No es ocioso destacar lo ya señalado en punto a que, por el dispositivo I el juez había sobreseído al imputado de la acusación de homicidio, y por dispositivo II de la imputación de portación no autorizada de arma de fuego.

No se trata, como sostiene el juez que votó en tercer término en la decisión recurrida de una cuestión que se reduce a la subsunción jurídica de un hecho único, ni de la existencia de un concurso aparente, ni siquiera de la existencia de un concurso ideal, como lo presenta el juez de primer voto, o de un concurso real, como lo sostiene el juez de segundo voto.

No son las subsunciones jurídicas las que definen la operatividad de la prohibición *ne bis in ídem*, que no deben de de la identidad de “delito” sino de la identidad de hechos de las persecuciones. De lo que se trata, en primer lugar, es de definir si ha habido una persecución agotada, y de una nueva promovida después del agotamiento de la primera, siempre por el mismo hecho o hechos.

En este caso la persecución penal ha sido única, y la pretensión requirente y el riesgo de condena no pueden considerarse agotadas por el dispositivo II del auto de sobreseimiento de fs. 399/404, que excluyó la atribución de la portación del arma de fuego hecha originalmente de modo promiscuo a Víctor Adrián Carlos, pero no fue hábil para excluir la imputación de su cooperación al homicidio por hipótesis cometido con ese arma, porque el dispositivo I que lo liberaba de imputación fue revocado por la cámara de apelaciones (confr. res. de fs. 595/607).

En todo caso –aún sin abrir juicio todavía sobre si el objeto del proceso era un hecho único o dos hechos independientes constituidos por el homicidio y la portación del arma de fuego- sólo podría reconocerse al sobreseimiento en la parte que ha quedado firme (dispositivo II), el efecto de excluir de la imputación la portación, esto es, ciertos actos del acontecimiento histórico más amplio, pero no la de excluir el uso del arma de fuego en un enfrentamiento, porque revocado el sobreseimiento por el homicidio, la primera y única persecución no había sido clausurada.

Entiendo al respecto pertinente establecer algunas distinciones que he expuesto también antes de ahora entre hecho único o unidad de hecho y persecución penal única. Tanto como en el caso “Catera”, aquí la persecución penal era única y cuando el juez de instrucción dictó el auto de fs. 595/607, esa persecución no estaba agotada. Destaco que la persecución penal era única con independencia de si el objeto del proceso estaba constituido por un único hecho, o por pluralidad de hechos independientes en el sentido del art. 55 CP, porque mientras la unidad de persecución se define por el contexto procesal único en el que se ejercen una o varias pretensiones persecutorias, la unidad o diversidad de hecho se define por un examen más complejo que confronta la totalidad de sucesos objeto de la acusación con las reglas del derecho penal que definen la existencia de unidad de hecho, concurso aparente de leyes o concurso real. Por cierto, por lo regular la persecución penal se agota con un auto de sobreseimiento, cuando éste queda firme. Sin embargo, he advertido antes de ahora que ese auto, como decisión judicial, tiene unidad, y sólo surte sus efectos como tal cuando ha alcanzado completitud, esto es, con la firma del juez. Los efectos no se producen progresivamente y por partes según el orden de exposición y de tratamiento de las cuestiones, sino con la emisión de la decisión judicial en la forma debida. De tal suerte, si no está afectada la validez del auto, no puede sostenerse ni fáctica ni jurídicamente que ese auto produjo el efecto de agotar la persecución penal cuando al mismo tiempo la mantiene viva por algún sustrato fáctico (confr. *mutatis mutandis* mi voto como juez subrogante de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 13.383, “López Valverde, Mónica”, rta. 21/12/2010, Reg. n° 17.816).

Agrego ahora que, si por hipótesis el auto de sobreseimiento ha sido impugnado total o parcialmente, los efectos se alcanzan con la resolución del tribunal que resuelve la impugnación. En la especie, la decisión de la cámara de fs. 672/674 ha surtido el efecto de que la persecución no podía considerarse agotada por la atribución de la cooperación a la muerte de la víctima, aunque ya no pudiese incluirse en la persecución penal la atribución de la portación no autorizada del arma.

Destaco también que la prohibición de doble persecución penal opera cuando un tribunal ha sido puesto en condiciones de examinar el mérito de una imputación desde todos los puntos de vista jurídico penales, poniéndolo en condiciones de pronunciarse sobre una absolución o una condena (confr. MAIER, op. cit., tomo I, p. 624). Aunque es evidente que el riesgo de condena sólo es actual cuando un juez está procesalmente habilitado a condenar o absolver, y que no lo está en los supuestos de las llamada sentencias anticipadas, entiendo innecesario examinar aquí cuál sería el fundamento para predicar que el principio opera aun antes de la realización del debate en el que se hace actual el riesgo para el imputado de ser condenado. En cualquier caso, es evidente que la cámara de apelaciones, al revocar el sobreseimiento del dispositivo I de la decisión de fs. 399/404, no había dado por agotada la persecución penal, en el sentido que pretende la defensa, sino que en el marco de una única deliberación y decisión judicial había resuelto que la instrucción no estaba completa, y que correspondía hacer lugar a la medida probatoria que requería el representante del Ministerio Público. Si la persecución penal no estaba agotada la prohibición *ne bis in idem* no impedía pues que continuara adelante por un objeto más restringido del que inicialmente se había imputado.

Pretender que el sobreseimiento parcial (punto dispositivo I del auto de fs. 7/9) impediría la continuación de la persecución penal por el homicidio (punto dispositivo III), es inconciliable con la constatación de que había en curso una única persecución penal, y de que en la misma decisión judicial el juez de instrucción y la cámara habían examinado todos los aspectos de esa única persecución penal y ésta última había decidido que el proceso sólo podría continuar adelante por uno de ellos.

De tal suerte concluyo que, no agotada la persecución penal con la decisión de fs. 414, no puede predicarse que ha habido una nueva persecución penal con las vicisitudes ulteriores a esa decisión.

5.2. En el caso de Omar Alejandro Carlos se presenta alguna diferencia en las vicisitudes procesales, que exigen una consideración particularizada. Éste había sido remitido a juicio sólo por

la portación no autorizada de un arma de guerra y el juez de instrucción se había reservado la continuación de la instrucción por la investigación de la imputación de homicidio en perjuicio de María Teresa Fuentes Martínez (supra nro. 4.3). Más tarde el juez de instrucción había dictado el sobreseimiento por esta imputación (supra nro. 4.4), que había sido impugnado, impugnación que estaba pendiente de decisión por la cámara de apelaciones cuando el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 lo condenó por ser autor de portación no autorizada de arma de guerra (supra n° 4.5).

Para decidir si la sentencia de condena dictada ha agotado la persecución penal y tiene por efecto dar al condenado inmunidad contra una nueva persecución penal por el mismo hecho es decisivo, a diferencia del caso anterior, determinar si existe identidad de hecho u hechos objeto de la persecución.

A este respecto, nuevamente, pueden plantearse dos hipótesis. Se trata de un hecho único que satisface los supuestos de hecho de más de una disposición legal, y por ende inescindible, lo que impediría una nueva persecución ni siquiera en el caso de que ciertas circunstancias del hecho no hubiesen sido comprendidas en la primera persecución. A este respecto es indiferente decidir si el hecho único presenta un problema de concurso aparente o hace aplicable la regla del concurso ideal. O se trata de una hipótesis fáctica comprendida por varios hechos, independientes entre sí, que pueden ser remitidos a juicio y juzgados en una sola audiencia –según las reglas de conexidad subjetiva- o separadamente, sin infracción a la prohibición *ne bis in ídem*.

Las sucesivas definiciones sobre el objeto de este proceso, que he reproducido en lo que he considerado relevante en el punto 4 precedente, ponen en evidencia dos limitaciones evidentes. Por un lado, una limitación inherente a la dinámica de la investigación preparatoria, en la que se espera que paulatinamente se avance desde un hecho denunciado a un hecho cada vez más precisamente conocido, en sus circunstancias, lo que es inherente a la variabilidad del objeto procesal. Ciertas indefiniciones de las circunstancias del hecho, en particular de las témporo-espaciales, de los medios empleados, de las personas que

cooperaron a su ejecución, de la naturaleza de la ejecución, etc. son usuales en los principios de la investigación, y la investigación preparatoria es el instrumento procesal para superar esas definiciones. Es posible que con el avance de la investigación las circunstancias de la hipótesis fáctica varíen y se modifiquen.

Por otro lado, la ignorancia de muchas circunstancias se manifiesta también en la incapacidad de los acusadores y los jueces para poner en palabras lo más precisas posibles lo que no se conoce bien, o circunstancias de las que no se está seguro. Las transcripciones del número cuatro son muestra evidente de esa incapacidad, que se presenta a modo de circunloquios que no expresan directamente una hipótesis judicial de lo que el o los imputados habrían hecho, sino que la suplantán mediante la referencia a lo que los testigos dicen habrían hecho, o a veces a lo que habría sucedido.

Estas dos clases de limitaciones, y la evolución de la hipótesis acusatoria son evidentes en las transcripciones de los actos procesales relevados en el número 4 precedente.

Sin perjuicio de esta constatación, en todos esos actos procesales aparece evidente que según la hipótesis imputativa habría existido un enfrentamiento armado entre dos grupos o bandos, uno de los cuales estaba integrado por Omar Alejandro Carlos y Víctor Adrián Carlos, que ambos bandos habrían intercambiado disparos, que como consecuencia de un disparo habría sido alcanzada mortalmente María Teresa Fuentes Martínez, y que después de ello Omar Alejandro y Víctor Adrián Carlos se habrían disputado la posesión del arma de fuego, forcejeando por ella, y que finalmente el primero habría logrado el dominio de ésta, y estando en poder de ella, los agentes de gendarmería se habrían presentado en el lugar, y lo habrían detenido.

Este acontecimiento, enmarcado en el mismo contexto témporo-espacial, se ha presentado, sin embargo, constituido como actos sucesivos y separables, pues en ninguno de los actos de la instrucción, ni tampoco en la sentencia de condena dictada por el Tribunal Oral, se atribuyó a Omar Alejandro Carlos la posesión del arma en un tiempo anterior al forcejeo. Más aún, se observa una cierta

indefinición en el auto de procesamiento de fs. 595/607 en cuanto allí se atribuye a ambos imputados el haber efectuado el disparo, pero no se explica cómo ello es materialmente posible, indefinición que perdura en el auto que viene impugnado en cuanto uno de los jueces se limita a afirmar que la existencia de un concurso ideal por unidad de hecho en base a que se trataría de la portación ilegítima del arma de guerra “que, según se presumió, *habría causado la muerte* de Fuentes Martínez”, sin indicar quién la portaría en el momento de causar la muerte. Lo mismo se observa en el lenguaje del juez de tercer voto de la decisión que viene recurrida, en cuanto afirma que “el comienzo de ejecución de cualquier delito en que intervenga el arma producirá el desplazamiento de la figura de peligro abstracto” donde se omite precisar cuál es la actuación concreta del agente, que se sustituye por el impreciso recurso a la “intervención” del arma.

Hechas estas observaciones, y sin abrir juicio sobre las posibilidades de éxito de una acusación que se mantuviese hipotéticamente en estos términos, observo insostenible la hipótesis de unidad de hecho entre las secuencias de los disparos en los que perdió la vida la mujer, y la portación atribuida a Omar Alejandro Carlos en la sentencia de condena, a partir del momento en que tomó parte en un forcejeo posterior a esos disparos.

Por cierto, la primera secuencia, independiente de la segunda, no estaba contenida en la acusación presentada al Tribunal Oral, pues en ese caso, éste habría estado en condiciones de agotar todo el objeto del proceso, en los términos de la doctrina citada más arriba.

Concluyo así que procede también rechazar el recurso de casación interpuesto en favor de Omar Alejandro Carlos.

5.3. A mayor abundamiento señalo que, aunque las razones expuestas en el punto 5.1 son suficientes para rechazar el recurso de casación interpuesto en favor de Víctor Adrián Carlos, las razones que he expuesto en el número anterior sobre la inexistencia de identidad de hecho son extensivas a su caso, porque el auto de procesamiento no distingue en la definición fáctica, y militan adicionalmente para rechazar su recurso por inexistencia de afectación a la prohibición *ne bis in idem*.

6. Por las consideraciones que acabo de exponer, propongo al acuerdo se rechacen los recursos de casación de fs. 8/15 y fs. 16/22, con costas, atento al resultado al que se arriba (arts. 470, 530 y 531, CPPN).

El juez **Horacio L. Días** dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del juez García.

El juez **Luis F. Niño** dijo:

Concuerdo con el distinguido colega que vota en primer término en punto a habilitar el análisis del asunto traído ante estos estrados, pese a no hallarse comprendido estrictamente bajo el marco del artículo 457 del ordenamiento ritual vigente, por hallarse involucrada una cuestión federal, consistente en la virtual transgresión a la regla que veda la doble persecución penal, tácitamente incluida en el amplio espectro trazado en el artículo 33 de la Constitución Nacional y expresamente consagrada en los artículos 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

También coincido en estimar que la resolución atacada carece de la debida motivación, por cuanto los dos votos que conforman la aparente mayoría difieren en punto a la razón por la que estiman salvado el escollo que opone el principio en el que se funda la impugnación promovida por ambas defensas. Empero, tal es la discordancia que uno de los magistrados vislumbra una concurrencia real o material entre la portación ilegítima de arma de guerra por la que resultó condenado Omar Carlos y sobreseído su hermano Víctor y el homicidio por el que luego se los procesó, en tanto que el restante se decanta por juzgar patentizado un concurso aparente de leyes entre la portación no autorizada de un arma de fuego –aquella por la que uno de los hermanos resultó condenado y el otro sobreseído- visualizada como un acto preparatorio de “cualquier delito en que intervenga el arma”, y, precisamente, dicho delito, que no puede ser otro que el homicidio agravado por el que se procesó a ambos mediante el auto sometido aquí a revisión.

Ahora bien; si para el juez disidente nos hallamos frente a una violación a la “garantía que prohíbe la múltiple persecución” y, para el segundo de los que conformaron la supuesta mayoría, tanto la condena como el sobreseimiento ya expedidos y firmes respecto de uno y otro de los nombrados hubieron de referirse, así sea imperfectamente, a la ocurrencia de un delito de peligro contra la seguridad pública que luego derivó en lesión del bien jurídico vida en perjuicio de una persona en particular, considero que, más allá de la falta de motivación del rechazo a la impugnación de las defensas, dos de los tres jueces se han pronunciado, maguer la real intención de uno u otro respecto de las consecuencias de su decisión, por la concurrencia de las tres identidades que reclama el principio “ne bis in idem”: la de la persona perseguida (“eadem personae”), la del objeto de persecución (“eadem res”) y la de la causa de persecución (“eadem causa petendi”).

Por consiguiente, aunque sellada la suerte del recurso, me pronuncio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 471 del CPPN, por la nulidad de la resolución atacada y su reenvío a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Tal el sentido de mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE:**

RECHAZAR los recursos de casación interpuestos por las defensas a fs. 8/15 y 16/22, en todo cuanto ha sido materia de recurso, **CON COSTAS** (arts. 465, 470, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

LUIS M. GARCIA

LUIS FERNANDO NIÑO
-en disidencia-

HORACIO DÍAS

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 52214/2013/9/CNC4

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara