

Reg. n° 50/ 2018

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Alberto J. Huarte Petite, asistidos por la secretaria Paola Dropulich, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa n° CCC 3406/2014/TO1/CNC1, caratulada “Acosta, Gastón Gabriel s/ robo de automotor con armas”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 condenó a Gastón Gabriel Acosta a la pena de seis años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor de los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante arma de fuego, resistencia a la autoridad y abuso de armas, en concurso real (arts. 5, 29 inciso 3, 40, 41, 45, 55, 104 párrafo 1, 166 inciso 2 párrafo 2, 189 bis inciso 2 párrafo 4 y 239 del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación, v. fs. 234 y 235/244).

II. Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la defensa (fs. 245/257), que fue concedido (fs. 263/264) y mantenido (fs. 266).

III. La Sala de Turno de esta Cámara le otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 268).

IV. En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo Código, se presentó el doctor Claudio Martín Armando, Defensor Público Oficial a cargo de la Unidad de Actuación n° 1 ante esta Cámara (fs. 271/276).

IV. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que las partes no comparecieron (fs. 281, 282 y 283).

V. Tras la deliberación del tribunal, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

I. La defensa de Gastón Gabriel Acosta interpuso recurso de casación contra la sentencia enunciada precedentemente.

En primer lugar se agravió por arbitrariedad en la valoración de la prueba para tener por acreditado, por un lado, el empleo de un arma de fuego en el robo; y por el otro, que Acosta se resistió a la detención y disparó contra la policía durante la persecución. Así, argumentó que los elementos de convicción reunidos resultan insuficientes para conformar el grado de certeza requerido para arribar a una sentencia condenatoria y desvirtuar el estado de inocencia del nombrado, con lo que debió resolverse el caso recurriendo al principio contenido en el art. 3 CPPN.

En este sentido, refirió que las siguientes circunstancias: que la víctima indicó que en el robo de su automóvil intervinieron cinco o seis personas, que el conocimiento de armas de parte de aquél se limitaba a “haberlas visto en televisión”, que no se incautó la empleada en la persecución policial, que transcurrió un lapso considerable entre el atraco y la intervención de la fuerza de seguridad –en el que, por ejemplo, pudieron ser cargadas– y que este procedimiento se inició a aproximadamente trescientos metros del lugar del suceso; impedían sostener más allá de toda duda razonable el extremo del que se trata: que se utilizó el mismo elemento para el robo y para resistir la actuación policial y, con ello, que el arma esgrimida contra el damnificado era verdadera, se encontraba cargada y resultaba idónea para su fin.

Similares consideraciones formuló la parte recurrente con relación a los delitos de resistencia a la autoridad y abuso de arma de fuego. Así, con remisión al voto disidente del juez Vega, razonó que la absolución del imputado con relación al delito de portación ilegítima de arma de fuego imponía adoptar idéntica solución respecto de aquellas figuras, en la medida en que no se pudo probar con el mismo alcance que fue Acosta quien disparó contra la policía durante la fuga –sobre todo porque no se realizó ninguna prueba tendiente a determinar la existencia de restos de pólvora en sus manos–. Agregó que tampoco se acreditó que compartiera la decisión de sus coimputados de hacerlo, y que el

hecho de que finalmente intentara evitar ser detenido sin agredir a los funcionarios policiales determinaba la atipicidad de esa conducta.

En definitiva, solicitó que se case la sentencia recurrida y califique el hecho como constitutivo del delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166 inciso 2 párrafo 3 CP).

En segundo término se agravó por arbitrariedad en la mensuración de la pena, sosteniendo que el Tribunal omitió considerar como atenuantes las condiciones personales del imputado y dar una respuesta a su planteo vinculado a la necesidad de determinar la sanción legal en un monto inferior al mínimo previsto en la norma correspondiente.

En ese orden, hizo alusión a las condiciones personales de Acosta –particularmente a su situación de vulnerabilidad y a la falta de ofensividad demostrada al ser detenido– y aseveró que posee capacidad de imputabilidad disminuida, con remisión a la opinión del perito de esa parte que recomendó un análisis en tal sentido, y a la impresión que causó al operador que realizó su informe socio-ambiental y consignó que se trata de una persona “limitada”. Agregó que el trauma que le ocasionó la desmedida e injustificada reacción policial debió valorarse en la misma dirección y concluyó que debió imponerse una pena de ejecución condicional.

Por último, expresó que el Tribunal omitió efectuar un análisis mediante el que se adecuara la respuesta punitiva del caso concreto a los principios de culpabilidad, racionalidad, proporcionalidad y resocialización; y, en consecuencia, se fijara la pena en un monto inferior al mínimo establecido por el legislador en la escala penal correspondiente.

II. Al momento de fallar el Tribunal tuvo por probado el hecho descripto oportunamente en el requerimiento de elevación a juicio, en el que se atribuyó a Acosta haber sustraído mediante violencia, con el uso de armas de fuego y junto con otras cinco personas no identificadas, efectos personales y el automóvil marca Ford, modelo “Focus”, dominio IIZ581, pertenecientes a Gabriel Gustavo Ganino. Ello tuvo lugar el 16

de enero de 2014, alrededor de las 22:00 horas, frente a la finca sita en Asamblea 2126 de esta ciudad.

En tales circunstancias el damnificado fue abordado por los imputados, dos de los cuales –quienes se hallaban a bordo de motocicletas– exhibieron armas de fuego y lo golpearon con una de ellas en la cabeza. A continuación exigieron la entrega de sus bienes, por lo que entregó las llaves del auto, su teléfono celular, una cadena de plata, un anillo de compromiso y una billetera que contenía alrededor de cien pesos, su documento nacional de identidad, tarjetas de crédito de las firmas “Mastercard”, “Visa” y “Nativa” y credenciales de la obra social “O.S.P.A.”. Luego se dieron a la fuga con el vehículo y Ganino denunció el hecho, avisando a la policía que el rodado tenía colocado un dispositivo de localización satelital. De tal forma sucedió una persecución desde la intersección de la calle Lynch y la avenida Sáenz de esta Ciudad, en la que desde el automóvil, tripulado por Acosta y otros dos sujetos, se efectuaron disparos contra la patrulla, cuyos ocupantes repelieron por el mismo medio. La persecución se desarrolló por la avenida Riestra y calles internas del barrio “Rivadavia”, donde intervino otro móvil que logró su detención, ocasión en la que los sospechoso abandonaron el automóvil y continuaron la fuga a pie por dichos pasillos, hasta que Acosta intentó ingresar a la casa n° 876 del barrio “Rivadavia I” y fue detenido, incautándose en su poder setecientos pesos y una cadena plateada. En el interior del vehículo aludido –que presentaba nueve orificios de bala (dos de salida y siete de entrada)– se hallaron un cartucho calibre 22 LR CBC, una vaina servida FLB 9x19 y un cartucho FC calibre 40.

También se imputó a Acosta haber resistido junto a sus coimputados las reiteradas órdenes impartidas durante la persecución por el personal de Gendarmería Nacional y de Policía Federal Argentina, contra los cuales además efectuaron los mencionados disparos de arma de fuego.

III. Los parámetros que, a mi modo de ver, deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar la valoración de la prueba desde el tribunal de casación, han sido desarrollados *in extenso* al resolver en las causas de esta

Sala “Mansilla, Pablo y otro s/ lesiones leves” (CCC n° 11375/2013/TO1/CNC1Rta. 16/7/2015, Reg. n° 252/2015) y “Aristimuño, Jonathan Emmanuel s/ homicidio simple” (CCC 14087/2012/TO1/CNC1, de esta Sala, Rta. 28/12/16, Reg. n° 1038/16), entre otras. En tales ocasiones se analizaron las pautas de una interpretación constitucional del recurso en tratamiento a partir de la doctrina del precedente “Casal” (C.S.J.N., Rta. 20/9/2005).

Conforme el desarrollo allí efectuado, considero que el examen de la plataforma fáctica de una sentencia de condena está orientada a determinar si los elementos de convicción ponderados en el pronunciamiento cuestionado y los razonamientos utilizados permiten demostrar que, en ese caso, se ha acreditado con certeza la acción imputada, porque para sostener una condena penal, el juzgador debe adquirir certeza sobre la reconstrucción histórica de un suceso.

Cafferata Nores (*La prueba en el proceso penal*, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8) se refiere a este concepto de la siguiente manera: "Cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, a la cual se la puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad. La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe); pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos en procura de alcanzar esa certeza. Y en este tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados duda, probabilidad e improbabilidad".

Por su parte Luigi Ferrajoli (*Derecho y Razón*, Editorial Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.) enuncia con absoluta claridad las dos alternativas en las que puede transitar el derecho penal, con relación al concepto de certeza, al señalar que "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente resulte castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que

también algún culpable pueda resultar impune (...) La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado, viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*". Añade que a este último modelo corresponde "no sólo el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza (...) Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos (...) Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del 'favor rei', que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica".

Jorge Clariá Olmedo (*Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, Cba., 1984, tomo I, p. 234) refiere que: "La firme creencia de estar en posesión de la verdad es el estado de certeza, de contenido simple e ingraduable, que implica desechar toda noción opuesta. Puede ser afirmativa o negativa en cuanto consista en la ocurrencia o en la no ocurrencia del hecho. En esos dos extremos, sin embargo, puede oscilar el espíritu mientras se mantiene el grado de incertidumbre. Esta ha de mostrar infinitos grados que se aproximan o alejan de la afirmación o negación, y cuyo término medio representará el estado típico de duda: igualdad de motivos para afirmar y para negar, todos dignos de ser tenidos en cuenta. Cuando predominan los motivos que nos conducen a afirmar pero sin poder desechar los opuestos, el estado será de probabilidad: algo más que duda y menos que certeza. Lo contrario es el

estado de improbabilidad. El principio *in dubio pro reo* sólo excluye la certeza sobre la culpabilidad; capta la duda y la probabilidad”.

En el mismo sentido, sostiene Perfecto Andrés Ibáñez (*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91) que “decidir jurisdiccionalmente conforme a la presunción de inocencia, en rigor, equivale a entender que sólo procederá la condena cuando, razonablemente (es decir, en términos de racionalidad inductiva) no existe ninguna duda acerca de la realización del delito y de la identidad del autor. Y, ya se ha dicho, que a esa conclusión sólo puede llegarse a partir de la existencia de una hipótesis acusatoria eficazmente sustentada por pruebas, una y otras producidas y valoradas en el marco de un proceso contradictorio”.

Considerando tales parámetros corresponde ingresar al análisis que, sobre este punto trae el recurso.

En el fallo se fundó la utilización de armas de fuego en el robo partiendo de la consideración de que Gabriel Ganino, al relatar cómo fue abordado por los sujetos que lo despojaron de sus pertenencias, explicó que lo golpearon con una de ellas, lo apuntaron y gritaron “cortá, cortá”, todo lo que condujo a que entregara sus bienes y las llaves de su automóvil. Al aportar elementos descriptivos de tales instrumentos señaló que eran “chiquitas” y de color negro.

Además, el Tribunal tuvo en cuenta el testimonio de los oficiales de Gendarmería Nacional Andrés Blanco y José Miranda, quienes manifestaron que durante la persecución, al encontrarse con el automóvil sustraído, se produjo un intercambio de disparos que iniciaron los imputados.

A ello, se sumó el inventario del citado rodado –en el que se consignó la existencia de varios impactos de bala, algunos en el parabrisas y de salida–, la inspección ocular y el secuestro de vainas servidas en su interior; y se consideró, por último, el poco tiempo que transcurrió entre el robo y la intervención de la fuerza de seguridad.

Ahora bien, desde mi perspectiva el rendimiento de esa evidencia impide sostener más allá de toda duda razonable el aspecto fáctico del que se trata con lo que, por estricta aplicación del principio *in dubio pro*

re contenido en el art. 3 CPP, he de proponer al acuerdo excluir del caso la aplicación de la figura prevista en el art. 166 párrafo 2 inciso 2 CP y aplicar, en su lugar, la del párrafo 3 de la misma norma.

De la prueba reunida en el sumario resulta que Gabriel Ganino fue abordado por los sujetos que lo desapoderaron de sus pertenencias a las 22.00 horas aproximadamente frente a la finca sita en Asamblea 2126 de esta Ciudad; que la persecución policial inició alrededor de las 22.40 horas –porción de tiempo por lo demás razonable para que aquél denunciara el hecho, se consultara la ubicación de su automóvil a la compañía de localización y recupero vehicular y las fuerzas de seguridad salieran a su encuentro–; que el primer informe de la empresa de seguridad aludida indicó que el automóvil se hallaba en Agustín de Vedia 3000, mientras que fue finalmente detectado en las inmediaciones de la intersección de las calles Enrique Ochoa y Lynch; y por último, que la detención tuvo lugar a las 23.00 horas, conforme se documentó en el expediente.

De tal forma, no comparto el razonamiento efectuado por los colegas que dictaron en fallo pues, desde mi punto de vista, de ningún modo existió la aludida intermediación de tiempo ni de lugar entre el robo y la persecución policial, de forma tal que pueda sostenerse con certeza que las armas de fuego empleadas para repeler la actuación policíaca –cuya aptitud para producir disparos se acreditó con el testimonio de los funcionarios que observaron los “fogonazos”, con la peritación que informó que se efectuaron al menos dos desde el habitáculo y con el secuestro de vainas en su interior– fueron las mismas que se utilizaron contra Ganino, para intimidarlo y facilitar el robo. Es que, como se mencionó, transcurrieron aproximadamente cuarenta minutos y medió una considerable distancia entre lo uno y lo otro.

Ello es así, según entiendo, puesto que el resto de la prueba a la que se acudió para efectuar tal argumentación y las circunstancias de realización del robo no permite abonar esa hipótesis, si se tiene en cuenta que la víctima fue escueta en la descripción de las armas y dio cuenta de que pese a que intervinieron en el hecho varios sujetos, sólo

dos las portaban; mientras que la policía sólo vio a tres de todos aquellos.

En suma, entiendo que los elementos de convicción resultan insuficientes para abastecer los parámetros de certeza a los que hice referencia anteriormente, con lo que la cuestión, así planteada, debe interpretarse y resolverse en favor del imputado.

Para finalizar el análisis de este agravio, corresponde una última aclaración.

En otros casos he sostenido que el empleo del arma de fuego en el marco de una persecución policial que tiene lugar inmediatamente luego del robo, sin solución de continuidad, y con el fin de lograr la impunidad, constituye la violencia requerida por la figura básica y se aplica a la agravada. Esto, siempre que su utilización constituya un acto íntimamente vinculado con la sustracción y exista en el suceso una unidad de acción definida (cf., de esta Sala, causas “Ramos Muñoz”, CCC 52694/2014/TO1/CNC1, Rta. 14/6/16, Reg. n° 447/2016, y “Tevez, Walter y otros/ robo agravado”, CCC 60.095/2014/TO1/CNC2, Rta. 9/11/17, Reg. n° 1148 –voto del juez Huarte Petite–).

En ese sentido Tozzini sostiene que “al exigir el tipo (...) que el robo se cometa con armas, lo que equivale a decir a que se *ejecute* con armas, y por ser el empleo de armas una de las formas de integrar el tipo básico del robo, éstas lo agravan si el ladrón las utiliza en cualquiera de los tres momentos previstos en el art. 164 configurativos del robo, esto es, antes de él para facilitararlo, en el acto de cometerlo, o, después de cometido, para procurar su impunidad” (Carlos A. Tozzini, *Los delitos de hurto y robo*, Depalma, Bs. As., 1995, p. 312).

En la misma dirección, se ha resuelto que “la modalidad comisiva «uso de armas» que especializa la figura básica agravará el robo cuando su utilización se produzca en cualquiera de los tramos del *iter criminis* contemplado en la figura simple, es decir, antes del hecho, durante o después de cometido para lograr la impunidad. La violencia requerida por el artículo 164 del Código Penal es la ejercida para lograr la impunidad del robo realizado –aun cuando recaiga sobre una persona

distinta de la que haya sido víctima–, y abarca los actos posteriores inmediatos realizados por el autor. Debe descartarse pues el argumento seguido que el empleo de arma debe efectuarse exclusivamente al momento del desapoderamiento (o intento). De ser estrictamente así no se aplicaría nunca la expresión contenida en la norma genérica ‘después de cometido’ (o sea después de consumado)” (cf. C.F.C.P., Sala III, c. “Calderón, Mauricio Javier s/recurso de casación”, Rta. 6/8/2002, Reg. n° 396.02.3; en el mismo sentido, C.F.C.P., Sala I, c. “Flores, José L. y otro s/recurso de casación”, Rta. 3/12/09, Reg. n° 15044 y causa n° 14024, caratulada “Beja, Cristian Ariel s/recurso de casación”, Rta. 6/6/11, Reg. n° 17932; Sala II, c. “Trinidad Noguera, Carlos Alberto s/recurso de casación”, Rta. 18/5/2007, Reg. n° 10013).

Sin embargo, lucen acertadas las aclaraciones formuladas por Donna sobre este aspecto: la violencia que tiene lugar *después de cometido* (el robo) *para procurar su impunidad* “(e)s la realizada con posterioridad a la consumación del apoderamiento (...) basado en el texto legal «después de cometido». Es el caso de quien al ser sorprendido, para evitar ser aprehendido, hiere a quien le intercepta el paso. La expresión «después de cometido» requiere una limitación temporal con respecto a las acciones posteriores con virtualidad para transformar el hurto en robo, pues si no todos los hurtos quedarían indefinidamente pendientes de agravación. Así, Soler afirma que la expresión no está empleada en un sentido indefinido, cual si uno dijera «después que me casé», sino que la violencia, para configurar el robo, debe ser empleada dentro del mismo contexto de acción, en tiempo inmediato al del apoderamiento, como el ladrón que, descubierto, emplea sus armas con la que amenaza para que nadie se mueva, o el que, habiendo sustraído varias cosas a un automóvil, le arrebató al final las llaves al dueño para impedir la persecución. La violencia después de cometerlo debe ser algo preciso, que sirva para la consumación. De modo que si el apoderamiento, esto es, el hurto, está consumado, no se convierte en robo porque el sujeto emplee violencia. No puede un delito continuar abierto de manera que no se sepa cuándo se consuma” (E. A. Donna, *Derecho Penal, parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe., 2001, T. II-B, p. 125).

En efecto, sostenía Núñez –a quien Donna cita– que “(l)a violencia tiene lugar *después de cometido el robo para procurar su impunidad*, si una vez consumado el apoderamiento, se ejerce en el mismo contexto de la acción del robo *para lograr* la (...) impunidad (...). Lo que la circunstancia toma en cuenta es la defensa violenta de los ladrones frente a la reacción inmediata de la víctima o de terceros” (R. C. Núñez, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1967, Tomo V, pág. 225).

En este caso, y a partir del razonamiento formulado con relación al empleo del arma de fuego en el robo, es claro a mi modo de ver que en virtud del segmento temporal y espacial entre el evento y la actuación policial no se verifica la aludida intermediación y, con ello, un único contexto de acción, todo lo que conduce a la conclusión anunciada.

Como adelanté, entonces, el suceso debe ser encuadrado en la figura de robo agravado por haber sido cometido con un arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166 inciso 2 párrafo 3 CP) ya que, conforme los lineamientos expuestos al votar en las causas de esta Sala “Zambrano Joriati, Mariano José s/ robo” (CCC 25074/09/TO3/CNC1, Rta. 2/9/15, Reg. n° 416/2015), “Sirota Rubén Darío s/ robo con armas” (CCC 14986/2014/TO1/CNC1, Rta. 9/10/15, Reg. n° 540/2015), “Suica, Ricardo Raúl y s/ robo con arma de fuego” (CCC 43391/2013/TO1/CNC1, Rta. 2/11/16, Reg. n° 885/16) y “Ramírez, Luciano Nicolás s/ robo con armas” (CCC 77991/2014//TO1/CNC3, Rta. 24/5/17, Reg. n° 414/17), y toda vez que en este caso se comprobó la utilización de un elemento al que la víctima se refirió conforme lo ya expuesto, mas no pudo acreditarse su aptitud para su fin específico, es procedente la agravante prevista en el art. 166 inciso 2 párrafo 3 CP por cuanto –según se expuso en tales precedentes– como derivación del fallo “Costas” (Cámara del Crimen en pleno, Rto. 15/10/1986) el legislador ha buscado captar en el art. 166 inciso 2 párrafo 2 CP los supuestos en que el robo se comete con un arma de fuego cargada y en condiciones de ser utilizada, previendo una sanción penal agravada por el peligro causado por ese medio a la vida y a la salud de las personas; y la ha

diferenciado de los casos en los que se emplean tales instrumentos pero sin que se pueda acreditar la aptitud para el disparo, o con objetos similares pero que carecen de poder vulnerante. En estos casos la sanción es superior que en los de robo simple porque la intimidación es mayor que la exigida por la figura básica, por el temor que produce en el sujeto pasivo, pero, a su vez, sin que se acredite el riesgo aludido precedentemente.

Por aplicación del art. 3 CPPN he llegado a la conclusión de que tales presupuestos concurren en el caso porque el tipo objetivo cuya aplicación propongo no requiere el empleo de un arma de fuego sino sólo de un elemento similar con el que se provoque mayor intimidación que en el supuesto básico –lo que corresponde tener por acreditado a partir del testimonio del damnificado–, pero sin que opere el riesgo aludido.

IV. Luego, entiendo que también ha sido correctamente aplicada la figura prevista en el art. 239 CP.

Donna define el delito de resistencia a la autoridad como el empleo de intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, protegiendo la libertad de acción del sujeto pasivo una vez que ha decidido actuar (E. A. Donna, *Derecho Penal, parte especial*, 2 edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, T. III, p. 56 y cita: Carlos A. Tozzini, *Los delitos de atentado y resistencia a la autoridad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, Bs. As., enero-marzo, 1969, p. 54)

Más adelante explica que “(l)a acción típica es resistir a un funcionario público, en el ejercicio legítimo de sus funciones, o a la persona que le prestare asistencia, a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal. Consiste en impedir o trabar el ejercicio legítimo de la función, cuando el funcionario ya está actuando, previa decisión. El delito se configura, en este aspecto, cuando hay oposición del sujeto activo a la acción directa del funcionario público, valiéndose de medios violentos, que se ejerce sobre él, con el fin de impedirle su acción u

obligarlo a hacer algo, siempre dentro del ámbito legal. Se trata de la oposición del agente a la acción que ya ejecuta el funcionario, en contra de personas determinadas, que hayan estado en condiciones de percibirla, a través de la actitud asumida por el funcionario y las circunstancias particulares que las condicionen, esto es, en situación que no dé lugar a error. El autor del hecho debe oponerse a la «autoridad», que legítimamente le ordena algo propio de sus funciones” (ob. cit., pp. 80/81).

Luego, al referirse a la faz subjetiva del tipo analizado, refiere que el dolo directo que requiere tanto que el agente conozca las circunstancias de hecho del tipo –reconocer de modo inequívoco que se encuentra frente a la autoridad y que ésta emitió una orden legítima, cuya ejecución procura–, como que decida no aceptar la orden, agrediendo, lesionando y/o dañando a la autoridad, esto es, mediante violencia, con la finalidad de impedir o entorpecer la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio del sujeto pasivo (ob. cit., pp. 96/97).

Sobre este aspecto, la defensa limitó su agravio a argumentar no pudo acreditarse que los tiros fueran ejecutados por Acosta, ni que compartiera la decisión de sus coimputados de hacerlo; y fundó su postura observando que aquél no agredió a los agentes cuando quedó sólo y fue detenido.

Sin embargo, creo que las circunstancias fácticas relevadas en el fallo permiten concluir que el Tribunal ha efectuado una correcta aplicación del art. 239 CP, en función del art. 45 CP.

Considerando que cada partícipe del hecho sólo puede responder en la medida de su dolo –o sólo es responsable por lo que ha querido (cf. Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Bs. As.; 2000, pág. 752)–, las evidencias del caso indican, desde mi punto de vista, que ha mediado la aludida convergencia intencional de Acosta en este tramo del suceso, lo que a su vez permite descartar que se trate de un supuesto de exceso del coautor imputable a los restantes o de un mero apoyo al obrar ajeno.

Entiendo que se encuentra suficientemente comprobado con la prueba recogida en el debate que quienes fugaron a bordo del automóvil

robado a la víctima –entre ellos Acosta– resistieron la orden de detención que emanó de los funcionarios de las fuerzas armadas intervinientes, efectuando disparos.

En base a las circunstancias de realización del caso es necesario concluir que existió un plan previamente organizado por los múltiples autores del hecho que incluyó el empleo de armas de fuego y que fueron disparadas durante la fuga, una vez que intervinieron las fuerzas de seguridad, lo que da una pauta certera acerca del extremo del que se trata. No puede soslayarse que luego de detener el automóvil y descender los tres imputados, Acosta, al igual que los demás, continuó la fuga a pie, hasta que fue detenido.

No cancela esa conclusión, como pretende la defensa, que no se probara que fue Acosta quien disparó porque, como se mencionó, la ideación de un plan común y la división de roles para su realización –que surge clara de las características de realización del robo– fundan este tipo de participación criminal y permiten responsabilizar a los intervinientes en la medida de la coautoría.

Tampoco resulta relevante para resolver el caso el hecho de que el condenado adoptara una actitud mucho menos violenta al momento de ser detenido, pues entonces sus circunstancias eran considerablemente distintas.

Para arribar a esta solución no es preciso que no se acreditara que Acosta disparara con un arma de fuego o que hiciera otro aporte esencial al hecho –conforme la teoría del dominio funcional (cf. G. Stratenwerth, *Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible*, Hammurabi, 4ª ed., Bs. As., 2008, p. 398 y ss.)–, ya que “no es preciso que el plan del hecho establezca cada detalle de conducta de los coautores. Más bien se puede conceder a cada sujeto particular la libertad de actuar o reaccionar de acuerdo a la concreta situación. Entonces, todas las formas de conducta adecuadas al plan están cubiertas por el acuerdo. Ha de afirmarse además coautoría en el caso de desviaciones «que se hallen en el marco de la extensión usual de los correspondientes hechos, con las que se ha de contar habitualmente de acuerdo con las circunstancias del caso y que satisfacen de forma equivalente el interés del otro coautor” (Claus Roxin,

Derecho Penal, parte general, tomo II, Especiales formas de aparición del delito”, Thomson Reuters-Civitas, impreso en argentina por La Ley, 2014, p. 150).

En consecuencia, el planteo no puede prosperar puesto que, desde mi punto de vista y como señalé, el caso reúne las notas del art. 45 CP.

V. Corresponde luego analizar si fue correcta la aplicación al caso de la figura prevista en el art. 104 del Código Penal, decisión que no comparto y que he de desarrollar en el marco de revisión amplia de la sentencia de condena mencionado, pues la fundamentación que efectuó la defensa en este sentido fue rechazada en el punto anterior.

Al respecto, sostiene Donna que el bien jurídico que protege la norma es la integridad física de la persona –se protege el cuerpo del sufrimiento de algún *peligro* de ser lesionado–, y establece como requisitos objetivos de procedencia que se haya utilizado un arma de fuego; que haya sido disparada; que el disparo haya sido dirigido materialmente hacia una persona; que esa dirección haya sido querida por el autor; que el autor no haya tenido intención de matar o lesionar gravemente; y que no resulte la muerte o graves lesiones a la víctima (ob. cit., T. I, pp. 385/386).

Luego, al referirse a la *dirección del disparo*, el autor indica que debe ser realizado, tal como lo expresa el artículo, *contra una persona*, y agrega que “nuestra ley no exige que el disparo deba ser hecho contra una persona *determinada*, puede ser cualquier sujeto, por ejemplo, cualquier persona de un grupo al que se enfoca y dirige el proyectil. «El disparo de arma no exige que se haga contra una persona determinada; basta que esté dirigido contra alguien» (STJ de Santa Fe, 13-8-48, "Bournissent, Emilio M.", L. L. 52-131) (...). Naturalmente no es exigida gran puntería sino sólo la intención de dirigirse a un lugar donde se encuentren una o más personas reunidas. «Si el disparo fue dirigido contra determinada persona, la circunstancia de que el agresor no haya hecho puntería, no resta tipicidad a la acción» (Cám. Nac. Crim., sala I, c. 12.032, "Etayo, M.", 12-3-71). «El delito de abuso de armas se perpetra cuando se dispara en dirección a una persona, independientemente del número de víctimas. Tal proceder, configurado por una unidad de acción y de

propósito, vinculados a una única determinación, precisan la singularidad del obrar ilícito reprochado» (Cám. Pen. de San Martín, sala II, c. 7159, "Quinteros, E.", 26-8-80). «La figura del abuso de armas requiere no sólo la intención del causante, sino además que el disparo se dirija contra el sujeto pasivo, contra alguien, aunque no se tome puntería, pero creando una situación concreta de peligro» (Cám. Nac. Crim., sala IV, Def, c. 24.390, "Páez, Federico", rta.: 30-5-80). Debe crearse un peligro efectivo para la víctima, lo que no ocurriría si el disparo es efectuado contra la tierra, hacia el cielo, al descampado, o al agua. «Disparo al aire: Si ninguno de los disparos fue efectuado contra una persona determinada, debe descartarse la existencia del elemento doloso requerido por las figuras de los artículos 90 y 104 del Código Penal y corresponde entonces condenar por el delito de lesiones culposas» (Cám. Crim. de Capital, 23-9-66, J. A. 1966-VI- 305). (...) Tampoco si se dispara en un recinto donde hay personas, pero no se apunta a las mismas, sino en otra dirección, o si se dispara sólo moralmente contra una persona, esto es, por ejemplo, con el propósito de amedrentar en la noche haciendo creer que se dispara contra la persona. «La acción de disparar un arma sin apuntar sobre persona alguna, no satisface el requisito expresamente requerido por el artículo 104 del Código Penal" (Cám. Nac. Crim., sala VII, c. 9634, "Pérez, Jorge", 24-5-88). Dice Terán Lomas que si la distancia fuera tan larga que el proyectil no tuviera alcance no se daría el delito; sin embargo, podría discutirse el problema de la tentativa" (ob. cit. pp. 387/388, y citas: Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino. Actualizado*, 4ª ed., 10ª reimp., Tipográfica, Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, t. III, § 89; Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, § 271; Oscar A. Estrella y Roberto Godoy Lemos, *Código Penal comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 223; Ricardo Núñez, *Sobre el disparo de arma de fuego*, en L. L. 52-131-11, p. IV).

Pues bien, considero que la evidencia valorada en el caso es insuficiente para tener por acreditado con el grado de certeza que requiere esta instancia procesal que los disparos efectuados por los imputados durante la persecución policial fueran dirigidos contra los

funcionarios y que, en consecuencia, se creara un peligro efectivo para aquellos.

Los preventores refirieron en el debate que oyeron detonaciones provenientes del Ford Focus y que se trató de un disparo efectuado desde el interior por un sujeto ubicado en el asiento trasero (cabo Bordon Ibañez y cabo Delgado); que se percibieron “fogonazos” y “detonaciones” (subcomisario Espósito) y que quienes se encontraban a bordo del automóvil robado dispararon contra el patrullero ubicado por delante (cabo Blanco).

Sin embargo, y más allá de que resulte razonable argumentar que los policías repelieron la agresión armada porque los disparos desde el vehículo en fuga fueron direccionados contra ellos, lo cierto es que sus relatos no son específicos al respecto y no se encuentran acompañados por otra evidencia que permita sostener ese extremo y no otro, como que fueran efectuados al aire o a las ruedas de los móviles policiales, por ejemplo.

Ello es así por cuanto tampoco se acreditó que los patrulleros resultaran dañados –como sí lo fue el automóvil sustraído–, ni con precisión la distancia de aquellos con relación a este, o su ubicación durante la persecución.

En consecuencia, por las consideraciones expuestas y conforme a las desarrolladas en el caso “Aristimuño, Jonathan Emmanuel s/ homicidio simple”, CCC 14087/2012/TO1/CNC1, de esta Sala, Rta. 28/12/16, Reg. n° 1038/16, y citas: J. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, Cba., 1984, tomo I, p. 234; P. Andrés Ibañez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, 1° ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91; art. 14.2 PIDCyP, conforme la Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y C.S.J.N. *fallos* 328:3399, “Casal”), en cuanto a cómo deben interpretarse los conceptos de certeza y duda, considero que corresponde excluir la aplicación al caso de la figura prevista en el art. 104 CP por aplicación del principio contenido en el art. 3 CPPN, por existir un margen considerable de duda al respecto.

VI. En virtud de lo expuesto propongo al acuerdo: I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar parcialmente el punto II de la resolución recurrida, calificar el hecho por el que fue condenado Gastón Gabriel Acosta como constitutivo de los delitos de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada y resistencia a la autoridad, en concurso real, y remitir el caso a otro Tribunal del fuero para que determine el monto de pena a imponer; sin costas. II. Rechazar, en lo restante, el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida; sin costas (arts. 3, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

En consecuencia resulta inoficioso dar tratamiento al agravio vinculado al juicio de determinación de la pena.

El juez Mario Magariños dijo:

De conformidad con los parámetros de control de valoración probatoria derivados de la garantía fundamental establecida en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fijados por este tribunal en los precedentes “Cajal” –registro n° 351/2015, resuelta el 14 de agosto de 2015– y “Meglioli” – registro n° 911/2015, resuelta el 14 de noviembre de 2016– (ver los votos del juez Magariños), se observa que la sentencia impugnada, en punto a la conclusión relativa a que las armas utilizadas al momento del robo se encontraban cargadas y aptas para el disparo, ha realizado una valoración probatoria que no se adecúa a la regla legal de la sana crítica racional (artículo 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación) y al principio fundamental del estado jurídico de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional), como tampoco a una de sus consecuencias más relevantes, la regla del *in dubio pro reo* (artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación), por lo que habré de compartir la resolución del caso propuesta en el voto del juez Jantus sobre este punto.

Ahora bien, corresponde señalar que los restantes aspectos del sustrato fáctico materia de imputación y condena fueron fijados con acierto en la sentencia impugnada, toda vez que, tal como lo señala el

colega preopinante, las pautas de valoración de la prueba arriba mencionadas han sido respetadas por el tribunal de juicio, razón por la cual debe confirmarse la decisión recurrida en tal punto.

Asimismo, coincido con el juez Jantus en que debe excluirse la aplicación al caso de la figura de abuso de arma de fuego (artículo 104 del Código Penal) pues tal como señalé en el precedente “Scarazzini Lencina” –registro n° 1039/2016, resuelta el 27 de diciembre de 2016– (ver el voto del juez Magariños), ese tipo penal abarca a aquellos comportamientos orientados a agredir a la víctima, mediante el disparo de un arma de fuego dirigido hacia zonas no vitales del cuerpo, y, sobre la plataforma fáctica correctamente fijada por el *a quo*, solo puede predicarse la existencia de “un intercambio de disparos” (cfr. fs. 241 vta. de la sentencia) entre el grupo agresor y la fuerza policial, sin una dirección establecida de modo cierto, lo cual configura un obstáculo para tener por corroborada la tipicidad objetiva de la norma a estudio.

Por lo hasta aquí expuesto, comparto pues, con el colega que inaugura el acuerdo, la decisión de remitir las actuaciones a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, se asigne el asunto a otro tribunal oral, a fin de establecer el monto de pena a imponer al señor Gastón Gabriel Acosta, conforme la escala legal aplicable al caso. Por tal razón, deviene inoficioso ingresar al tratamiento de los restantes agravios de la defensa dirigidos a cuestionar el monto punitivo fijado por el *a quo* en la sentencia impugnada.

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. Adhiero al voto del colega Pablo Jantus en lo que refiere a la aplicación del artículo 3, CPPN, en el caso respecto de la utilización de un arma de fuego en el hecho que se tuvo por probado y la consecuente modificación de la calificación legal por la de robo agravado por la utilización de un arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada -art. 166, inciso segundo, párrafo tercero, CP- (acápito III de su voto).

II. En igual sentido, comparto las consideraciones del voto preopinante acerca de la correcta aplicación de la figura de resistencia a la autoridad en la sentencia recurrida (arts. 239 y 45, CP) y, a la vez, el

rechazo al argumento defensivo en torno a que la absolución dictada por el delito de portación ilegítima de un arma de guerra impide sostener que Acosta resistió el accionar de los funcionarios policiales y gendarmes con disparos de arma de fuego.

En efecto, el desconocimiento sobre quién efectuó los disparos desde el vehículo sustraído no neutraliza la participación criminal de Acosta en un plan común que tuvo su inicio en el segmento fáctico en que se produjo la sustracción. Además, la recurrente no presenta ningún elemento demostrativo de un eventual disenso del imputado respecto de la conducta de los otros dos intervinientes, extremo que debilita aún más su hipótesis.

III. En orden al delito de abuso de armas (art. 104, CP), más allá del exhaustivo y, según lo entiendo, correcto desarrollo teórico que expone el voto que lidera este acuerdo, lo cierto es que la condena con relación a dicho delito no resultó materia de agravio en el escrito de interposición de la defensa pública en los términos expresados por el juez Jantus (esto es, si se verificaron los extremos típicos de la figura), sino que se cuestionó la intervención de Acosta en tal ilícito, lo cual encuentra respuesta, conforme lo aprecio, en lo ya dicho respecto al delito de resistencia a la autoridad y la comprobada participación en él del imputado, de la cual deriva también su intervención en el abuso de armas. Motivo por el cual, habida cuenta los límites de la intervención que le caben a esta jurisdicción¹ (arts. 445, 463 “in fine” y 466, CPPN, que determinan la imposibilidad del tratamiento de agravios no introducidos oportunamente), habré de disentir con el colega preopinante y votaré por el rechazo del respectivo recurso en lo atinente este punto.

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

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, **CASAR**

¹ Cfr. fallo “**Gauna**” (Reg. n° 1002/17, del 13.10.17), considerando VII, voto del juez Huarte Petite, oportunidad en la que en similares términos me expedí acerca de los agravios novedosos en el término de oficina.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 3406/2014/TO1/CNC1

PARCIALMENTE el punto II de la resolución recurrida y, en consecuencia, calificar el hecho por el que fue condenado Gastón Gabriel Acosta como constitutivo de los delitos de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada y resistencia a la autoridad, en concurso real (arts. 45, 55, 166, inciso 2, párrafo 3, y 239 del Código Penal y arts. 3, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. RECHAZAR, en lo restante, el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gastón Gabriel Acosta; sin costas (arts. 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. REMITIR las actuaciones a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, se asigne el asunto a otro tribunal oral que determine el monto de pena a imponer a Gastón Gabriel Acosta, conforme la escala legal aplicable al caso.

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100), hágase saber al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 20 mediante oficio de estilo al que se adjuntará copia de la presente y cúmplase con la remisión ordenada, debiendo el tribunal sorteado notificar personalmente al imputado.

Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS

ALBERTO HUARTE PETITE
-en disidencia parcial-

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA