

Reg. n° 522/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes de mayo de dos mil dieciocho, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Luis F. Niño y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos por las defensas de Rubén Ignacio Álvarez y de Nahuel Gonzalo Castro Fernández, por un lado, y la de Omar Feliciano Gómez, por el otro; en la presente causa n° 42.471/2008, caratulada “**CASTRO FERNÁNDEZ**, Nahuel Gonzalo y otros s/ robo con armas”, de la que **RESULTA:**

1).- El actual Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 20 de esta ciudad resolvió –en lo que aquí interesa–:

a).- Rechazar los planteos de inconstitucionalidad de los artículos 166 –inc. 2, párrafo tercero– y 167 –inc. 2–, ambos del Código Penal (en adelante, CP), sin costas; y

b).- Condenar a Gonzalo Nahuel Castro Fernández, Rubén Ignacio Álvarez y Omar Feliciano Gómez a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlos coautores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada; por ser en poblado y en banda; y por ser miembros de la Policía Federal Argentina (en adelante, PFA) –artículos 5, 12, 29, inciso 3°, 40, 41, 45 y 166, inciso 2°, párrafo 3°, 167, inciso 2° y 167 *bis*, CP; y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN)– (cfr. fs. 2134/2214vta).

2).- Contra dichas decisiones, el defensor público coadyuvante, Carlos Seijas –quien representó a Rubén I. Álvarez y Nahuel G. Castro Fernández–, interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad (cfr. fs. 2217/2252), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 2260/2261vta) y mantenida la voluntad recursiva por el letrado (cfr. fs. 2265/vta.).

El recurrente fundó su impugnación en los arts. 456 –ambos supuestos– y 477, CPPN y planteó los siguientes agravios:

- Alegó, en primer lugar, que el tribunal valoró de forma arbitraria los elementos probatorios sobre los cuales se tuvo por acreditado el hecho por el cual se condenó a sus asistidos Rubén I. Álvarez y Nahuel G. Castro Fernández, por lo que solicitó que se los absuelva (art. 456 –inc. 2–, CPPN); y

- Subsidiariamente, postuló la inconstitucionalidad de los arts. 166 –inc. 2, párrafo tercero– y 167 –inc. 2–, ambos del Código Penal y petitionó que se ajuste sus responsabilidades en los términos de los arts. 164 y 167 *bis*, CP.

3.- Los defensores de Omar F. Gómez, Leonardo P. De Candia y Andrea Sannazzaro, también interpusieron recurso de casación contra la sentencia condenatoria de su asistido (cfr. fs. 2253/2257).

El remedio procesal fue concedido por el tribunal (cfr. fs. 2260/2261vta) y mantenida la voluntad recursiva por los nombrados (cfr. fs. 2266).

La parte fundó sus agravios en ambos incisos del art. 456, CPPN y efectuó diversas críticas vinculadas con la acreditación del hecho y la calificación asignada, en torno a la aplicación del agravante del art. 167 *bis*, CP.

4).- Con posterioridad, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara y sus integrantes decidieron otorgar a los recursos el trámite previsto en el artículo 465, CPPN (cfr. fs. 2268).

5).- Ya sorteada esta Sala II, durante el término de oficina, previsto en los arts. 465 –cuarto párrafo– y 466, CPPN, se presentó el defensor público ante esta instancia, Mariano P. Maciel –en representación de Álvarez y Castro Fernández–, quien, en líneas generales, reprodujo los agravios plasmados en el recurso de casación (cfr. fs. 2271/2277).

Asimismo, introdujo una nueva impugnación relacionada con la inaplicabilidad de la figura delictiva tipificada en el art. 167 –inc. 2–, CP, cuya inconstitucionalidad se había postulado en el recurso de casación.

También presentó como un nuevo agravio la errónea aplicación de la agravante prevista en el art. 166 –inc. 2, tercer párrafo–, CP, pero los fundamentos que allí expuso se basaron exclusivamente en demostrar la inconstitucionalidad de la mencionada normativa; crítica que ya había sido planteada por la parte en su escrito recursivo.

6).- Se celebró la audiencia prevista por el artículo 468, CPPN, a la que compareció el defensor público Mariano Maciel, quien mantuvo los planteos desarrollados en el recurso de casación y en el escrito presentado en el término de oficina.

A su vez, adhirió a la impugnación interpuesta por los abogados de Gómez –Leonardo P. De Candia y Andrea Sannazzaro–, en torno a la aplicación del agravante del art. 167 *bis*, CP. En apoyo a esa postura citó el precedente “Reinoso, Diego” de la Cámara del Crimen, dictado el 28 de septiembre de 2006.

Los defensores de Gómez no asistieron al mencionado acto procesal y, en esa misma fecha, presentaron un escrito titulado “amplia fundamentos”, en donde se reprodujeron de forma idéntica los agravios interpuestos en el recurso de casación (cfr. 2280/2283).

Finalizada la audiencia el tribunal pasó a deliberar, en uso de la facultad que le otorga el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 2284. Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

Y CONSIDERANDO:

El juez Daniel Morin dijo:

1).- Antes de iniciar el tratamiento de los recursos de casación, resulta conveniente repasar, brevemente, los antecedentes de las presentes actuaciones. Esta causa presenta la particularidad de que, en un primer momento, las víctimas del hecho delictivo –Claudio G. Scribano y José Antonio Ibáñez– estuvieron imputadas en el marco del proceso; mientras que, a la inversa, quienes resultaron condenados, inicialmente, intervinieron en calidad de damnificados.

De este modo, al comienzo de la investigación, se les endilgó a los nombrados Scribano e Ibáñez haber desapoderado a Castro

Fernández de una billetera que contenía en su interior una tarjeta de crédito y dinero, mediante el empleo de armas de fuego.

La denuncia describió que el suceso ocurrió el día 27 de septiembre de 2008, a las 5:55 hs., en la calle San José, casi esquina 15 de noviembre de 1889, en circunstancias en las que Castro Fernández se encontraba caminando junto con Álvarez y Gómez, todos efectivos de la Comisaría n° 28 de P.F.A., luego de que se retiraran del local bailable Radio Studio.

Después de que Scribano e Ibáñez fueron indagados, el juez instructor decidió dictarles la falta de mérito, en tanto entendió que sus relatos exculpatorios resultaban verosímiles (por cuanto sostuvieron que, en realidad, ellos habían sido las víctimas del robo), mientras que los de los supuestos damnificados se presentaban como genéricos, pocos claros e imprecisos.

Al advertir, de este modo, que se encontraba frente a una situación de dichos contrapuestos respecto de lo sucedido, sin que hasta ese momento se hubieran arrojado a la causa elementos de convicción suficientes para hacer prevalecer una versión sobre la otra, el juez concluyó que debía profundizarse la pesquisa con el objeto de reconstruir la verdad de los hechos (cfr. fs. 166/170).

Luego de que se realizaron numerosas medidas de prueba, el instructor determinó que los hechos no habían ocurrido conforme lo puso en conocimiento el personal policial de la Comisaría n° 28 de la P.F.A., sino que tanto Ibáñez como Scribano habían sido víctimas de ilícitos cometidos por parte de los efectivos de la mencionada fuerza. En función de ello, a fs. 1288/1327, los sobreseyó; pronunciamiento que adquirió firmeza.

Seguidamente, se les imputó a los efectivos Gonzalo N. Castro Fernández, Omar F. Gómez, Rubén I. Álvarez, Carlos A. Messina, Rodolfo Almada, Wilson D. Pérez, Juan A. Pereyra, Mario A. Fernández y Jorge D. Brito haber formado parte del grupo que interceptó a Scribano e Ibáñez en la vía pública, a quienes los apuntaron con armas de fuego y les propinaron golpes de puño, patadas y con la culata de un

arma, causándole lesiones de carácter leve. Asimismo, se les atribuyó haberles sustraído sus pertenencias, privarlos de su libertad y acusarlos falsamente de la comisión de un delito, dando lugar a la formación del sumario policial, que dio origen a las presentes actuaciones.

De este grupo, únicamente Castro Fernández, Álvarez y Gómez resultaron procesados –con prisión preventiva– y luego, requeridos a juicio, en orden a los delitos de robo agravado por la utilización de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada; por su comisión en poblado y en banda; y por pertenecer a la fuerza policial, en calidad de coautores (fs. 1288/1327). A los demás agentes se les dictó el sobreseimiento (fs. 1288/1327, 1363/4 y 1485/1510).

Resta señalar que también estuvieron sometidos a proceso los efectivos Darío C. Rodríguez Sánchez, Walter D. Czuhajowskyj, Gustavo A. Tarda y Damián A. Bregante, a quienes se les imputó haber infringido el deber de denunciar el ilícito, con la finalidad de encubrir a los verdaderos autores, de acuerdo a los arts. 277 –párrafo 1º, inc. “d” y párrafo 3º, inc. “a”–, CP.

A fs. 1756/vta., se decretó la extinción de la acción penal respecto del nombrado Tarda, en virtud de su fallecimiento y, en consecuencia, se lo sobreseyó.

Por último, se investigó al Subinspector de la P.F.A., Darío M. Luzi, por los delitos de falsedad ideológica agravada, privación ilegítima de la libertad, agravada por abuso de funciones y por la calidad de funcionario público; en calidad de autor.

2).- Una vez que la causa se elevó a la instancia de juicio y se sustanció el debate, el actual Tribunal en lo Criminal y Correccional n° 20, tuvo por acreditado que *“el día 27 de septiembre de 2008, en circunstancias en que José Antonio Ibáñez y Claudio Gabriel Scribano circulaban por la calle en una franja horaria de entre las 5:30 horas y los primeros minutos de 6 horas, en la intersección de las calles Caseros y Baigorri, de esta ciudad, fueron interceptados por un automóvil particular marca Peugeot 504 o Renault 18 que tenía las luces altas, del cual descendieron entre cinco [o] seis personas vestidas de civil y con armas, quienes les dieron la orden de ponerse contra la pared”* (cfr. fs. 2204).

“No obstante de que [Ibáñez y Scribano se] identificar(on) como gendarmes, fueron golpeados y esposados, sustrayéndole a Ibáñez un anillo, una pulsera y una cadena, todo de oro, el celular y la billetera con plata y tarjetas de crédito, las llaves del vehículo y una campera”. Por su parte, “...Scribano fue despojado de su billetera y del celular, recuperándo(la) luego (...) vacía” (cfr. fs. 2204).

Asimismo, el tribunal tuvo por acreditado que, luego de que “Ibáñez les hizo saber que se hallaba armado, le sustrajeron las armas de la cintura, siendo las mismas una pistola calibre 9 mm con la inscripción “Glock” y un cartucho a bala de 9mm y una pistola Browning calibre 9mm, con su respectivo cargador y cinco cartuchos a bala del calibre 9mm (ver fs. 14), manipulándolas y continuando con la golpiza...” (cfr. fs. 2204).

Posteriormente, “llegó un patrullero del cual descendieron dos policías, que conversaron con los demás”. Allí, uno de ellos le dijo a la persona que estaba golpeando a Ibáñez “yacaré, dejalo que lo vas a matar” (cfr. fs. 2204).

Finalmente, a través del servicio del SAME “llevaron [a los gendarmes] (a)l hospital, en carácter de detenidos, confeccionándose actuaciones en las que se les imputó falsamente el delito de robo con armas en perjuicio de Castro Fernández, Gómez y Álvarez, como ocurrido momentos antes de su detención” (cfr. fs. 2204/vta).

El tribunal de mérito sostuvo que Ibáñez y Scribano presentaron heridas que resultaron congruentes con el accionar referenciado y aclaró que las lesiones que mostró el primero no obedecía, por su intensidad y localización, al acometimiento que había sufrido previamente en el local bailable (cfr. fs. 2204vta).

Por último, descartó que se haya suscitado el episodio anterior “del cual d(i)eron cuenta los imputados Gómez, Castro Fernández y Álvarez, y que constituye parte de la defensa material ensayada por todos ellos, en el que se colocaron como víctimas de un hecho de robo previo del que acusaron a Scribano e Ibáñez, todo lo que habría justificado la detención de estos últimos” (cfr. fs. 2204vta.).

De este modo, el *a quo* tuvo por comprobada la intervención de Castro Fernández, Álvarez y Gómez en el hecho delictivo, “en atención a que ellos mismos fueron quienes –bajo otras explicaciones–, abordaron a las víctimas y [los] entregaron a Rodríguez Sánchez [en carácter de detenidos], a la vez que sus

nombres fueron escuchados por las víctimas en ese momento. Así Scribano dijo: 'que sólo escuchó nombrar a Yacaré, Gómez y Castro' e Ibáñez dijo haber escuchado mencionar los nombres de Álvarez y 'yacaré', a la sazón el apodo por el que se conoce al primero'' (cfr. fs. 2209vta.).

3).- Sobre esta base, el tribunal de origen resolvió condenar a Gonzalo Nahuel Castro Fernández, Rubén Ignacio Álvarez y Omar F. Gómez a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlos coautores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse; por ser en poblado y en banda; y por ser miembros de la Policía Federal Argentina (cfr. fs. 2130/1).

Previo a ello, el *a quo* decidió **no hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 166 –inc. 2, párrafo tercero– y 167 –inc. 2–, ambos del CP**, interpuestos por la defensa de Castro Fernández y Álvarez.

Tales decisiones motivaron sendos recursos de casación, a través de los cuales las defensas elaboraron distintas críticas a la sentencia impugnada, que serán detalladas en el próximo punto.

Por su parte, el tribunal absolvió a Darío Mauricio Luzi, por imperio de la duda; como así también a Rodríguez Sánchez, Czuhajowskyj y Bregante, en virtud de que declaró la nulidad parcial del auto de procesamiento, del requerimiento de elevación a juicio y de la acusación efectuada por el Fiscal General, con relación a las imputaciones que pesaban en su contra, por haberse afectado el principio de congruencia. Dichas decisiones no se encuentran recurridas.

4).- Como se adelantó, a continuación, se expondrán los agravios que fueron planteados por las defensas en sus respectivos recursos de casación.

4.i).- Recurso a favor de Rubén I. Álvarez y Nahuel G. Castro Fernández

• Arbitrariedad en la valoración de la prueba

El recurrente alegó, en primer lugar, que el tribunal ponderó de forma arbitraria los elementos probatorios que dieron sustento a las condenas

que recayeron en contra de sus asistidos, por lo que solicitó que se los absuelva (art. 456 –inc. 2–, CPPN).

Para fundamentar su postura, exhibió los siguientes argumentos:

a).- Como primera cuestión, criticó las explicaciones que expuso el Fiscal General, Oscar Ciruzzi, para atribuirles a sus defendidos el desapoderamiento de los distintos bienes y efectos que tenían en su poder los gendarmes Ibáñez y Scribano, mediante el empleo de armas que no fueron secuestradas.

De esta forma, recordó que el representante del Ministerio Público Fiscal, al momento de alegar, sostuvo que *“...a partir de los sobreseimientos de los nombrados [Scribano e Ibáñez] dispuestos durante la instrucción, la situación que aquí se verificaba era comparable con las instrucciones emitidas por la Cámara Federal de Casación Penal en el mes de diciembre de 2012 destinadas a las causas en las que se juzgaban delitos denominados de lesa humanidad. En esa dirección sostuvo `... Que en la causa N° 13 de la citada cámara, al dictar sentencia, en sus considerando (punto 30), y a la hora de resolver, se sostuvo que se desprendían nuevas investigaciones para determinar las responsabilidades para los niveles iguales y siguientes, y que cuestiones de hecho y prueba adquieren autoridad de cosas juzgada. Que en diciembre de 2012, la Cámara Federal de Casación Penal sugirió que no se repitan las declaraciones sobre las cuestiones de hecho ya resueltas...”* (cfr. fs. 2229).

Indicó que, sobre la base de este precedente, el fiscal de juicio consideró que se encontraba habilitado para no tener que discutir que Ibáñez y Scribano fueron quienes, en realidad, les robaron a sus asistidos (estrategia de la defensa), en función de los sobreseimientos –firmes– que se dictaron previamente a favor de los nombrados, por la denuncia de robo que efectuaron los aquí condenados.

La defensa señaló que el defecto medular que evidenció la acusación radicó en confundir el desvinculamiento procesal del rol de imputados de los gendarmes con la veracidad integral de sus dichos.

Hizo hincapié en que si bien se logró determinar judicialmente que los nombrados no fueron quienes les robaron a sus asistidos, ello no autorizaba a proyectar aquella veracidad sobre las cuestiones ventiladas

en este juicio; en especial, porque existían serios indicios de que tanto Ibáñez como Scribano no fueron veraces en la totalidad de sus manifestaciones.

b).- Seguidamente, sostuvo que el *a quo* optó por convalidar la versión de los pretensos damnificados sobre una construcción lógica que, a su modo de ver, resultó incorrecta.

Refirió que los jueces tuvieron por acreditado el episodio sobre la base de una construcción negativa de las declaraciones indagatorias de sus asistidos, ya que afirmaron que sus dichos no se sostenían porque no existían pruebas suficientes que abonen su versión.

Señaló que no eran sus asistidos quienes debían demostrar su inocencia, sino que, la fiscalía debió probar su culpabilidad.

Agregó que, aunque se admitiera que los relatos exculpatorios de sus asistidos no tengan respaldo probatorio, ello no los convertía en culpables y mucho menos soslayaba la obligación de la fiscalía de probar debidamente su responsabilidad.

c).- Luego, se agravió de que en la sentencia –al igual que la acusación– se tuvo por probado sin sustento probatorio suficiente lo que ocurrió antes, durante y a la salida del local bailable.

A fin de demostrarlo, realizó una serie de observaciones sobre esas secuencias:

• Antes: El recurrente advirtió, en primer lugar, diferencias entre las versiones que dieron los gendarmes Maciel y Vázquez: el primero afirmó que ni Scribano ni Ibáñez se encontraban armados antes de ingresar al boliche, mientras que Vázquez sostuvo que sí llevaban armas en esa oportunidad.

Por su parte, la defensa indicó que sus asistidos, y también Gómez, afirmaron que dejaron sus armas en la comisaría; extremo que resultaba creíble ya que en la entrada del boliche no permiten ingresar con este tipo de elementos.

• Durante: Por otro lado, relató que nunca se pudo acreditar qué fue lo que realmente pasó adentro del local bailable Radio Studio.

Indicó que el propio fiscal reconoció en la audiencia de debate

que “algo ocurrió” y dejó planteada la sospecha de que alguno de los condenados participó en la pelea en la que resultó herido Ibáñez, y por la cual echaron a los gendarmes del recinto.

Manifestó que se comprobó que cuando fueron expulsados del local, se hizo presente personal policial uniformado que –de acuerdo a los dichos de los gendarmes– conocerían al personal de vigilancia del establecimiento, ya que podrían haber integrado la seguridad del boliche en sus horas francas.

En esta misma dirección, señaló que el debate permitió conocer que uno de los gendarmes le tomó una foto con su celular a uno de los guardias del boliche, luego de que los echó, y que esa persona le tomó el teléfono para borrarle la imagen y que, después, se lo devolvió.

En ese orden, concluyó que, si como consecuencia de ese altercado, los gendarmes fueron expulsados, resultaba razonable que fueran ellos quienes hubieran quedado molestos y quizás hubieran pretendido una venganza contra quienes asociaban al personal de seguridad ya sea, por la conclusión que sacaron cuando llegó el móvil policial o, por lo que ocurrió dentro del boliche.

•Después: La parte indicó que el recorrido que Ibáñez y Scribano dijeron realizar cuando salieron del boliche no resultaba lógico, toda vez que -de acuerdo al camino que describió Scribano- tomaron la dirección contraria a la que deberían haber efectuado para llegar al garaje en el que habían dejado estacionado el automóvil de Ibáñez.

En este contexto, señaló que estas observaciones afectaron la credibilidad de los relatos de los gendarmes; a la vez que demostraron que los testimonios que presentó la fiscalía, en modo alguno, probaron de manera pacífica las alternativas previas al hecho.

d).- En el escrito presentado en el término de oficina, la parte sostuvo que uno de los núcleos problemáticos de la sentencia recurrida se vinculó con el hecho de que los únicos testigos presenciales fueron las propias víctimas, que además estuvieron imputadas en el marco de la investigación (cfr. fs. 2272).

Indicó que se apreciaron las debilidades inherentes al testigo-víctima, que derivan de que los damnificados no son terceros ajenos al conflicto sino sujetos con aptitud para constituirse en parte y con un interés concreto en el resultado de la causa.

Agregó que, en este caso particular, las imputaciones de Scribano e Ibáñez hacia sus asistidos constituyeron durante la instrucción parte del ejercicio de su derecho de defensa, y que durante el debate (aunque estaba superado el riesgo penal por el sobreseimiento firme), sus dichos, resultaron la continuación de una versión de la que difícilmente podían desdecirse.

A partir de lo expuesto, manifestó que debían aplicarse al supuesto las prevenciones habituales en los casos de testigos/víctimas como prueba única, que resultaron asimilables a los casos del testigo único.

e).- También, se agravió de los argumentos que utilizó el tribunal para acreditar que, al momento del hecho, Scribano e Ibáñez tenían objetos de valor y dinero, que luego fueron robados por sus asistidos.

En el caso de Scribano, indicó que el *a quo* tuvo por probado que tenía dinero en su poder, en virtud de las tres extracciones de dinero (de \$150, \$130 y \$190) que había realizado el nombrado en diferentes horarios del día 26 de septiembre de 2008.

Sostuvo, en este sentido, que las afirmaciones que realizó el tribunal no superaron el estándar de conjeturas, ya que se podía concluir que esas extracciones (de las cuales no se sabía el horario en el que se habían realizado) se efectuaron para hacer frente a gastos puntuales que, precisamente, las motivaron. En esta línea, indicó que no resultaba razonable realizar tres extracciones para conservar ese dinero.

Añadió que, aunque se admitiese que excepcionalmente fuera así, tampoco parecía razonable que llevase todo ese dinero a un boliche que queda en la zona de Constitución.

Además, señaló que Scribano inventó que, como consecuencia del hecho delictivo, sufrió una lesión en el oído; lo que reducía sensiblemente el estándar de credibilidad de sus dichos.

En el caso de Ibáñez, indicó que el tribunal de mérito fijó la verosimilitud de su versión, en atención a la constancia que formuló la persona que le recibió la declaración indagatoria, relacionada con la marca que el anillo le había dejado en el dedo de la mano. Señaló, en esta línea, que los dichos de aquel operador judicial no dejaban de ser dichos de terceros.

Por último, refirió que no resultó creíble que Ibáñez le haya pedido autorización a su compañero de vivienda para llevarse el dinero que tenían reservado para abonar las expensas porque tenía que salir; a la vez que le resultó llamativo que durante esa noche no haya gastado un solo peso.

f).- Manifestó, por otro lado, que no se advertía cuál era el valor probatorio de cargo que tenían las llamadas telefónicas que se analizaron en la resolución, ya que resultaron coincidentes con lo que declaró Álvarez en su indagatoria.

De este modo, indicó que no existían pruebas concluyentes de que el segundo llamado (que se efectuó desde el teléfono de Álvarez al 911) se produjo cuando ya habían abordado a los gendarmes, por lo que lo afirmado por el tribunal no dejaba de ser una mera conjetura.

g).- Asimismo, sostuvo que la sentencia intentó dejar en evidencia una contradicción entre los dichos de los policías que no fue tal.

Se agravió de que interpretó de forma arbitraria que con la modulación que hicieron los policías al Comando Radioeléctrico, a las 6.50 hs., pretendieron informar que el procedimiento comenzaba en ese momento.

Señaló que ello no fue así. Recordó que sus asistidos declararon que el hecho ocurrió a las 6 hs. aproximadamente y que recién a las 6.50 hs. el móvil 128 de la P.F.A. moduló al Comando Radioeléctrico que tenía a dos masculinos en la intersección de la Av. Caseros y Baigorri.

La defensa refirió que normalmente no se consigna esa comunicación hasta que la situación no se encuentra controlada. Aclaró que con ese llamado no se solicitó apoyo, sino que se informó que la situación estaba controlada.

h).- Por otro lado, indicó que los golpes que recibieron las víctimas (que fueron observados por el taxista Altamiranda), no involucraron directamente a sus asistidos.

Supuso que podían estar comprendidas las personas que se encontraban en el interior del automóvil Renault 18 o Peugeot 504 que interceptó a los gendarmes; y que esas agresiones podían reconocer su origen en un hecho pretérito ocurrido en el interior del local bailable y que el juicio no permitió conocer.

Añadió que no había quedado debidamente establecido cuál fue la concreta intervención de las personas que descendieron del mencionado rodado y señaló que existían fundadas sospechas de que uno de ellos fuera el policía Molas quien, según había quedado acreditado en el debate, en el momento del hecho se encontraba de franco y tenía un automóvil similar al señalado.

Destacó que, según los dichos de los propios gendarmes, de ese auto bajaron personas que trabajaban como personal de seguridad del boliche Radio Studio. Concluyó que ello no hacía más que otorgarle relevancia al hecho que ocurrió en su interior (que no se sabe que pasó) y que, sin lugar a dudas, tuvo vinculación con lo que ocurrió luego y que tuvo como protagonistas a sus asistidos y a los gendarmes.

i).- Refirió que para incriminar a Álvarez, el *a quo* valoró que los gendarmes lo habían escuchado nombrar mediante su apodo “Yacaré” en el procedimiento policial.

En virtud de ello, la defensa afirmó que los agentes que concurrieron al lugar eran compañeros de sus asistidos, de modo tal que resultó natural que lo hayan llamado por su apodo y que los damnificados lo hayan escuchado, en especial cuando el propio Álvarez reconoció que se propasó con los golpes que le pegó a los gendarmes cuando lograron detenerlos; actitud que, si bien resultó reprochable, lo exhibió como una persona que estaba enojada por haber sufrido un robo previo.

Agregó que no creía que los policías hubieran conversado, frente de los damnificados, de que les iban a armar una causa. Indicó que ello

resultaba absurdo, en especial, cuando -en teoría- habían logrado su cometido de desapoderarlos de sus pertenencias.

j).- Por último, y a diferencia de lo valorado por los magistrados, señaló que no se advertía nada extraño en la actitud asumida por Álvarez y sus compañeros de fuerza tras haber sufrido el robo por los gendarmes (seguirlos e interceptarlos, a sabiendas de que los gendarmes estaban armados), ya que -de acuerdo a su condición de policías- contaban con entrenamiento suficiente para responder a este tipo de situaciones.

Sobre esta base, el recurrente sostuvo que el escenario probatorio no permitía afirmar con la certeza necesaria que el hecho sucedió de la forma que lo acreditó el tribunal.

De acuerdo a su posición, únicamente se alcanzó a probar que dentro del local bailable se generó un conflicto entre ambas partes, en el cual también pudieron estar involucrados parte del personal de seguridad del establecimiento. Y que, luego, ese problema continuó en el lugar donde terminaron detenidos Scribano e Ibáñez, en el cual intervinieron otras personas que, al menos en el marco de estos obrados, no resultaron imputadas.

En función de lo expresado, solicitó que se absuelva a sus asistidos, en los términos del art. 3, CPN.

• Inconstitucionalidad del art. 166 -inc. 2, párrafo tercero-, CP

El recurrente sostuvo que el *a quo* no dio un real tratamiento al planteo de inconstitucionalidad que interpuso.

Como punto de partida, señaló que los jueces de la instancia justificaron la introducción del tipo previsto en el art. 166 -inc. 2º, párr. 3º-, CP en base a un criterio subjetivo -que fue el que precisamente criticó-, sin explicar por qué su postura resultó desacertada.

Refirió que, en la sentencia en crisis, los magistrados expusieron que el fundamento de la figura agravada radica en el mayor poder intimidatorio con el que cuenta una persona que roba con un instrumento con las características que la norma establece (arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada o arma de utilería), independientemente del peligro real que posea ese elemento.

Indicó que la aplicación de esta figura penal produce un doble agravamiento de la pena, con relación a la figura de base, ya que el delito de robo simple también contempla la violencia sobre las personas, que es lo que precisamente convierte a la sustracción en un robo. Añadió que el legislador previó una amplia escala punitiva para el tipo previsto en el art. 164, CP que permite, si así fuera el caso, aplicar una sanción más severa para este tipo de casos, en base a las pautas que marcan los arts. 40 y 41, CP.

A su vez, se agravió de que el *a quo* no respondió a otro de los argumentos que expuso en su alegato. La parte señaló que la introducción de esta figura en el Código Penal, en verdad, pretendió eludir una cuestión probatoria con una norma de fondo, en contradicción con el sistema federal, por el que las provincias se han reservado la facultad de legislar en materia procesal. Indicó que, a partir de ello, se consagró una presunción probatoria en contra del imputado, en contra del principio constitucional *in dubio pro reo*.

Por otro lado, argumentó que la redacción de la norma es contradictoria, ya que no se puede hablar de “arma de fuego” cuando aquella carece de la aptitud para el disparo. Hizo hincapié en que ello vaciaba de contenido a la agravante y provocaba que se incurra en una formulación irracional impropia de los actos de gobierno (art. 1, CN).

Por último, sostuvo que el principio de legalidad y, como derivación de éste, la prohibición de la analogía en perjuicio del imputado, impide incluir dentro del tipo penal conductas que no se hallen expresamente abarcadas en él. En esta línea, indicó que la redacción del párrafo en cuestión permitiría introducir casos en los que el robo se cometa con un arma de fuego que no pudiera ser peritada, o bien los casos en los que se utilice un objeto de notable similitud con un arma de fuego, pero no podría abarcar –sin incurrir en una flagrante lesión al mentado principio constitucional– los casos en que el arma de fuego usada se hallare descargada, o cuando se acreditara fehacientemente que ese arma de fuego no resultaba apta para el disparo. En apoyo de esta postura, la parte citó mi voto en el precedente “Ruiz”

del entonces T.O.C. n° 7.

Agregó que esta imposibilidad genera una afectación al principio de proporcionalidad de las penas, ya que no resulta ajustado a derecho conminar con una escala penal notablemente agravada (de tres a diez años de prisión) a quien comete un robo con el uso de un arma que no pudo ser examinada por un experto; y por el contrario, mantiene en la escala prevista para el tipo básico (de un mes a seis años de prisión) a quien utilizó un arma de fuego descargada pero que fue examinada y se determinó que resultaba perfectamente apta para el disparo.

Advirtió que ello importa colegir que quien comete un robo con un arma cargada, con municiones no aptas, se halla en mejores condiciones procesales si el objeto fuera secuestrado y peritado, que si no se lo halla y por aplicación del principio *in dubio pro reo*, no fuera posible concluir que el arma resulta apta para el disparo. Concluyó que estas incongruencias no pueden ser resueltas por vía jurisprudencial sin afectar la división de poderes y la prohibición de la analogía en perjuicio del imputado.

Sobre esta base, solicitó que se haga lugar a su pretensión y se declare la inconstitucionalidad de la normativa de referencia.

• Inconstitucionalidad del art. 167 –inc. 2–, CP

El recurrente sostuvo que el razonamiento seguido por el tribunal para rechazar su planteo resultó contradictorio ya que, por un lado, afirmó que el término “banda” tiene contenido propio y que solo requiere que se defina jurisprudencialmente su alcance; y por el otro, reconoce que hay al menos dos posiciones extremas respecto al alcance del término en cuestión. Señaló que en el fallo se opta por una postura intermedia que hace pie en el plenario “Quiroz” con agregados propios: esto es, una tercera postura doctrinal.

Indicó que no se puede afirmar, desde el punto de vista lógico, que un término tiene contenido propio y a renglón seguido afirmar que, sin embargo hay que definir jurisprudencialmente su alcance, ya que si es necesario realizar esa tarea no se advierte cuál sería su contenido propio.

En función de ello, refirió que la argumentación exhibió una

clara necesidad de establecer cuál es ese contenido y, en esa dirección, señaló que los magistrados confunden el límite entre una genuina tarea interpretativa judicial con la definición del concepto mismo que importa la agravante de una conducta ilícita básica.

De este modo, señaló que no se puede sostener la vigencia de la máxima taxatividad de la ley penal si se reconoce que es necesario recurrir a la tarea jurisdiccional para definir el alcance de un término que está destinado a agravar, en este caso, la conducta atribuida a sus asistidos.

Por otra parte, refirió que la propia sentencia reconoce distintas concepciones antagónicas acerca de la interpretación de este término, lo que evidencia la gravedad y lo peligroso que, en materia penal, resulta la falta de respeto irrestricto al principio de legalidad. Señaló que, en el caso concreto, la posición de la juez que lidera el acuerdo, que reconoce como intermedia entre las extremas, más allá de apoyarse en el plenario “Quiroz”, le agrega requisitos sin explicar el respaldo legal.

Argumentó que, si bien el *a quo* fundamentó que la aplicación de esta agravante se basa en el mayor estado de indefensión de la víctima, omitió exponer un razonamiento anterior que consiste en explicar el concepto del término “banda” y, luego, hacerse cargo de la razón por la cual, a partir de esa mayor intimidación, podría llegar a definirse el contenido de la figura en cuestión y, al mismo tiempo, informar por qué esta circunstancia no quedaría comprendida en la intimidación típica de la figura básica del art. 164, CP.

Luego de repasar las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia, observó que no era posible desentrañar el concepto de “banda” respetando el principio de taxatividad con los métodos de interpretación que provee el derecho penal, puesto que al tratarse de un concepto vacío e indeterminado, indefectiblemente será el intérprete el que provea de contenido a la norma.

De esta forma, concluyó que se trata de un supuesto de ley penal en blanco que no puede superar un examen de constitucionalidad, por lo

que solicitó que se declare también su inconstitucionalidad.

Inaplicabilidad de los arts. 167 –inc. 2– y 167 *bis*, CP

En el escrito prestado en el término de oficina, subsidiariamente, postuló la errónea aplicación del agravante del art. 167 –inc. 2–, CP.

Entendió que para que se califique de esa forma no basta con la mera concurrencia de tres individuos en el evento, ni siquiera que los tres sean coautores más o menos organizados, como sugiere la sentencia impugnada, toda vez que el concepto de “banda” contenido en la norma no se limita al mero conglomerado de gente que atente contra la propiedad, sino que requiere además de una organización, cohesión y distribución de roles de tal que se configure una verdadera “banda delictiva”.

De este modo, concluyó que para que se aplique la agravante resulta necesario comprobar la existencia de los elementos que tipifican a la asociación ilícita (art. 210, CP). En apoyo de su postura, citó el precedente “Giancarelli” de esta Sala.

Por último, advirtió que en el caso no se presentan los requisitos para la aplicación del agravante.

Consideró que el suceso parece responder a un agrupamiento entre los intervinientes que ni siquiera estaba orientado a lograr un robo (como quedó dicho) sino a proporcionar un castigo informal. Resaltó que el hecho de que todos los implicados fueran policías en funciones en la misma Comisaría, si bien suponía una cierta organización previa, excluía de todos modos la finalidad delictiva.

Por los motivos expuestos, solicitó que se descarte la aplicación de la figura prevista en el art. 167 –inc. 2–, CP.

Finalmente, en la audiencia del art. 468, CPPN, el recurrente adhirió a la impugnación interpuesta por los defensores de Gómez, en torno a la aplicación del agravante del art. 167 *bis*, CP, que se detallará en el próximo punto. En apoyo a esa postura citó el precedente “Reinoso, Diego” de la Cámara del Crimen, dictado el 28 de septiembre de 2006.

4.ii).- Recurso a favor de Omar Feliciano Gómez:

Los defensores de Omar F. Gómez, Leonardo P. De Candia y

Andrea Sannazzaro, también interpusieron recurso de casación contra la sentencia condenatoria de su asistido (cfr. fs. 2253/2257).

- Arbitrariedad de la prueba

El recurrente señaló que el razonamiento que utilizó el tribunal para tener acreditado el hecho delictivo –y en particular la participación de su asistido Gómez– no cumple con la sana crítica racional, exigible en cada resolución judicial, en virtud de los siguientes argumentos:

a).- Como primera cuestión, indicó que resultaba imposible que se le endilgue a su asistido lo que declaró el testigo Altamiranda en el debate de juicio.

Recordó que el taxista manifestó que mientras se encontraba circulando junto a su compañero González, observó a un automóvil que pasó a toda velocidad por la Av. Caseros, y que cuando doblaron en la intersección con la calle Baigorri visualizó a dos móviles policiales más.

Indicó que el testigo había declarado que observó pasar un rodado, del cual descendió una persona que pateó a otra que estaba reducida en el suelo. Agregó que había un individuo más que se encontraba en la misma condición y que otro sujeto le mantenía su pie en la cabeza, mientras que un tercero lo golpeaba. Por último, relató que dieron una vuelta con el taxi y que cuando volvieron a pasar, la persona que se bajó del auto particular seguía pegándole al individuo que se encontraba en el suelo.

El recurrente hizo hincapié en que Gómez no estuvo presente en ese momento, ya que se había retirado del lugar antes de que todo ello suceda, previo a las 6:10 hs.

Para llegar a esa conclusión, refirió que su asistido se retiró del local bailable alrededor de las 5:45 hs. o 5:50 hs. junto con sus dos compañeros, Castro Fernández y Álvarez; mientras que las víctimas Ibáñez y Scribano habrían sido expulsados de lugar unos minutos antes.

Luego, señaló que Álvarez se comunicó con el número 911 a las 6:01:51 hs. y que, a las 6:03:32 hs., llamó a la Comisaría n° 28 de la P.F.A. para dar aviso del ataque que habrían sufrido minutos antes por parte de los gendarmes Scribano e Ibáñez. Relató que esas llamadas las

hicieron mientras perseguían a los gendarmes.

Seguidamente, refirió que se abalanzaron sobre ellos y que se trabaron en lucha para poder reducirlos. Indicó que en ese momento apareció el primer móvil policial con la presencia del agente Rodríguez Sánchez.

Hizo hincapié en que la comisaría se encuentra a cinco cuadras del lugar de detención y que por eso el patrullero debió haber llegado alrededor de las 6:05 hs. o 6:06 hs., como máximo.

Continuó su explicación mencionando que, en ese momento, Rodríguez Sánchez le dijo a Gómez que se retire junto con su compañero Álvarez y que inmediatamente después apareció en lugar el Subinspector Luzi.

En función de ello, la defensa sostuvo que Gómez se retiró del lugar antes de 6:10 hs.

La parte sostuvo que el taxista Altamiranda pasó por el lugar donde se realizó el procedimiento después de ese horario.

Para fundamentar ello, recordó que el chofer de taxis se comunicó con el número 911 a las 6:28:22 hs. y que el nombrado declaró en la audiencia que esa llamada la realizó después de que trascurrieron diez o quince minutos de que pasó con el taxi por la intersección de la Av. Caseros y Baigorri; de modo que circuló por el lugar del hecho entre las 6:13 hs. y las 6:18 hs., es decir, después de que Gómez se retirara.

Agregó que ello resultaba concordante con lo que manifestó Altamiranda en la audiencia, ya que señaló que observó a dos móviles policiales con personas uniformadas y un auto particular, del cual descendió solo una persona que estaba de civil que golpeaba a los jóvenes que estaban esposados. Recalcó que el testigo visualizó a una sola persona de civil, ya que Gómez y Álvarez ya se habían retirado del lugar.

Por otro lado, indicó que el otro taxista (González) manifestó que Altamiranda realizó el llamado al número 911 mientras conducía en dirección hacia la estación de trenes del barrio de Constitución. A partir de ello, sostuvo que observó la escena entre las 6:20 y 6:23 hs.,

reforzando la hipótesis de la defensa de que su asistido no se encontraba en ese lugar, ya que se había retirado antes de las 6:10 hs.

b).- En segundo lugar, indicó que si bien el tribunal tuvo por probado que los gendarmes fueron interceptados por un automóvil particular, nunca se verificó que dentro de ese auto estuviera su asistido.

Ello así, en función de que Gómez fue al boliche caminando y se fue de la misma manera. Sostuvo que nadie lo vio ascender o descender del mencionado rodado, por lo que no puede formar parte del grupo de personas que Altamiranda identificó bajar del auto y que golpearon a los gendarmes.

Señaló que el taxista declaró que visualizó a una persona sola vestida de civil, que bajó del auto, a diferencia de lo que manifestaron las víctimas.

c).- Respecto a la cantidad de personas que descendieron de ese vehículo, indicó que el *a quo* tuvo por probado que eran entre cinco o seis personas vestidas de civil, que tenían en su poder armas. Señaló que de esos individuos, tres lograron ser reconocidos por los gendarmes como personal de seguridad del local bailable que no vestían sus remeras identificatorias.

En esta línea, sostuvo que Gómez fue a bailar y se retiró del boliche a pie. Además, relató que se encontraba probado que ni su asistido, ni los demás consortes de causa tenían armas en su poder, ya que las habían dejado en la comisaría.

Aclaró, por su parte, que su asistido nunca trabajó en ese boliche y que tampoco el personal de la seccional, por lo que resultó imposible que las demás personas que los damnificados dijeron reconocer, sean los aquí imputados.

d).- Asimismo, indicó que no se puede acreditar que las víctimas tuvieran en su poder los elementos que denunciaron que le sustrajeron.

Refirió que difícilmente los gendarmes fueran con tanto dinero a la previa, en la cual cenaron y luego se fueron a bailar; a la par de que resultaba poco creíble que dejaran las armas en un estacionamiento por horas en el que probablemente tuvieron que dejar las llaves.

Añadió que el único testigo que hizo referencia a que Ibáñez usaba alhajas había sido su compañero de fuerza y vivienda, Giménez, quien ese día no lo había visto.

Por último, con relación a la sustracción del celular de Ibáñez, indicó que si bien Ibáñez reconoció que el guardia del boliche le sacó su celular, no existen certezas de que se lo devolvió.

e).- Por otro lado, sostuvo que la sentencia no acreditó en qué momento fue el desapoderamiento de los bienes que tenían en su poder Scribano e Ibáñez, si antes o después de que el agente Luzi descendió del móvil policial.

En función de ello, la parte cuestiona por qué se absolvió a Luzi si estuvo presente en el robo y en la golpiza.

También se pregunta por qué, si se tuvo por probado que el hecho se suscitó como lo relataron los gendarmes, los únicos imputados fueron los policías Castro Fernández, Gómez y Álvarez, en cuanto refirieron que intervinieron más personas.

f).- A su vez, se agravió de que el *a quo* rechazó las versiones exculpatorias de los imputados, en virtud de que no existían elementos suficientes que abonen el hecho anterior que habilite la detención de los gendarmes (el robo a los policías).

Indicó que uno de los argumentos que utilizó el tribunal para fundamentar ello, consistió en que los relatos de los imputados no eran coincidentes.

La parte hizo hincapié en que el tribunal interpretó erróneamente los dichos de Castro Fernández, con relación al modo en que los policías habrían sido abordados por los gendarmes.

El tribunal marcó que “*mientras Castro Fernández dijo que escuchó ‘alto policía’, Gómez dijo que sintió un ruido de corredera y la voz ‘alto al piso’, y Álvarez refirió que observó a dos muchachos que caminaban hacia ellos, uno con una capucha, los cuales extrajeron dos armas y les refirieron que se tiren contra la pared’*”.

Señaló que, en la audiencia de debate, el nombrado relató dos situaciones distintas: la primera, vinculada con el momento en que son interceptados por los gendarmes y la segunda, posterior a ella, cuando

los están persiguiendo. Indicó que la frase “alto policía” la escuchó en el segundo tramo de su relato, cuando estaban persiguiendo a los gendarmes y en simultáneo se abalanzaron sobre ellos.

Por otro lado, sostuvo que no existía nada de contradictorio en lo que dijeron percibir Álvarez y su asistido al momento que habrían sido atacados por los gendarmes.

De este modo, recordó que Gómez no observó a los gendarmes cuando se acercaron y se sorprendió por el sonido del arma, mientras que Álvarez no se asombró al verlos y oír las armas porque desde su posición los vio venir.

Hizo hincapié en que se trató de dos relatos de personas que tuvieron percepciones distintas de la situación, pero que en modo alguno resultaban contradictorias.

Agregó que en el siguiente párrafo de la resolución impugnada, el *a quo* afirmó que solo Castro Fernández refirió haber sido golpeado, mientras que Gómez declaró haber recibido patadas.

Por otro lado, cuestionó que el tribunal no haya dado crédito a la versión de los imputados, en cuanto sostuvieron que, luego de que les robaron, fueran a perseguir a los gendarmes; cuando se encontraban en una situación de desventaja porque los atacantes tenían armas y ellos no.

La parte indicó que no entendía la razón por la cual les llamaba la atención ese accionar, toda vez que los policías explicaron que abordaron a los gendarmes una vez que dieron aviso al número 911 y a la Comisaría en la que trabajaban, que quedaba a menos de 5 cuadras de ese lugar; sumado al alto nivel de adrenalina que tenían y el aprovechamiento de que aquellas personas se encontraban desprevenidas.

Además, sostuvo que los imputados no podían ser aquellas personas armadas que descendieron del automóvil y que luego interceptaron y golpearon a los gendarmes, ya que no tenían armas en su poder.

Por último, refirió que el tribunal no explicó las razones por las cuales descrea que Álvarez realizó las dos llamadas telefónicas –primero

al 911 y luego, a la Comisaría— mientras estaban persiguiendo a los gendarmes.

En este sentido, la parte sostuvo que no se podían desconocer esos llamados. A su vez, indicó que si las comunicaciones se hubieran concretado una vez que acometieron contra los gendarmes (postura del tribunal), cómo se explicaba que ni bien lograron reducirlos, llegaron los móviles policiales con Rodríguez Sánchez y luego, con Luzi. Refirió que ello llevaría a concluir que Álvarez realizó los llamados en su presencia, lo que carecía de sentido.

g).- Por su parte, indicó que la sentencia no otorgó ninguna respuesta acerca de ciertos planteos que la parte esgrimió.

El primero, relacionado con el recorrido que efectuaron los gendarmes cuando salieron del boliche, ya que, de acuerdo a sus dichos, se dirigían en dirección opuesta a donde tenían que ir (estacionamiento que queda en la Av. Montes de Oca).

Señaló que tampoco se obtuvo una respuesta respecto a si efectivamente Ibáñez tenía en su poder su celular, ya que éste había reconocido que uno de los guardias del boliche Radio Studio se lo había sacado en el momento que fue expulsado del establecimiento. Refirió que no existían constancias de que se lo haya devuelto.

Agregó que al salir del boliche, los gendarmes pudieron haber confundido a los tres imputados con personal de seguridad del local bailable y que por eso, decidieron perseguirlos para amedrentarlos por lo que había ocurrido previamente.

Finalmente, señaló que el *a quo* tampoco dio respuestas al cuestionamiento que planteó la parte en la instancia. En este sentido, razonó que si los hechos no sucedieron como lo relataron los imputados, ¿Para qué abandonaron el anonimato que revestía un número indeterminado de personas armadas, vestidas de civil, en un vehículo particular y al amparo de la oscuridad, para transformar todo esto en una falsa causa donde todos los participantes quedarían identificados teniendo que brindar explicaciones y los descargos correspondientes de cada uno de sus actos?

La defensa señaló que la única respuesta factible era que los hechos no se suscitaron como los relataron los gendarmes, sino como lo explicaron los imputados.

h).- Por último, manifestó que existían notarias contradicciones entre los relatos de los testigos que no podían dejarse pasar.

En lo que respecta a la “previa” que hicieron los gendarmes antes de ir a bailar, indicó que existían contradicciones acerca de cómo llegaron a esa casa, con quién arribó cada uno y de cómo se retiraron de allí.

De este modo, señaló que mientras uno declaró que todos se fueron en el auto de Vázquez, otros dicen que se fueron en dos autos, el de Vázquez y el de Ibáñez.

Luego, refirió que los testigos Maciel, Mercury, Vázquez, Ibáñez y Scribano también se contradijeron al describir el egreso del boliche, en especial cuando especificaron hacia qué dirección se retiró cada uno y con quién. Respecto al testigo Altamiranda y su compañero González (alias Sugus), señaló que también surgían diversas contradicciones.

Indicó que ambos declararon que el que manejaba era el otro. A su vez, González declaró que su compañero llamó al 911 cuando estaba delante suyo, mientras que el testigo señaló que lo hizo una vez que ya estaba adentro del tren.

Resaltó que durante el transcurso del debate se suscitaron varias contradicciones, que importaron la necesidad de leerles a los testigos las declaraciones que prestaron en instrucción.

Sobre esta base, concluyó que todas las contradicciones puestas en relieve y aquellas cuestiones que fueron omitidas por el tribunal, restaron credibilidad a los dichos de los testigos, sembrando aún más dudas respecto a cómo se suscitaron los hechos; por lo que solicitó que se absuelva a su asistido.

• Calificación legal asignada al hecho

Subsidiariamente, se agravió de la calificación legal asignada al hecho. Únicamente, con relación al tipo previsto en el art. 167 *bis*, CP.

El recurrente sostuvo que no era posible aplicar esta figura por el solo hecho de que el responsable integre la fuerza policial. Indicó que, al momento de la comisión del hecho, su defendido no se encontraba en motivo o en ocasión de sus funciones como policía, sino que se encontraba de franco y de civil.

Agregó que en ningún momento utilizó los elementos que le proveyó la fuerza, ni aprovechó su condición para facilitar el hecho delictivo, ni tampoco se valió de sus funciones para dificultar las tareas investigativas, dado que no fueron ellos los que realizaron las tareas de investigación, ni labraron las actas, máxime cuando su rango era el más bajo del escalafón.

En virtud de ello, solicitó que se haga lugar al recurso y se descarte la agravante de referencia.

5).- Acreditación del hecho delictivo – valoración de la prueba

Ahora bien, siguiendo el orden que las partes estructuraron sus impugnaciones, la primera cuestión a tratar subyace en la valoración que realizó el tribunal sobre el material probatorio que dio sustento a las condenas que recayeron en contra de Castro Fernández, Álvarez y Gómez.

A la luz de lo alegado por los recurrentes, corresponde entonces reconstruir el camino seguido por el tribunal oral a fin de tener por acreditada la plataforma fáctica que las partes cuestionan (conforme fue descripta en el punto 2).

Para fundar su temperamento, el actual Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 20, ponderó los siguientes elementos probatorios, producidos y/o incorporados por lectura al debate:

i.- Las declaraciones de las víctimas **José Antonio Ibáñez** y **Claudio Gabriel Scribano** (fs. 2145 vta/2147 y 2147/2151);

ii.- Los testimonios de los gendarmes que salieron a bailar junto con los nombrados en la noche en la que se produjo el hecho, **Gabriel Osvaldo Mercuri**, **Daniel Bernardo Maciel** y **Elio Fabián Vázquez** (cfr. fs. 2151/vta, 2151 vta/2152 y 2163/5);

iii.- Los relatos de los taxistas **Jorge Alberto González (alias Sugus)** y **Miguel Ángel Altamiranda** (cfr. fs. 2153 y 2155vta./2157);

iv.- Los descargos de **Gonzalo Nahuel Castro Fernández, Rubén Ignacio Álvarez** (alias yacaré) y **Omar Feliciano Gómez**, en los que se colocaron como víctimas de un hecho de robo previo, por el cual responsabilizaron y detuvieron a Scribano e Ibáñez (cfr. fs. 2137vta/2139vta, 2141vta/2142 y 2139vta/2141vta);

v.- La declaración de indagatoria de **Darío Mauricio Luzi** (cfr. fs. 2142/2145vta.);

vi.- El testimonio de **Alberto Giménez**, quien en ese entonces compartía el departamento con Ibáñez (cfr. 2152/3);

vii.- Los informes de llamadas de la empresa “Personal” (cfr. fs. 395/404, 416/417, 614/623, 762/767, 986/987 y 1.216/1.218);

viii.- Los informes de comunicaciones de la empresa “Telefónica Móviles Argentina S.A.” (cfr. fs. 409/413, 766/769, 915/921 y 1.009/1.010);

ix.- Los informes de llamadas de la empresa “Movistar” (cfr. fs. 510/525);

x.- Las actas de detención y notificación de derechos de Ibáñez y Scribano (cfr. fs. 8 y 9) y la de secuestro (cfr. fs. 12 y 13);

xi.- La declaración indagatoria de Ibáñez en instrucción, en la cual la persona que la instrumentó dejó constancia de que el nombrado tenía una marca en el dedo de la mano que evidenciaba la preexistencia de un anillo;

xii.- La declaración del testigo de actuación **Samuel Ángel Godoy** (cfr. fs. 10/vta. y 86);

xiii.- Los informes médicos legales (cfr. fs. 36, 38, 134 y 135); y

xiv.- El anexo II de la documentación reservada –fotografías– (cfr. fs. 1664/vta., 2147 y 2151).

6).- Previo a avanzar sobre las razones que avalaron su veredicto, los jueces de la instancia sostuvieron que no coincidían con la postura que tomó el Fiscal General al momento de formular su acusación. En igual sentido, se pronunció la defensa de Castro

Fernández y Álvarez, de acuerdo a lo expresado en el punto “4.i.a” de esta resolución.

El representante del Ministerio Público Fiscal, en esa oportunidad, consideró que no resultaba necesario discutir sobre la versión exculpatoria que mantuvieron los imputados, en virtud de los sobreseimientos –firmes– que se dictaron previamente a favor de Scribano e Ibáñez por la denuncia de robo del que declararon ser víctimas los aquí condenados.

El tribunal refirió que no concordaba con lo dispuesto por el fiscal de juicio, ya que *“sin perjuicio de que el sobreseimiento dictado en favor de los entonces imputados constitu(ía) una resolución de mérito definitiva, la cosa juzgada sólo favorec(ía) a éstos, desde que no pueden ser investigados ya por ese hecho, **mas en forma alguna releva(ba) del tratamiento de las circunstancias afirmadas por los ahora imputados**”* (cfr. fs. 2204vta, el resaltado me pertenece).

7).- A partir de lo dicho, la jueza que lideró el acuerdo comenzó su análisis en base a los descargos que realizaron los imputados Álvarez –alías Yacaré–, Gómez y Castro Fernández (cfr. fs. 2137vta/2139vta, 2139/2141vta y 2141vta/2142), junto con los relatos que brindaron las víctimas del hecho, Scribano e Ibáñez (cfr. fs. 2145vta/2147 y 2147/2151).

Advirtió, como primera cuestión, que de ellos surgían ciertas circunstancias sobre las cuales no hubo controversia, tales como el día (27 de septiembre de 2008) y el lugar en el que aconteció el episodio (en la intersección de la Av. Caseros y la calle Baigorri, de esta ciudad).

Sostuvo, asimismo, que todos los intervinientes declararon que, antes que se produzca el hecho delictivo, estuvieron dentro del local bailable Radio Studio, que se encuentra situado en la calle O' Brien 1210, en el barrio de Constitución.

La jueza expuso que los policías **Castro Fernández, Álvarez y Gómez** declararon que fueron a bailar luego de haber ido a trabajar. En ese entonces, los tres imputados prestaban funciones en la Comisaría n° 28 de la P.F.A., sita en la Av. Vélez Sarsfield 170.

También se encontró fuera de discusión que los gendarmes **Scribano** e **Ibáñez** concurrieron al boliche junto con sus compañeros de fuerza **Gabriel Osvaldo Mercuri**, **Daniel Bernardo Maciel** y **Elio Fabián Vázquez**, después de que se reunieron en la casa de Maciel a hacer lo que comúnmente se denomina “una previa”.

A su vez, los nombrados fueron contestes en que el personal de seguridad del establecimiento los expulsó por haberse suscitado una reyerta en la cual Ibáñez resultó golpeado.

Luego, **Maciel** indicó que esa noche se volvió a su casa en un taxi, mientras que **Ibáñez**, **Scribano**, y **Vázquez** coincidieron en que cuando salieron del local caminaron juntos hasta el garaje en el que dejaron estacionado el rodado de Vázquez, ya que el primero había dejado sus armas reglamentarias dentro del vehículo. Después de recogerlas, los dos primeros se fueron por su lado a buscar el automóvil de **Ibáñez** que, de acuerdo a sus dichos, se encontraba en un estacionamiento en la Av. Montes de Oca de esta ciudad.

Hasta este momento, el *a quo* sostuvo que no se observaban contradicciones entre los relatos de las víctimas y los condenados.

Pese a ello, ambos recurrentes señalaron diferencias entre los testimonios de las víctimas y sus compañeros de fuerza, que –a su modo de ver– le quitaron credibilidad a sus dichos.

La defensa de Castro Fernández y Álvarez, por un lado, marcó una contradicción entre las versiones que dieron los gendarmes Maciel y Vázquez. Refirió que mientras el primero declaró que ni Scribano ni Ibáñez se encontraban armados, Vázquez sostuvo que sí llevaban armas en esa oportunidad (punto 4.i.c).

Esta cuestión se encontró zanjada por los dichos de los propios damnificados, Scribano e Ibáñez, quienes explicaron que el último llevaba consigo las dos armas reglamentarias ya que no las quería dejar en su departamento que compartía con otro gendarme, por cuestiones de seguridad; por lo que la observación que realizó la parte carece de relevancia.

Por otro lado, las diferencias que señaló la defensa de Gómez

relacionadas con la forma en la que llegaron a la casa a donde hicieron “la previa”, con quién arribó cada uno y vinculadas con el modo en el que se retiraron luego del boliche (punto 4.ii.h), se remitieron a cuestiones descriptivas que se suscitaron antes del episodio delictivo y que en nada afectan a la reconstrucción del núcleo del hecho.

Cabe recordar, en este punto, que entre el hecho delictivo y la sustanciación del debate transcurrieron siete años. Bajo esta circunstancia, resulta probable que el paso del tiempo pueda debilitar los recuerdos de los testigos; sobre todo tratándose de cuestiones que no importaron gran trascendencia, como las que se indicaron en el párrafo anterior.

Como se ve, las distinciones que marcaron los recurrentes existieron, pero en modo alguno invalidaron la credibilidad de los testimonios ni el razonamiento que hasta aquí realizó el tribunal de mérito.

8).- Ahora bien, el tribunal advirtió que los relatos de las víctimas y los de los imputados resultaron confrontados a partir del momento en que ambas partes relataron que se retiraron del local bailable.

Así, Scribano e Ibáñez declararon que, cuando salieron del boliche, fueron abordados por un grupo de cinco o seis personas, que descendieron de un vehículo particular, entre los cuales se encontraban Castro Fernández, Álvarez y Gómez. Detallaron, a su vez, que fueron golpeados y despojados de sus pertenencias.

Mientras que los condenados sostuvieron que, en realidad, fueron Scribano e Ibáñez quienes les robaron a ellos y que, luego, aprovechando un descuido de su parte, más la ayuda de sus compañeros de fuerza –a quienes habían llamado previamente– lograron detenerlos.

El *a quo* descartó la veracidad de los dichos de los últimos.

A diferencia de lo sostenido por la defensa de Castro Fernández y Álvarez en los puntos “4.i.b” y “4.i.f”, el tribunal de mérito no valoró únicamente los testimonios de los gendarmes como prueba de cargo, sino que –como se verá– efectuó una ponderación global de toda la

prueba reunida a fin de desechar los descargos de los condenados y acreditar el hecho delictivo, conforme fue descrito en el punto “2”.

Recordó, como primera cuestión, las declaraciones que realizaron **Castro Fernández, Álvarez y Gómez** sobre este tramo del suceso.

El primero manifestó que se habían retirado “...del local [bailable] sin inconvenientes, se fueron para el lado de la Comisaría, alrededor de las 6 horas de la mañana y, cuando estaban caminando, [fueron] interceptados por dos personas, que los tiran al piso, los maltratan y los golpean, para luego referirles que se vayan, escuchando un golpe de corredera de un arma, y seguido les dicen `váyanse negros de mierda, chorros`. [Luego, se dirigieron] en dirección a la avenida Brasil y ellos hacia el otro lado, en sentido a la avenida Caseros. [Señaló que] comenzaron a seguirlos, al tiempo que llamaban al `911` y a la Comisaría. [Agregó que] los agresores caminaban en `zigzag`, y en un momento determinado tomaron por la calle 15 de Noviembre. (...) A la altura de Avenida Caseros y Baigorri escucharon una voz que indicaba `alto policía`, y en ese momento en el afán se tiraron sobre estas dos personas y las redujeron. [Indicó que] se trenzaron en lucha, no pudiendo precisar cuánto tiempo duró la pelea. Que en ese momento llegaron los móviles policiales. Después de lo sucedido, sostuvo que Álvarez y Gómez se volvieron caminando a la Comisaría, y que él se quedó con Luzi comentándole lo sucedido, para luego retirarse caminando con Rodríguez Sánchez a la Dependencia. Luego, los detenidos que se hallaban lesionados fueron trasladados al hospital Churruca y cerca del mediodía volvieron a la Seccional. [Refirió que] el médico que lo revisó a él le dio dos días de licencia. Sobre qué elementos le sustrajeron, respondió que lo despojaron de la billetera con papeles varios y una tarjeta Visa, mientras que a los demás no les sustrajeron nada. Solicitado que cuente cómo se desarrolló toda la secuencia, refirió que cuando se encontraban reduciendo a las personas llegó el primer móvil, no recordando cuánto tardó en hacerlo, -uno minuto a dos-. Preguntado si observó en el lugar otro auto o personal policial de civil, refirió no recordar dicha circunstancia” (cfr. fs. 2205/vta).

Por su parte, Omar Feliciano **Gómez** sostuvo que “...sobre la calle San José, llegando a la intersección con la calle 15 de Noviembre, sintió el golpe de la corredera de un arma y que una voz les dijo `Alto...al piso`. [Manifestó] que se apoyó contra la pared y recibió una patada del lado izquierdo. Que lo pusieron boca

abajo, lo revisaron y del pantalón le sacaron la cédula, para luego tirársela encima. [Indicó] que les dijeron `váyanse para el otro lado....se salvaron ratas'. [Recordó] que Nahuel les dijo que le habían sacado la billetera y comenzaron a seguirlos. (...) Álvarez llamó al 911 y al llegar 15 de noviembre y Avda. Caseros observaron que aquellos aminoraban la marcha. [Refirió] que en ese momento, y con el factor sorpresa a su favor, se abalanzaron con Álvarez sobre el más delgado, que lo redujeron y que pudo sacarle el arma. [Señaló] que observó que había un móvil en el cual estaba Rodríguez Sánchez y que luego arribó el subinspector Luzi. [Agregó] que les contó lo sucedido y posteriormente le indicaron que se dirija a la dependencia. [Asimismo, refirió que al momento de la detención no observó que haya hab(ido) más personas y, [por el otro], que Álvarez lo ayudó a reducir a una de las personas” (cfr. fs. 2205vta/6).

Por último, el a quo ponderó el descargo de Rubén Ignacio **Álvarez**, quien indicó “...que venían caminando [con Gómez y Castro Fernández] y antes de llegar a la calle 15 de noviembre y la intersección con una calle que no recordó su nombre, observaron que dos muchachos caminaban hacia ellos, uno con capucha, los cuales extrajeron dos armas y les refirieron que se tiren contra la pared [y] que en ese momento escuchó el ruido de corredera de un arma. [Indicó] que le sacaron el documento y se lo devolvieron, refiriéndole `corre chorrillo o sos boleta’. [Señaló] que estaba con Gómez corrieron hacia avenida Caseros, y al darse cuenta que ellos retomaban por [la calle] 15 de noviembre, decidieron seguirlos. Que, en ese momento llamó al comando y seguido a la Comisaría. [Refirió] que en la Comisaría fue atendido por Lobos. Cuando llegan a la calle Crespo, escuchó la voz de `alto policía’, y vio que los muchachos detuvieron su marcha y estaban de espaldas contra la pared. Observó que Castro se prendió a uno y ahí le da dos o tres golpes con la mano abierta en la nuca. [Manifestó] que Gómez lo tenía quieto a uno de los asaltantes y él ayudó a Castro Fernández con el otro. En ese instante observó que llegaba Rodríguez Sánchez. [Relató] que Gómez le manifestó que se había descompuesto y que por ello les dijeron que se fueran a la Comisaría, mientras que Castro Fernández se quedó en el lugar. Refirió que el más flaquito se alteró pero con un par de golpes logró reducirlo sin inconvenientes. [Aclaró] que ellos escucharon el `alto policía’, y que calcula que por eso aquellos dos muchachos no ofrecieron mucha resistencia. Recordó que en ese momento llegó Rodríguez Sánchez y le dijo `listo yacaré”, y posteriormente arribó un

móvil por la avenida Caseros. [Indicó] que Gómez le hizo saber que se había descompuesto y que no quería contarles a los demás. [Finalmente], sostuvo que los sujetos reducidos se encontraban en el piso boca abajo y [que] en ese momento le dijeron 'Ya está Yacaré, vuelvan a la Comisaría' (cfr. fs. 2206/vta).

Tras analizar los descargos de los imputados, el *a quo* concluyó que no se sostenían, en base a los argumentos que se desarrollarán a continuación.

De este modo, el tribunal de mérito:

a).- **Marcó, en primer lugar, ciertas contradicciones entre las versiones que dieron los condenados.**

Así, con relación a las circunstancias en las que habrían sido abordados por Scribano e Ibáñez, el tribunal indicó que Castro Fernández declaró que escuchó la frase “alto policía”, Gómez dijo que sintió un ruido de corredera y la voz de “alto al piso”, mientras que Álvarez observó “*a dos muchachos que caminaban hacia ellos, uno con una capucha, los cuales extrajeron dos armas y les refirieron que se tiren contra la pared*”.

También refirió que Luzi manifestó que ninguno de ellos le comentó que le hubieran dicho esa frase.

Luego, agregó que “*(e)n cuanto al acometimiento propiamente dicho, sólo Castro Fernández refirió haber sido golpeado razón por la que se le otorgó dos días de licencia*” y “*(e)n cuanto a los elementos sustraídos, Castro Fernández dijo que le sacaron una billetera con papeles varios y una tarjeta visa y a los demás nada. Gómez que le sacaron la cédula y se la tiraron encima y a Álvarez, le sacaron el documento y se lo devolvieron*” (cfr. fs. 2206vta/7).

Sobre este punto, la defensa de Gómez realizó una serie de observaciones, a las que asistió razón (punto 4.ii.f).

En primer lugar, los jueces de la instancia interpretaron erróneamente lo que dijo Castro Fernández sobre las circunstancias en las que habría sido sorprendido.

Tal como señaló el recurrente, el nombrado relató dos situaciones distintas: la primera, con relación al momento en que fueron interceptados por los gendarmes y la segunda, posterior a ella, cuando los estaban persiguiendo.

De acuerdo a su declaración, la frase “alto policía” la escuchó en el segundo tramo de su relato, cuando estaban persiguiendo a los gendarmes; y no cuando fueron sorprendidos por ellos, como afirma el tribunal.

Por otro lado, tampoco se observa nada de contradictorio en lo que relataron los imputados –independientemente de la veracidad de sus dichos–, sino que se trató de percepciones distintas de la misma situación.

Por último, si bien el tribunal afirmó que “*solo Castro Fernández refirió haber sido golpeado*”, lo cierto es que de la lectura de la declaración que prestó Gómez, surge que éste recibió patadas (cfr. fs. 1960 y 2206vta/7).

De lo dicho, se advierte que las observaciones que realizó la defensa de Gómez resultan válidas, mas, como se verá, ellas no alcanzan a refutar la conclusión a la que arribó el tribunal.

b).- El segundo argumento que utilizó el *a quo* para rechazar los relatos exculpatorios consistió en que **resultaba extraño creer que tras ser acometidos por dos personas armadas, los policías optaran por seguirlos, sin portar ninguna arma, para luego abordarlos sin que ellos las utilizaran.**

Ambas defensas señalaron que no encontraban nada de llamativo en la actitud asumida por sus asistidos, ya que –de acuerdo a su condición de policías– contaron con entrenamiento suficiente para este tipo de situaciones (punto 4.i.k), sumado a que ellos mismos explicaron que abordaron a Scribano e Ibáñez una vez que dieron aviso al número de emergencias 911 y a la Comisaría, que quedaba a menos de cinco cuadras del lugar donde se encontraban, y a que aprovecharon un descuido de los nombrados (punto 4.ii.f).

El tribunal señaló que esta cuestión se encontraba comprobada por los dichos de los propios imputados –quienes manifestaron que fueron atacados por un grupo de cinco o seis personas que descendieron de un rodado– y por la declaración del Subinspector Luzi, quien manifestó que cuando llegó al lugar los policías lucían muy nerviosos al

punto tal de que Gómez se deyectó en el lugar de la detención; lo que demuestra que los agentes no se encontraban preparados para un accionar como el que declararon efectuar.

A ello debe añadirse que, si efectivamente Álvarez llamó al 911 y a la Comisaría antes de abordar a los gendarmes, con más razón, no se entiende por qué no esperaron a recibir la ayuda que solicitaron para abordar a dos personas que se encontraban armadas.

c).- La respuesta a ello, está relacionada con el tercer argumento que brindó el tribunal, consistente en que **Álvarez realizó esos llamados una vez que ya habían atacado a las víctimas** (cfr. fs. 2207).

El tribunal sostuvo, al igual que lo hizo el fiscal de juicio, que esos llamados existieron (el primero al 911, a las 6:01:51 hs., y el segundo a la Comisaría, a las 6:03:32 hs., sobre los cuales no hubo registro de comunicación) pero que resultó poco creíble que Álvarez se haya comunicado en dos oportunidades mientras perseguían a los gendarmes.

Indicó, que además de esas comunicaciones –que fueron las que declaró realizar Álvarez–, existió una anterior al celular de Rodríguez Sánchez, a las 6:01:05 hs., con una duración de tres segundos, de la cual tampoco se obtuvo registro de comunicación (cfr. fs. 2207).

La defensa de Castro Fernández y Álvarez se agravió en este aspecto. Indicó que no existían pruebas concluyentes para descreer las versiones que dieron sus asistidos y afirmar que las llamadas que se realizaron desde el celular de Álvarez, se efectuaron después de que atacaron a Scribano e Ibáñez (punto 4.i.f).

Tal como se señaló, el *a quo* no contó con los registros de las comunicaciones salientes del teléfono de celular de Álvarez, por lo que no se pudo conocer su contenido.

De todas formas, luego de analizar las declaraciones que realizaron en la audiencia de juicio los agentes Molas, Rodríguez Sánchez y Czuhajowsky, se arriba a la misma conclusión a la que llegó el tribunal.

En este sentido, el policía Molas declaró en la audiencia de juicio que, aproximadamente entre las 5.50 o 5.55 hs. (es decir, antes de las

llamadas telefónicas), pasó con su vehículo por el lugar del hecho sin tener conocimiento de lo que había sucedido. Indicó que allí observó a un tumulto de gente, entre los cuales distinguió a sus compañeros de fuerza Gómez, Álvarez y Castro Fernández –que estaban vestidos de civil–, y a dos masculinos que estaban reducidos en el suelo. Agregó que en ese momento les consultó si necesitaban algo, que Castro Fernández le dijo que estaba todo bien y que, en virtud de esa respuesta, se retiró.

Asimismo, si se diera crédito a lo que sostuvieron los imputados, cómo se explica que el agente Czuhajowsky declaró que una vez que se subió al patrullero con Rodríguez Sánchez, éste “[le] di(jo) el lugar exacto del hecho y (se) dirig(ieron) hacia [allá]. Doblamos en Caseros hasta la intersección de la calle Baigorri” (cfr. fs. 1441/8, declaración que fue incorporada por lectura al debate). Ello, me lleva a concluir que los policías iban a un lugar determinado porque la persecución había cesado.

Por último, la defensa de Gómez sostuvo que si se tomara la postura del *a quo*, no se podía explicar que apenas lograron reducir a Scribano e Ibáñez, llegaron los móviles policiales con Rodríguez Sánchez y luego, con Luzi. Refirió que ello conduciría a pensar que Álvarez realizó los llamados en su presencia, lo que carecería de sentido (punto 4.ii.h).

El argumento de la defensa de Gómez parte de una premisa equivocada, que lo invalida.

El recurrente da por sentado que los móviles policiales llegaron casi concomitantemente de que lograron reducir a los gendarmes. Esto no resulta antojadizo, ya que así lo declararon todos los imputados.

Incluso, Álvarez manifestó que existió presencia policial antes de abordarlos, en cuanto señaló que sus compañeros y él escucharon la voz de “alto policía” y que por esa razón pensó que los dos muchachos no ofrecieron mucha resistencia.

Sin embargo, de las declaraciones de Rodríguez Sánchez y de Czuhajowskyj de fs. 1238/45 y 1441/1448 –que fueron incorporadas por lectura al debate–, e incluso la del policía Molas, surge que una vez que arribaron al lugar los dos masculinos ya estaban boca abajo e

inmóviles. Ninguno señala que su llegada fue inminente a la detención de los imputados.

Ello se condice con lo manifestado por las víctimas, quienes indicaron que luego de que fueron abordados por cinco o seis personas que descendieron de un auto particular, llegaron los patrulleros.

Lo dicho hasta aquí, mantiene incólume lo sostenido por el tribunal; razón por la cual corresponde rechazar esta crítica.

d).- El *a quo* tuvo por acreditado **la presencia de un vehículo particular en el lugar del hecho, como denunciaron las víctimas; pese a que ninguno de los tres imputados lo reconoció.**

Ello así, en función de los relatos coincidentes de los damnificados, del testigo de actuación Godoy –cuya declaración fue incorporada por lectura al debate–, y de los taxistas González y Altamiranda en la audiencia de debate (cfr. fs. de fs. 10vta. y 86, 2145vta/2151, 2153/vta., 2155vta/2157).

El tribunal destacó el testimonio del último. Esta persona declaró que en la madrugada del 27 de septiembre del 2008, mientras su compañero González lo estaba llevando a la Estación de trenes de Constitución, observó pasar a toda velocidad un auto por la Av. Caseros, en dirección a la terminal ferroviaria. Recordó que a la altura de la calle Baigorri, el rodado se detuvo y junto a él se encontraban dos patrulleros.

Agregó que *“del auto...se bajó una persona y pateó a otra que estaba reducida en el piso. Continuó relatando que eran dos las personas reducidas, y que a uno de ellos, otro sujeto, lo mantenía con el pie en la cabeza, mientras al otro lo golpeaban. Que dieron una vuelta hasta Cevallos, doblaron por Rondeau, tomaron Solís y cuando volvieron a pasar vio que el que se bajó del auto particular seguía pegando. Luego, manifestó que [una vez que] llegó a Constitución, llamó al 911 para dar aviso de lo que había presenciado”* (cfr. fs. 2155vta/6).

Asimismo, manifestó *“que quienes descendieron del vehículo particular se encontraban vestidos de civil; y que los otros eran patrulleros, con gente uniformada; que uno de ellos le colocó el pie sobre la cabeza a uno de los que estaba reducido.*

Aclaró que, por un lado, observó, a una persona reducida *“junto a un uniformado y aquel sujeto que descendió del vehículo civil que lo golpeó y, por otro*

lado, el segundo reducido con un uniformado pisándole la cabeza; o sea, dos reducidos, un civil que descendió del auto y dos uniformados” (cfr. fs. 2156/vta.).

Este testimonio fue conteste con el registro de la llamada que realizó Altamiranda al Centro de Coordinación de Emergencias 911, a las 6:28:22 hs. del día del hecho, a través del cual hizo saber que momentos antes había visto como la policía le pegaba a dos jóvenes y les pateaban la cabeza. Indicó que eran varios agentes, y que en la cuadra se encontraban dos patrulleros y *un auto particular* (cfr. fs. 838/839).

A ello, debe sumársele que el testigo de actuación Godoy refirió que en el momento que se realizó el procedimiento policial observó la presencia de dos patrulleros y la de “*un vehículo particular de color borra vino, cree que marca Peugeot 504, estacionando por Av. Caseros*”; el mismo modelo de automóvil del cual descendieron las personas que atacaron a Ibáñez y Scribano, conforme a sus relatos (cfr. fs. 86vta., 2145vta/2147 y 2147/2151). Ibáñez también declaró que podía ser un auto con características similares a un Renault 18 (cfr. fs. 2146).

e).- Seguido a ello, **los jueces descartaron que los policías hayan sido atacados a pie por Ibáñez y Scribano, y dieron crédito a lo que manifestaron las víctimas, por cuanto indicaron que fueron abordados por cinco o seis personas que descendieron de un vehículo particular.**

La defensa de Castro Fernández y Álvarez señaló que lo declarado por los gendarmes no involucraba directamente a sus asistidos, ya que –de acuerdo a sus propios dichos– de ese auto bajaron personas que trabajaban en el boliche donde habían ido a bailar (punto 4.i.h).

Los abogados de Gómez, por su parte, indicaron que no se logró verificar que dentro de ese auto estuviera su pupilo. Insistió que el nombrado fue al boliche caminando y se retiró de la misma manera; sumado a que no existió ningún testigo que lo haya visto ascender o descender del mencionado rodado, por lo que no podía formar parte del grupo de personas que Altamiranda identificó bajar del auto y que golpearon a los gendarmes (punto 4.ii.b).

Lo cierto es que los argumentos que esgrimieron ambas defensas

no logran derribar la conclusión a la que arribaron los jueces de la instancia, por cuanto sostuvieron que **Castro Fernández, Álvarez y Gómez intervinieron en el hecho delictivo.**

Para fundamentar su posición, valoraron, en primer lugar, que ellos mismos fueron quienes –bajo otras explicaciones– abordaron a las víctimas y las entregaron, en carácter de detenidos, al agente Rodríguez Sánchez.

Otro elemento clave que tuvieron en cuenta, fueron las declaraciones de los damnificados, quienes manifestaron que en el momento del episodio escucharon sus nombres. Así, Scribano dijo que: “*sólo escuchó nombrar a Yacaré, Gómez y Castro*”, mientras que Ibáñez recordó oír “Yacaré”, a la sazón del apodo por el que se conoce a Álvarez. Mencionó que uno de los policías que llegó después, le refirió a la persona que lo estaba golpeando “*para Yacaré, lo vas a matar*”.

Pese a que no fue ponderado expresamente en la sentencia, el *a quo* contó con los reconocimientos fotográficos que realizaron las víctimas en la audiencia de debate.

De esta forma, Scribano sostuvo que la imagen número 100 – que correspondía a Castro Fernández, de acuerdo al acta de fs. 1995vta.– pertenecía a un hombre “*que estuvo en el boliche, cuando bajó de vehículo les pegó, y quien le sacó la ‘Glock’ a su compañero de la cintura*” (cfr. fs. 2001vta. y 2151). Por su parte, Ibáñez refirió no recordar si esa persona había estado en el momento inicial o cuando arribaron los patrulleros (cfr. 2147). Cabe señalar, en este punto, que en el debate no fueron exhibidas las fotografías de Gómez y Álvarez.

Con relación a las demás personas que descendieron del vehículo particular, el tribunal valoró que tres de esos individuos fueron identificados por las víctimas –también por el reconocimiento fotográfico– como personal de seguridad del boliche.

Ellas explicaron que lograron darse cuenta de que se trataba de los empleados de vigilancia que estaban dentro del local bailable, pero que en ese momento no vestían sus remeras identificatorias.

Los jueces de la instancia, en este punto, sostuvieron que ello

resultó creíble, ya que, de acuerdo a los dichos de Scribano, Ibáñez y Vázquez, cuando los echaron del boliche, un móvil policial se acercó y desde adentro les dijeron que se vayan porque si no iban a tener problemas.

f).- Ahora bien, de acuerdo a las comunicaciones telefónicas que obran en la causa, el tribunal fijó el horario en el que ocurrió el hecho delictivo.

De esta forma, sostuvo que **el episodio se inició unos minutos antes de las 6:01:05 hs.** (de acuerdo al llamado que realizó Álvarez hacia el número de Rodríguez Sánchez) y **finalizó momentos antes de las 6:28:22 hs.**; oportunidad en la que el taxista Altamiranda se comunicó con el número de emergencias 911 desde la estación de trenes del barrio de Constitución e hizo saber que había visto a la policía pegándole y pateándole la cabeza a dos jóvenes que estaban en el suelo.

Ese horario concuerda con lo manifestado por el chofer de taxis, en cuanto declaró que *“computando la vuelta que dieron, habrían llegado a la Estación Constitución aproximadamente seis y veinticinco de la mañana”* y que el episodio que observó *“habría ocurrido...entre las seis y las seis y cuatro de la madrugada”* (cfr. fs. 2156).

g).- Por otro lado, a diferencia de lo sostenido por la defensa de Gómez (punto 4.ii.e), el tribunal acreditó que **el momento en el cual Castro Fernández, Álvarez y Gómez desapoderaron a Scribano e Ibáñez de sus bienes sucedió antes de que arriben los móviles policiales a la zona** (cfr. fs. 2204); resultando este factor una de las grandes razones por las cuales se absolvió al Subinspector de la P.F.A., Dario M. Luzi. Ello vacía de contenido al cuestionamiento que efectuó la parte, relativo a por qué se absolvió a Luzi si había estado presente en el robo y en la golpiza.

h).- A partir de lo dicho, se puede dar respuesta a otro de los agravios que interpuso la defensa de Gómez.

La parte hizo hincapié en que su asistido no intervino en el hecho. Señaló, en este sentido, que era imposible que se le endilgue lo que observó el taxista Altamiranda, ya que –de acuerdo a los argumentos

que expuso, desarrollados en el punto 4.ii.a- Gómez se retiró del lugar antes de las 6.10 hs., mientras que el taxista habría observado el episodio después de ese horario.

Cabe mencionar, en primer lugar, que no existen elementos probatorios que acrediten los horarios que calculó el recurrente, más bien se trata de meras suposiciones, en las que la parte fijó esos horarios a su favor.

Además de ello, el taxista fue claro, en cuanto manifestó que pasó por el lugar del hecho entre las 6 hs. y las 6.15 hs. (cfr. fs. 2156) y no en el horario que pretende la defensa.

Ahora bien, independientemente del ello, lo cierto es que el chofer de taxis observó el episodio posterior al robo, que fue la golpiza.

Ello así, pues, de acuerdo a su relato, cuando pasó por el lugar del hecho advirtió la presencia de uniformados y, de acuerdo a lo afirmado en el punto anterior, el robo se produjo antes de que lleguen los agentes policiales.

Por esta razón, el argumento de la defensa, consistente en que Gómez no intervino en el episodio porque no estuvo en el momento que presencié Altamiranda, tampoco puede prosperar.

i).- Otra cuestión que valoró el *a quo* negativamente, radicó en que el móvil n° 128 de la P.F.A. dio aviso al Comando Radioeléctrico de que tenían a dos individuos armados recién a las 6:50:15 hs.; es decir, cuando las víctimas ya estaban completamente sometidas.

La defensa de Castro Fernández y Álvarez indicó que normalmente esa comunicación se consigna una vez que la situación está controlada. Aclaró que con esa llamada no se pretendió dar aviso de que el procedimiento estaba comenzando, sino que se informó que la situación estaba controlada (punto 4.i.g).

Sin embargo, existen pruebas de que ello no fue así. El tribunal valoró que, ante esa comunicación, el móvil n° 216 de la P.F.A. ofreció acercarse a la zona para ayudar; sumado a que dos minutos más tarde (a las 6:52:56 hs.), se volvió a informar al Comando Radioeléctrico que los individuos ya estaban reducidos y se solicitó que se envíe al SAME.

Lo dicho, demuestra que las modulaciones que se registraron no se llevaron a cabo con la finalidad de hacer saber que el procedimiento se encontraba bajo control, como pretende hacer notar el recurrente.

g).- Por último, ambas defensas se agraviaron de los fundamentos que utilizó el tribunal para acreditar que, al momento del hecho, Scribano e Ibáñez tenían objetos de valor y dinero, que luego fueron robados por sus asistidos (de acuerdo a los fundamentos que se expusieron en los puntos 4.i.e y 4.ii.d).

Empero, las razones que exhibieron las partes no lograron conmover en lo más mínimo lo comprobado por el tribunal.

En este sentido, el *a quo* tuvo por acreditado, por los dichos de las víctimas, que Scribano “*fue despojado de su billetera y del celular, recuperádo(la) luego (...) vacía*”, mientras que a Ibáñez le sacaron las armas que llevaba en su cintura, como así también “*un anillo, una pulsera y una cadena, todo de oro, el celular y la billetera con plata y tarjetas de crédito, las llaves del vehículo y una campera*” (cfr. fs. 2204).

Además de ello, los jueces valoraron los dichos del testigo **Alberto Giménez**, compañero de armas y con quien convivía Ibáñez en ese entonces. El nombrado declaró que “*el día 26 de septiembre recibió un mensaje de texto de Ibáñez, donde le solicitó autorización para utilizar el dinero del alquiler, dado que tenía que salir. Que ante la ausencia de ambos en el domicilio, le indicó a Ibáñez que se lleve consigo las armas y los objetos de valor que tuviese, por cuestiones de seguridad*”. Asimismo, declaró que “*el dinero que le solicitó para salir, era el reservado para abonar las expensas...que tenía joyas de oro: dos pulseras, una cadena con una cruz y un anillo; y que la madre de Ibáñez le devolvió el dinero destinado para las expensas*” (cfr. fs. 2208vta/9).

A partir de este testimonio, el tribunal comprobó que esa noche Ibáñez tenía consigo dinero, joyas y las armas que le fueron luego secuestradas. A pesar de que esa noche Giménez no había visto a Ibáñez (argumento de la defensa de Gómez), dio cuenta de que no solo el nombrado tenía esos objetos, sino que le solicitó que, por cuestiones de seguridad, se las lleve del departamento.

Asimismo, el *a quo* ponderó el testimonio de **Elio Fabián**

Vázquez, quien afirmó sobre el particular que “*esa noche todos tenían dinero, dado que habían cobrado las horas extras trabajadas*”. A su vez, manifestó que cuando conversó con sus compañeros “*le comentaron que cuando se fueron de Radio Studio los interceptaron unas personas que les sacaron un anillo, las armas y que les propinaron una golpiza*”.

Sobre este punto, la juez que lideró el acuerdo resaltó que la última declaración tenía un alto valor probatorio, por más de que se tratara de dichos de terceros, como sostiene la defensa, ya que se obtuvo por medio de un testigo imparcial, en momentos muy cercanos al hecho.

El mismo valor probatorio le asignó a **la constancia que obra en la declaración indagatoria de Ibáñez**, en la que la persona que instrumentó tal diligencia dejó constancia de la marca que tenía Ibáñez en su dedo, que evidenciaba la preexistencia de un anillo (cfr. fs. 2009).

La defensa de Castro Fernández y Álvarez, por su lado, criticó que el *a quo* tuvo por acreditado que Scribano tenía dinero en su poder, en función de las constancias que comprobaban que realizó tres extracciones de dinero de su caja de ahorro de distintos montos (\$150, \$130 y \$190), que tuvieron lugar en diferentes horarios del día 26 de septiembre de 2008 (punto 4.i.e).

Sin embargo, el tribunal no utilizó este argumento, sino que dio por acreditada la existencia del dinero en función de los dichos del propio damnificado y de Elio F. Vázquez; aspectos que no fueron rebatidos por ninguna de las partes.

Asimismo, ambas defensas sugirieron que resultaban extrañas una serie de cuestiones que declararon las víctimas (relacionadas con el monto de dinero con el que salieron a bailar a un barrio de las características de Constitución; con que no hayan gastado nada de dinero en toda la noche y con que hayan dejado las armas en un estacionamiento), mas no lograron demostrar inconsistencias o contradicciones que invaliden la credibilidad de sus relatos (puntos 4.i.e y 4.ii.d).

Por último, los abogados de Gómez apuntaron a que no existían pruebas concluyentes que demuestren que Ibáñez tenía su celular al

momento del hecho, ya que el nombrado manifestó que, cuando lo expulsaron del boliche, uno de los guardias le sacó su celular y no aclaró si después se devolvió (punto 4.ii.g).

Ante este planteo, debe responderse que Ibáñez no hizo ninguna mención sobre esta cuestión, sino que fue Scribano quien declaró “(q)ue Ibáñez le comentó que los que lo habían golpeado dentro del local le quitaron su celular” y luego, aclaró que “después se lo devolvieron” (2150vta.).

9).- De lo expuesto, se advierte que ambas defensas ciñeron su tarea a desarrollar críticas parciales a la resolución en crisis, que no alcanzaron a rebatir los argumentos de los jueces de mérito ni, en consecuencia, a conmover sus conclusiones.

Pese a que asistió razón a los recurrentes respecto de algunos puntos de agravio –tales como las diferencias entre los relatos de los testigos, sobre cuestiones descriptivas, y las errores en las contradicciones que marcó el *a quo* entre las versiones de los condenados (puntos 7 y 8.a)–, ello no afectó al núcleo central de lo decidido, ni consiguió refutar la solución que otorgó el tribunal; a la que arribó mediante la ponderación integral de toda la prueba reunida, según fue reseñado precedentemente.

En conclusión, la valoración probatoria desarrollada por el *a quo* resultó coherente, lógica y razonable, a la vez que las partes no lograron demostrar la arbitrariedad que invocaron.

Todo lo dicho conduce a rechazar los agravios sobre el punto, dado que las razones expuestas en la sentencia cuestionada resultan suficientes para tener por probada la intervención de Castro Fernández, Álvarez y Gómez en el hecho descrito en el punto “2”.

10).- El tribunal calificó el episodio delictivo en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse; por ser en poblado y en banda; y por la condición de miembro de la Policía Federal Argentina de los condenados (arts. 166 –inc. 2º, párrafo 3º–, 167 –inc. 2º– y 167 *bis*, CP).

El robo

Con relación a la primera figura delictiva, el *a quo* sostuvo que

“(s)e halla(ba) configurado con el desapoderamiento de los efectos denunciados, seguido del apoderamiento por parte de los autores, dado que nunca fueron recuperados los valores en pesos, la billetera de Ibáñez, las joyas y las identificaciones de éste. Que dicho apoderamiento se produjo con violencia en las personas, mediante golpes y patadas sobre la humanidad de ambas víctimas, al punto que las lesiones merecieron varios días de internación. También se dio cita el elemento subjetivo, toda vez que, resulta de toda evidencia, los tres imputados actuaron en el hecho con total conocimiento de lo que hacían y voluntad final de ejecución. El hecho se consumó” (cfr. fs. 2211vta.). Sobre esta asignación jurídica, las partes no presentaron ninguna impugnación.

Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse. Planteo de inconstitucionalidad

El tribunal agravó la figura de robo simple en el tipo previsto en el art. 166 –inc. 2º, párrafo 3º–, CP.

Si bien la defensa de Castro Fernández y Álvarez, en el escrito interpuesto en el término de oficina, planteó como un nuevo agravio la errónea aplicación de este delito, los fundamentos que allí se expusieron se dirigieron exclusivamente a demostrar la inconstitucionalidad de la mencionada figura legal. En este sentido, cabe señalar que el tribunal tuvo por acreditado, en función de los testimonios de las víctimas – quienes tenían pleno conocimiento sobre el tema, ya que eran gendarmes–, que “*fueron amedrentados por el uso de armas que portaban al momento en que los acometieron un grupo de seis personas*”, entre los cuales se encontraban los condenados –que eran policías– y personal de seguridad del localailable Radio Studio (cfr. fs. 2211vta.).

Argumentó que esas armas no pudieron ser secuestradas en atención al modo en el que comenzó la investigación (conforme fuera explicitado en el punto 1); motivo por el cual las aptitudes propias de disparo no pudieron ser constatadas.

Sobre esta base, el *a quo* consideró que el hecho debía calificarse en el tipo previsto en el art. 166 –inc. 2º, párrafo 3º–, CP. Y, como se dijo, este aspecto no fue refutado por ninguno de los recurrentes.

Ahora bien, de lo que sí se agravó el impugnante en su recurso

de casación radica en que el tribunal rechazó su pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la norma aplicada, sin dar respuesta a la totalidad de argumentos que planteó en la instancia.

De acuerdo al acta que obra a fs. 2127vta., el defensor oficial, al momento de formular su planteo, *“se remitió, en honor a la brevedad, a lo ya expresado por la Dra. María Laura Garrigos de Rébori en el precedente ‘Judeo’ [en realidad, “Escudero”] del año 2004, básicamente en el entendimiento que para agravar una conducta como la prevista...debe existir una descripción contradictoria, porque si no se puede producirse fuego, se echa mano a un criterio subjetivo. Que se pretende hacer un doble agravamiento, una presunción en contra del imputado, y se violenta el principio ‘IN DUBIO PRO REO’, en definitiva, consideró que en este planteo la figura legal que corresponde es la de robo simple agravado por su condición de fuerza de seguridad”*.

Como se observa, la petición expuesta en estos términos luce imprecisa y confusa y, pese a que su redacción fue consentida por el Dr. Seijas al firmar, no se logran visualizar aquellos fundamentos que la parte dice que fueron expuestos durante el debate y que no fueron contestados por el *a quo* al momento de resolver.

A fin de verificar este extremo, se requirió al tribunal de origen el video del debate en dos oportunidades (cfr. fs. 2279 y 2285), pero no fue posible contar con ese instrumento debido a que fue eliminado de forma automática por el sistema, en virtud del paso de tiempo que transcurrió entre la audiencia y la elevación de la causa a esta instancia (cfr. fs. 2286).

En tales condiciones, pese a lo imprecisas y confusas que lucen las críticas que efectuó en el debate, en lo que a este punto se refiere, en virtud del derecho de defensa del que goza toda persona sometida a proceso, corresponde –de igual modo– abordar cada uno de los argumentos esbozados en su recurso de casación, sobre los cuales versa su pretensión.

a).- En primer lugar, se advierte que las impugnaciones que realizó el recurrente, relacionadas con los fundamentos que dieron origen al agravante y su desacuerdo con el “criterio subjetivo”, retrotraen la discusión a la época anterior a la reforma del Código Penal.

En ese momento, se discutía si para el agravante del uso de arma era necesario que la víctima haya sufrido un peligro real y concreto, lo que obligaba a probar su correcto funcionamiento, como así también que, al momento del hecho, estuviera en condiciones de ser disparada –criterio impuesto en el plenario n° 16 “Costas”¹–; o si, por el contrario, era suficiente la mayor intimidación que experimentó la víctima con independencia de si el peligro fue real.

Este primer argumento de la defensa fue expresamente considerado por el *a quo* en la sentencia, en cuanto afirmó que el objetivo de la Ley n° 25.882 fue zanjar los distintos criterios interpretativos.

A este respecto, el tribunal sostuvo que la reforma –en este aspecto– asumió una tesis subjetiva, mediante la cual se decidió incorporar en el Código Penal una figura más gravosa que la de robo simple, para aquellos casos en los que la víctima sufra una mayor intimidación por el empleo de un arma de fuego –cuya aptitud para el disparo no pueda acreditarse–, o incluso, por una de utilería.

Cabe precisar, en este punto, que si bien el amedrentamiento ya se encuentra contenido en la propia definición del robo, lo cierto es que el legislador ha considerado –mediante la expresa inclusión del tercer párrafo– que resultan de mayor gravedad los robos que se cometen a través de *esas formas* de intimidación.

El *a quo* expuso, en este sentido, que el legislador sancionó a este tipo de delitos “*con una pena superior a la del robo simple e inferior a la conminación del párrafo segundo, equilibrando con ello la mayor gravedad que implica la existencia de peligro, con una pena mayor y compensando el temor sufrido por las víctimas en el caso de inexistencia de peligro con una pena intermedia*” (cfr. 2203).

Se observa, hasta aquí, que los argumentos de la defensa fueron atendidos y resueltos por el legislador en las facultades que le son propias (art. 67 –inc. 11–, CN), tales como declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos: 11:405; 191:245; 275:89) y, asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente.

¹ CCC, Plenario n° 16 “Costas”, rta. 15/10/86.

La conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia de estas medidas resultan ajenos al control judicial. De tal suerte, que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341).

En este orden de ideas, el impugnante no logró demostrar por qué razón esta decisión del legislador de adoptar un criterio subjetivo al regular estas conductas resultan contrarias a la Constitución Nacional.

b).- Por otro lado, la defensa sostuvo que la norma en juego se encuentra vacía de contenido y que, en consecuencia, resulta injustificada. Señaló que, mediante su enunciación, se incurre en una fórmula irracional, impropia de los actos de gobierno (art. 1, CN).

El fundamento de esta afirmación radica en que, al consignarse en la norma que el robo se agravará “*si se cometiere (...) con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada*”, se incurre en una descripción contradictoria, ya que no es un arma de fuego la que carece de aptitud para el disparo.

Este agravio no puede convalidarse.

La definición legal de todo delito debe ser formulada en tipos penales, es decir, en estructuras cerradas, si es que se quiere acordar plena vigencia al principio de legalidad.

Soler señala, en esta línea, que “*la sola existencia de una ley previa no basta [para respetar la vigencia del principio nullum crimen sine previa lege]; esta ley debe reunir ciertos caracteres: debe ser concretamente definitoria de una acción, debe trazar una figura cerrada en sí misma, en cuya virtud se conozca no solamente cuál es la conducta comprendida sino también cual no está comprendida*”.

Ciertamente, si se acreditase que se está frente a una norma vacía de contenido –como propicia la defensa–, no se podría identificar cuál es la acción punible en el caso en concreto; lo que, a claras luces, no sucede respecto del art. 166 –inc. 2º, párrafo 3º–, CP.

La tarea del juez, en este sentido, consiste en interpretar las

² Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tipografía Editora Argentina, 1988, P. 140.

normas dentro del marco del principio de legalidad, con su derivado principio de prohibición de analogía *in malam partem*.

La norma, tal cual está redactada, permite incluir los supuestos en los cuales el robo se cometió con: a) un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada y b) un arma de utilería, cuyo alcance fue definido en el precedente “**López**”³ de esta Sala.

Mientras que, los restantes casos en los que no concurren los presupuestos señalados, como los traídos a escena por la defensa (arma descargada o cuando se acredite fehacientemente que ese arma resultaba apta para el disparo), quedan excluidos de la aplicación de esta figura agravada.

A diferencia de lo que sostiene la parte, existen supuestos en los que, pese a que no se logró peritar el arma respectiva, nadie discute que el robo se cometió con un *arma de fuego*.

Ello sucede cuando, como en el caso de autos, la utilización de un elemento de las características propias de un arma de fuego se puede acreditar por otros elementos de convicción. Aquí el *a quo* tuvo por acreditada la utilización de este tipo de elementos en función de los testimonios de la víctimas. Cabe destacar que estas personas eran gendarmes y, por lo tanto, tenían un amplio conocimiento sobre el tema.

En este sentido, Ibáñez declaró que no solo observó que los atacantes portaban armas de fuego, sino que también escuchó la forma en las que manipulaban, como “*con golpes de corredera*” (cfr. fs. 2146 vta.). Además, se contó con el testimonio de Scribano, quien agregó que “*con el cañón o con la culata del arma lo golpearon en la cabeza*” (cfr. fs. 2147vta.).

Sobre esta base, de ningún modo puede sostenerse que la norma en juego se encuentra vacía de contenido.

c).- El precepto legal bajo análisis tampoco afecta al principio de proporcionalidad de las penas, como pretende hacer notar la defensa.

El recurrente arguyó, en este sentido, que “*no resulta ajustado a derecho conminar con una escala penal notablemente agravada (tres a diez años de*

³ CNCP, Sala II, “López, Sergio”, reg. 236/2017, rta. 7/3/17.

prisión) a quien comete un robo con el uso de un arma que no pudo ser examinada por un experto, y por el contrario mantener en la escala prevista para el tipo básico (un mes a seis años de prisión) a quien utilizó un arma de fuego descargada pero que fue examinada y se determinó que resultaba perfectamente apta para el disparo” (cfr. fs. 2246).

Sus críticas, sin embargo, lucen carentes de fundamentación.

En primer lugar, porque la parte trae a colación, para fundamentar la procedencia de su agravio, la postura que adopté en el precedente “**Ruiz**”⁴ del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de esta ciudad, la que –vale aclarar–, también adopté en el fallo “**Graff**”⁵ de esta Sala, entre otras.

En todos ellos hice hincapié en que, por vía de la interpretación, se han equiparado conductas (como las que trajo a escena la defensa) claramente no previstas en la ley –lo que, repito, no sucede en el supuesto de autos– a las restantes descriptas en el artículo citado.

Así lo ha hecho concretamente la entonces Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “**Moroni**”⁶ al sostener que “*si se acude a las reglas del recto entendimiento humano no resultaría lógico concluir que el legislador decidió agravar el delito de robo para los casos en que no pueda acreditarse la aptitud para el disparo del arma en él utilizado o cuando la empleada fuese de utilería y no para el caso en que el delito contra la propiedad ejecutado se hubiera realizado mediante la utilización de un arma descargada. En efecto, es contrario a la razón que un delito ejecutado en las dos condiciones descriptas por el último párrafo del inciso segundo del art. 166 del código de fondo prevea un monto punitivo de mayor escala que para el caso –como el de autos– en el que el arma incautada al enjuiciado no solamente es auténtica, sino que además resulta apta para el disparo. En una palabra, el último párrafo del art. 166, inc. 2° del Código Penal, contiene, sin duda alguna, el supuesto en el que el atraco –como lo fue el del sub lite– se efectúe mediante el empleo de un arma verdadera que no se halla cargada. Refuerza la conclusión del Tribunal la circunstancia, por cierto muy relevante, de que perpetrar –como lo hizo el*

⁴ Ídem n° 3.

⁵ CNCP, Sala II, “Graff Eduardo Andrés y Pattarini, Matías Ezequiel”, causa n° 41667/2014, reg. 752/16, rta. el 23/9/16).

⁶ CNCP, Sala I, “Moroni”, causa n° 6390, rta. 14/10/05.

encausado— un robo utilizando un arma descargada provoca en la víctima, cuanto menos, igual poder intimidatorio”.

Sostuve que asiste razón a ese tribunal cuando argumenta que no parece lógico que el legislador haya agravado dos conductas que resultan similares a una tercera —en tanto todas tienen igual poder intimidatorio— y que, a pesar de ello, haya dejado de reprimir de modo agravado a esta última.

Pero también señalé que el argumento de la similitud, sin embargo, demuestra dos cosas: en primer lugar, que esta última acción no se encuentra en verdad descripta en la ley; en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, que sólo se la puede incorporar al universo de las conductas reprimidas de forma agravada por medio de una interpretación analógica en perjuicio del imputado.

La ausencia de una decisión por parte del legislador consistente en reprimir específicamente esta conducta, que aparecía como lógica a la luz de la decisión simultánea de reprimir con mayor pena conductas semejantes, no puede ser suplida por el Poder Judicial mediante la incorporación de un supuesto que de hecho no ha sido regulado.

Éste es precisamente el límite que el principio de legalidad, a través de una de sus derivaciones —la prohibición de analogía— impone a los jueces.

Por otra parte, debe quedar claro que la ausencia de lógica que se halla presente en la decisión incompleta del legislador no se traslada sin más a la resolución judicial que, advirtiendo este extremo, no lo remedia por vía de una interpretación prohibida por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Concretamente, cuando se exige, tal como lo hace nuestro sistema procesal, que una decisión judicial se encuentre fundamentada, se está exigiendo la expresión de los motivos por los que se decide de una u otra manera, así como también que la valoración crítica de la prueba se realice de conformidad con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos. Ello no implica, sin embargo, que el juez le deba hacer decir a la ley lo que la ley no dice so pretexto de que, de lo contrario, se estarían infringiendo las reglas del

correcto entendimiento humano. Ello así, pues si la incongruencia se encuentra en la ley, la inconsecuencia lógica sólo a ella puede serle atribuida.

En definitiva, *“si por analogía se entiende completar el texto legal, en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídica del derecho penal, porque la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra. Ello obedece a que es necesario extremar los recursos para que sólo la ley formal sea fuente de criminalización primaria, no pudiendo el juez completar los supuestos. Como el derecho penal provee mayor seguridad jurídica cuanto más discontinuo es el ejercicio del poder punitivo que habilita, es la misma seguridad jurídica que requiere que el juez acuda a la analogía en el derecho civil, la que aquí exige que se abstenga de ella”*⁷.

Es la prohibición de analogía *in malam partem* y la prohibición de los jueces de arrogarse funciones propias del legislador —que en los precedentes citados me condujo a rechazar la inclusión de conductas no contempladas en la norma— lo que me lleva, en esta oportunidad, a rechazar la crítica de inconstitucionalidad esbozada por la parte, pues el caso que nos ocupa tiene por base, justamente, un supuesto de hecho que ingresa dentro del universo de conductas reprimidas por el tercer párrafo del segundo inciso del art. 166, CP: arma cuya aptitud no ha podido tenerse de ningún modo por acreditada.

En estas condiciones, no hay razones plausibles —y la defensa tampoco las alega— que me conduzcan, en el caso concreto, a dejar de subsumir la conducta en un supuesto de hecho que efectivamente se encuentra incluido en la norma.

En segundo término, corresponde desechar este planteo de afectación al principio de proporcionalidad de las penas porque, a diferencia de lo que pretende la parte, los parámetros de comparación que deben utilizarse para analizar su afectación se vinculan con las

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 111.

escalas penales efectivamente previstas por el legislador para las distintas figuras delictivas.

Dicho análisis no puede, por ende, tomar como punto de comparación las interpretaciones que los jueces realizan sobre algunos supuestos –que, claro está, no resultan aplicables al caso– sino que debe hacerse, siempre, en función de la razonabilidad de los distintos montos de pena previstos por el legislador en las normas. Desde esta óptica, no resulta válido el baremo que utiliza la parte para fundar la afectación al principio mencionado.

En este sentido, tal como lo sostuve en el precedente “**Domínguez**”⁸, la determinación de la necesaria proporcionalidad de la pena *“es competencia, por principio, del Poder Legislativo, aunque la evaluación jurisdiccional de su constitucionalidad es admisible en concreto si se advierte una inequidad manifiesta”*⁹.

Y en el caso, el examen de proporcionalidad efectuado entre las escalas penales establecidas para la figura que efectivamente se aplica (art. 166 –inc. 2º, tercer párrafo–, CP) y la de robo simple (art. 164, CP), que es el otro extremo que trae el impugnante como parámetro de comparación, no luce desproporcionado ni irracional.

d).- Por último, el recurrente sostuvo que la introducción del tipo penal en juego en el Código Penal, en verdad, pretendió eludir una cuestión probatoria mediante una norma de fondo, en contradicción con el sistema federal, por el que las provincias se han reservado la facultad de legislar en materia procesal.

Explica, en este sentido, Julio B. Maier¹⁰ que *“(e)l derecho penal es legislación federal y única para toda la Nación (...) y que a partir de los arts. 5, 75 -inc. 12- y 121, CN: las provincias sólo delegaron en el Parlamento las decisiones políticas relativas a las reglas materiales de convivencia (código penal, civil, etc); se reservaron, en cambio, el poder de organizar su propia administración de justicia y regular el modo de actuación ante sus propios órganos (derecho procesal)”*.

Tal como se explicó en el punto “a”, el Poder Legislativo –en uso

⁸ CNCP, Sala II, “Domínguez”, causa n° 20859/2014, reg. n° 512.2016, rta. 11/7/2016.

⁹ CSJN, Fallos 322:2346.

¹⁰ Maier, Julio B. “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Ad-Hoc, 2016, pág. 68.

de las facultades que le confiere el art. 75, inc. 12, CN–, agravó la figura de robo simple, para aquellos casos de robo en los que el responsable manipule un arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pueda ser acreditada, o un arma de utilería, en función del mayor poder intimidante del instrumento que se utiliza para amedrentar a la víctima.

Y más allá de la oportunidad, mérito y conveniencia de esa reforma que, como se dijo, es ajena al control judicial; lo cierto es que con ella el legislador nacional definió la regla de convivencia, es decir, **CUÁL es la conducta desaprobada que debe ser sancionada**, y no **CÓMO debe probarse esa conducta dentro del proceso penal**, como intenta hacer notar la defensa.

Sobre esta base, se advierte que la defensa de Castro Fernández y Álvarez no trae buenos argumentos para demostrar que la ley resulte inconciliable con algunas cláusulas de la Constitución Nacional, o con un poder conferido por ella; por lo que corresponde rechazar también el presente agravio, en toda su extensión.

Robo cometido en poblado y en banda. Planteo de inconstitucionalidad

La misma suerte debe correr el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa oficial, vinculado con el art. 167 –inc. 2º–, CP; cuyos fundamentos fueron desarrollados en el punto “4.i” de esta resolución.

La tarea del juez consiste, precisamente, en aquello a partir de lo cual la parte intenta generar un agravio, en verdad inexistente. Concretamente: interpretar la ley y fijar en el caso el alcance de la regla contenida en ese tipo penal.

La Corte ha sostenido que para interpretar una norma debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos dentro del ordenamiento legal (Fallos: 313:1149; 327:769).

Sobre esta base, el único agravio constitucional que podría tener algún tipo de sustento fincaría en que la indeterminación de la norma fuera tan ostensible, que impidiera su interpretación.

No es eso lo que ocurre con la regla bajo examen.

Existen básicamente dos interpretaciones respecto del alcance que corresponde otorgar al término: a) se satisface con cierta pluralidad de autores¹¹ o b) se requiere que concurren las condiciones establecidas en art. 210, CP¹².

Ambas posturas han convivido durante el siglo que lleva vigente el Código Penal sin que a nadie seriamente se le ocurriera que la distinta forma de interpretación de esa norma implicara una afectación al principio de legalidad por imprecisión de la norma o por violación de la prohibición de la analogía.

Adviértase que si siguiera el desarrollo que, sin fundamento, propone la parte cualquiera norma susceptible de más de una interpretación se encontraría sometida al mismo tipo de reparo.

Ello, como resulta de toda evidencia, ninguna relación tiene con un adecuado control de constitucionalidad de las leyes.

En consecuencia, corresponde rechazar el planteo efectuado.

Por último, entiendo que no debe tratarse el agravio introducido por la parte en el término de oficina, vinculado con la inaplicabilidad del mencionado tipo penal agravado al caso en concreto, en base a los argumentos desarrollados en los precedentes “**Medina**”¹³ y “**Urrutia**”¹⁴, entre otros, de esta Cámara, a los que me remito por cuestiones de brevedad.

Por esta razón, opino que corresponde declarar la inadmisibilidad de la cuestión tardíamente introducida por la defensa.

¹¹ Conf. a los Plenarios de la Cámara del Crimen “**Coronel, R. A.**” rto. 7/6/1963; “**Quiroz**”, rto. 4/11/89; y “**Cejas**”, rto. 18/11/97.

¹² Conf. al Plenario “**Mouzo**” de la CCC, rto. 28/7/44. En igual sentido, me expedí en los precedentes de esta Sala “**Giancarelli**”, reg. n° 709/15, rto. 1/12/15; “**Orona**”, reg. 514/2016, rto. 11/7/2015; y “**Cendra**”, reg. 336/17, rto. 5/5/17.

¹³ CNCP, “Medina, Lucas y otros s/ robo agravado”, n° 17733/23, rta. 3/9/15, reg. n° 406/15.

¹⁴ CNCP, “Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro s/ robo agravado por arma de utilería en tentativa”, n° 38884/14, rta. 3/9/15, reg. n° 414/15, entre otros.

La agravante prevista en el art. 167 bis, CP.

El *a quo* sostuvo, por último, que la normativa señalada se caracterizaba por ser un delito especial impropio, por la calidad del sujeto activo. Indicó que, en el caso, se daba dicha exigencia ya que, al tiempo de los hechos, los tres imputados eran miembros de la fuerza policial (cfr. fs. 2212).

Hizo hincapié en que esta condición no bastaba por sí sola para agravar la figura, sino que, además, en el caso en concreto, debía verificarse si el autor se prevalió o no de su investidura para facilitar la perpetración del delito y dificultar las tareas investigativas (cfr. fs. 2212).

En esta línea, argumentó que si bien Castro Fernández, Álvarez y Gómez actuaron vestidos con ropas de civil, desde el momento en el que acometieron sobre las víctimas actuaron como policías, deteniéndolas y luego, se sirvieron de su cargo, utilizando el servicio policial que presto respondió al llamado de intervención y propició la confección de las actuaciones espurias, que permitieron distraer de la verdad real a quien debía juzgar los acontecimientos.

Sobre esta base, y al contemplarse en la caso las exigencias señaladas, el *a quo* asignó al hecho la agravante prevista en el art. 167 bis, CP.

En su recurso, los abogados de Gómez se agraviaron por la aplicación de esta figura; planteo al que adhirió la defensa de Álvarez y Castro Fernández en la audiencia prevista en el art. 468, CPPN.

El recurrente, sostuvo –en el mismo sentido que el tribunal de mérito– que no era posible agravar el tipo penal básico por el solo hecho de que los responsables del robo integren la fuerza policial, sino que además se necesitaba otra condición (distinta a la que interpretó el *a quo*), consistente en que el autor cometa el episodio delictivo con motivo u ocasión de sus funciones como policía.

Fundamentó que, al momento de la comisión del hecho, su defendido se encontraba de franco y de civil. Agregó que, en ningún momento, utilizó los elementos que le proveyó la fuerza, no aprovechó su condición para facilitar el hecho delictivo, ni tampoco se valió de sus

funciones para dificultar las tareas investigativas, dado que no fueron ellos los que realizaron las tareas de investigación, ni labraron las actas, máxime cuando su rango era el más bajo del escalafón.

En virtud de ello, solicitó que se haga lugar al recurso y se descarte la agravante de referencia.

La cuestión a dilucidar aquí radica en establecer el alcance de la regla, ya que, como se explicó, el *a quo* y el recurrente le otorgaron distintas interpretaciones.

Tal como sostuve en el precedente **“López”**¹⁵ de esta Sala, el primer método de interpretación de la ley, como es sabido, es el gramatical, o sea, la ley según sus propias palabras.

En este sentido, el art. 167 *bis*, CP establece de forma clara que la pena se aumentará *“cuando quien ejecutare el delito fuera miembro integrante de las fuerzas armadas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”*.

De su lectura, se advierte –sin ningún tipo de complicación– que para que se configure el tipo agravado no se requiera más que quien lo cometa integre alguna de las fuerzas de seguridad que señala la norma.

Esta interpretación encuentra respaldo, además, en el art. 1º de Ley n° 25.816, a través del cual no solo se incorporó al Código Penal la figura en estudio, sino también los arts. 163 *bis*, CP –que agrava la pena en el delito de hurto cuando se produzca la misma condición– y 80 –inc. 9–, CP, que califica el homicidio al que matare *“abusando de su función o cargo, cuando fuera miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”*.

De la redacción del último artículo, se observa que el legislador, cuando así lo quiso, exigió un requisito extra para los supuestos en los que los integrantes de la fuerza de seguridad cometan el delito de homicidio: cuando hayan abusado de su función o cargo.

Esta condición no fue contemplada por los legisladores para el agravamiento de los delitos contra la propiedad (hurto y robo), pues, en

¹⁵ CNCP, Sala II, “López, Sergio”, causa n° 6998/2015, reg. 236.2017, rta. 7 /3/ 17.

caso contrario, lo habrían incorporado expresamente tal como lo hicieron en el artículo previsto en el art. 80 -inc. 9-, CP¹⁶.

El fundamento de esta distinción radica en que pueden existir supuestos en los que un agente de la fuerza de seguridad, en ocasión de sus funciones, mate a otra persona. En este caso, se configurará el agravante solo cuando el funcionario abuse de ese cargo y, esta es la razón por la que el tipo previsto en el art. 80 -inc. 9-, CP lo enuncia expresamente.

Más, de ningún modo, se puede pensar en un supuesto en el que un policía hurte o robe, en ejercicio de sus funciones. Por ello, es que basta con que un integrante de la fuerza de seguridad cometa el delito de robo para que concurra el tipo agravado.

Sobre esta base, y al encontrarse comprobado que Castro Fernández, Álvarez y Gómez integraban la Policía Federal al momento del hecho, corresponde mantener la calificación asignada por el tribunal y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación en este término.

11).- En virtud de las consideraciones efectuadas, propongo al acuerdo rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Castro Fernández y Álvarez; y rechazar también el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gómez, ambos en todo cuanto fueron materia de agravio; con costas, por resultar ambas partes vencidas, conforme lo establece el art. 531, CPPN.

El juez Luis F. Niño dijo:

1).- En primer lugar, concuerdo con el análisis del colega Morin en cuanto a que, sin perjuicio de algún yerro que advierte sobre aspectos no conducentes para la resolución de la causa, la sentencia impugnada ha efectuado una valoración acertada de la prueba recabada en este proceso, acorde a las reglas de la sana crítica y suficiente para acreditar los eventos por los que se responsabilizó a los enjuiciados. Por tal motivo, me adhiero a su propuesta de rechazar el recurso de casación en este punto.

¹⁶ En el mismo sentido ver: Baigún y Zaffaroni, “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, Tomo 6, Hammurabi, 2009, pág. 162 y 163; y Andrés J. D’Alessio, “*Código Penal. Comentado y Anotado*”, La Ley, 2004, pág. 402.

2).- Por mis propias razones, comparto asimismo la conclusión de que no pueden ser acogidas favorablemente las pretensiones de inaplicabilidad de las agravantes establecidas en los arts. 167, inc. 2º, y 167 *bis* del Código Penal.

Preliminarmente, dejo asentado que disiento con el criterio que considera inadmisibile el agravio formulado por la defensa oficial en el término de oficina. Como sostuve en otra oportunidad, “*la admisión o el rechazo de la posibilidad de introducir planteos, ya sea en el término que reglamenta el art. 466 o en el que regula el 468 del digesto ritual implica, en definitiva, admitir o denegar la eventualidad de aportar nuevos argumentos para defender la solución que a la parte interesa. Si bien es cierto que la presentación de nuevos agravios en el aludido lapso es contraria a la letra del art. 463 in fine del digesto ritual, entiendo que el planteo debe ser de recibo a partir de los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399), hito jurisprudencial a partir del cual han menguado las formalidades y exigencias péticas que regulan el acceso al recurso del imputado, en función de brindar plena operatividad a los arts. 8.2. b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”¹⁷.

Con este norte, entiendo que la adecuación al principio de legalidad del vocablo “banda” –que sí fue criticada en el recurso– guarda suficiente proximidad conceptual con el argumento introducido más tarde, relativo a que dicho término debió ajustarse a la interpretación más restrictiva postulada por la doctrina, como para que ambas impugnaciones sean abordadas conjuntamente.

a) En sintonía con lo expuesto por el juez Morin, hallo que, más allá del esfuerzo hermenéutico que demanda esta figura, sus contornos pueden ser determinados acudiendo a los métodos habituales de interpretación de la ley penal. Como explican Zaffaroni, Alagia y Slokar, frente a la remisión del legislador a conceptos vagos, la garantía de *lex stricta* presenta dos opciones al intérprete: o declara la inconstitucionalidad de la norma o aplica el principio de máxima

¹⁷ Sala III, causa n° 46517/2014, “Monasterio”, rta. 11/9/15 –Reg. n° 453/2015–.

taxatividad interpretativa¹⁸. Pero, dado que las normas se presumen válidas y la excepción implica un acto de gravedad institucional, la primera vía sólo puede funcionar como última instancia del ordenamiento jurídico¹⁹; de ahí que el mandato de determinación del precepto penal debe salvarse mediante una lectura que demarque el ámbito de prohibición, hasta la medida que soporte el tenor literal de la disposición. Veremos que esto es posible en el caso.

Sin desmerecer la postura de Donna, quien juzgó que el principio de legalidad sólo podía resguardarse emparentando la banda del art. 167 CP a la asociación ilícita del art. 210 CP²⁰, opino que es otro el mejor camino a seguir para desentrañar una denotación válida del concepto; es decir, aquella respetuosa de la garantía de estricta legalidad. Nos detendremos en esto en el siguiente acápite.

En torno a las funciones normalmente asignadas al principio de legalidad –aseguramiento de la libertad individual, división de poderes, posibilidad de prevención general y de culpabilidad²¹, factibilidad de decidir en juicio la verdad de un enunciado²²– observo, por un lado, que el rico debate jurisprudencial que rodeó el tipo que tratamos brinda pautas objetivas sobre lo que una banda puede o no puede ser en derecho, de modo que la previsión del legislador habilita una decisión jurisdiccional razonada –poder de verificación– y no un ejercicio de poder de disposición²³, con el consiguiente conocimiento de los límites que las autoridades podrían imponer a la autonomía personal. No se trata aquí de reclamar una exégesis unívoca de todo el material normativo, pretensión imposible, sino de que exista un marco interpretativo que torne previsibles, entre un mínimo y un máximo, los márgenes de lo que puede ser subsumido en cada tipo penal. Desde el otro lado, como retomaré, la voz “banda” tiene suficiente resonancia en

¹⁸ Zaffaroni, Alagia, Slokar; “Derecho Penal. Parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, págs. 116/8.

¹⁹ CSJN, Fallos: 303:625.

²⁰ Al votar en minoría en el plenario “Quiroz” de la CNCC, rto. 4/9/1989.

²¹ Síntesis en Roxin, “Derecho Penal. Parte General”, Civitas, Madrid, 2008, tomo I, págs. 144/7.

²² Ferrajoli, “Derecho y Razón”, Trotta, Madrid, 1995, págs. 94/6, 120/4.

²³ Ídem, pág. 166 y ss.

el lenguaje natural como para permitir a cualquier ciudadano formarse una idea sobre el alcance de lo que es castigado.

Por ello, cabe desestimar la tacha de inconstitucionalidad ensayada por el recurrente.

b) Para responder a la segunda cuestión, la concreta subsunción de los hechos en la agravante, comenzaré por recordar el criterio que sigo desde hace décadas, según el cual *“sólo existen dos vías para precisar el concepto de banda en el derecho penal positivo vigente en nuestro país.*

Por una de ellas se concibe al sustantivo ‘banda’ como un elemento normativo del tipo. No está huérfana de asidero tal alternativa [...]. No obstante ello, recordando que es la letra de la ley la que se nos impone y no la voluntad del legislador al confeccionarla, entiendo que la conjunción disyuntiva “o”, presente en el tipo legal del [art. 210 CP] no equipara los términos “asociación” y “banda”, sino que los propone como modalidades alternas [...].

*La restante vía –a la que adscribo– considera que tal vocablo configura un elemento descriptivo cuyo significado debe procurarse en el Diccionario de la Lengua Española. Las cuatro acepciones básicas de dicho término, que se estima derivado del gótico *bandwô* –signo o bandera– aluden a un gran número de personas o cosas.*

‘Grupo de gente armada’, se expresa en primer lugar; ‘grupo’ es ‘pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado’; y ‘pluralidad’ es ‘multitud, número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas’.

Se indica, en segundo término, ‘parcialidad o número de gente que favorece y sigue el partido de alguien’; y ‘parcialidad’ es ‘unión de algunas personas que se confederan para un fin, separándose del común y formando cuerpo aparte’, o ‘conjunto de muchas personas, que componen una familia o facción separada del común’.

Una tercera acepción nos acerca a otros dos sustantivos. En cuanto se refiere al género humano, ‘bandada’, alude a un ‘tropel o grupo bullicioso de personas’, donde ‘tropel’ es ‘muchedumbre’; y es ‘muchedumbre’, la ‘abundancia y multitud de personas o cosas’. A su turno, ‘manada’ nombra, en igual sentido, a una ‘cuadrilla o pelotón de gente’; y si ‘cuadrilla’ nombra a un ‘grupo de personas reunidas para el desempeño de algunos oficios o para ciertos fines’, ‘pelotón’ representa un ‘conjunto de personas sin orden y como en tropel’.

Por fin, la cuarta significación recorta el marco semántico, al elucidar el alcance de la voz *banda* como ‘*pandilla juvenil con tendencia al comportamiento agresivo*’. *Pandilla* es ‘*liga o unión*’ y, más específicamente, ‘*liga que forman algunos para engañar a otros o hacerles daño*’; o bien, ‘*bando*’ o ‘*bandería*’, lo que nos retrotrae al inicio de este nuevo intento de desentrañar el ámbito descriptivo de la voz empleada por el legislador.

De todas las palabras reclutadas precedentemente, sólo una denota una cantidad concreta: ‘*cuadrilla*’. Derivada de ‘*cuadro*’, del latín *quadrum* que, a su vez, procede de *quattuor* (cuatro), la *cuadrilla* es, en su acepción jurídica puntualmente obrante en el *Diccionario de la Lengua Española*, ‘*conurrencia de más de tres malhechores armados para la comisión de un delito, que en algunos ordenamientos se considera circunstancia agravante*’.

Luego, extrayendo el elemento descriptivo ‘*banda*’ del lenguaje natural, reglado para nuestro idioma por la Real Academia Española, y desentrañando su recto sentido, es lícito concluir que con él se denomina a un grupo de –al menos– cuatro personas que actúan armadas para la comisión de un delito o bien unidas, ligadas o confederadas para un cierto fin, especialmente para engañar o hacer daño a otro u otros”²⁴.

Así delimitada la circunstancia calificante, tengo en cuenta el hecho probado en la sentencia, que resumidamente consiste en que, el 27 de septiembre de 2008, José Antonio Ibáñez y Claudio Gabriel Scribano “*fueron interceptados por un automóvil particular marca Peugeot 504 o Renault 18 que tenía las luces altas y del cual descendieron entre cinco y seis personas vestidas de civil y con armas, quienes les dieron la orden de ponerse contra la pared. Que no obstante identificarse como gendarmes, fueron golpeados y esposados sustrayéndole [a cada uno distintas pertenencias]*”. En consecuencia, estimo que se dan cita en este caso las notas que definen a la *banda* del art. 167, inciso 2º, CP, toda vez que los imputados Castro Fernández, Álvarez y Gómez integraban un grupo mayor de personas que arremetió contra las víctimas, mediando cierto *modus operandi* encaminado finalmente a producirles un daño (omitiré la variante de personas armadas, por lo que diré en el apartado 4º).

²⁴ Entre otros, cfr. Sala II, causa n° 63.685/2013, “Orona”, rta. 11/7/16 –Reg. n° 514/2016–.

Si dejamos a salvo la diferencia en el requisito numérico, las demás características fueron atendidas por el tribunal *a quo*, al mencionar que los intervinientes actuaron por un acuerdo previo, con alguna organización y distribución de roles, diferenciada de una mera reunión accidental de personas. En suma, el cuestionamiento introducido en el término de oficina debe ser, de igual manera, rechazado.

3).- Como adelanté, tampoco es de recibo la impugnación de que la condena habría sido agravada –según el art. 167 *bis* CP– por la sola calidad de policías de los recurrentes, obviando que el delito no había sido cometido en ejercicio o con ocasión de sus funciones públicas. En abstracto, el argumento es a mi juicio correcto, en tanto –y hago más las palabras de la jueza Garrigós de Rébori– *“no creo posible sostener que el legislador ha dispuesto la aplicación de una pena más grave por la condición de policía o miembro de las fuerzas de seguridad del sujeto activo, sin que esta condición haya favorecido la acción prohibida, porque en ese caso la agravante no implicaría mayor lesividad y afectaría un principio de rango constitucional”*²⁵.

Sin embargo, no es esto que se alega lo que surge de la sentencia atacada, cuando específicamente apunta que *“la correcta exégesis del precepto manda a verificar en cada caso, si el autor se prevaleció o no de su condición”*, para concluir que así ocurrió en este supuesto, pues los autores *“acometieron sobre las víctimas obrando como policías, deteniéndolos, y luego se sirvieron de su cargo, utilizando el servicio policial que presto respondió al llamado de intervención y propició la confección de las actuaciones espurias”*. Podríamos ahondar en ello e indicar cómo, por ejemplo, el desapoderamiento fue consumado a través del empleo de esposas para reducir a los sujetos pasivos, objetos cuya disponibilidad se vincula al estado policial de los ejecutores. Pero es más decisiva, vale reiterar, la simulación posterior del episodio, que comportó un inequívoco aprovechamiento de esa especial posición de dominio otorgado por sus cargos.

4).- Por último, voy a discrepar con el voto que lidera el acuerdo respecto de la constitucionalidad de la figura prevista por el art. 166, último párrafo, del Código Penal. A diferencia de lo que ocurría con el

²⁵ CNCC, Sala V, “Reinoso”, causa n° 31.036, rta. 28/1/2006.

concepto de banda, no es posible ya desentrañar un sentido que concilie el artículo cuestionado con las garantías constitucionales. Si el arma de fuego es aquél instrumento destinado a atacar mediante el disparo, el legislador, en el afán de resolver la emergencia punitiva de su tiempo, sancionó un texto que abarca la utilización de objetos posiblemente inidóneos para disparar que, sin mayor reflexión, denomina armas: en una palabra, un oxímoron, por cuanto acaba por referirse a “*armas-no armas*”. Tal construcción no admite remedio por vía hermenéutica.

Basta aquí, para fundar mi postura, con transcribir los fundamentos expresados en el precedente “Villarroel” de esta cámara²⁶:

“La movilización social sucedida en los primeros años de este siglo en la Argentina se construyó a base de pulsiones, es decir de energías psíquicas profundas y emocionales, difundidas por la mimesis que contemporáneamente facilita el aluvión mediático, gestadas en episodios puntuales pero manipuladas y aprovechadas por los sectores más reaccionarios de nuestra sociedad. Y aunque no es éste el lugar para explayarse sobre el tópico desde puntos de vista diferentes del jurídico, es del caso señalar que dichas pulsiones, ávidas —por propia esencia— de una catarsis que las redimiera, arrojaron como saldo, al ser reinterpretadas por una clase política afectada por la declinación de su representatividad, más de una docena de reformas legislativas sucedidas vertiginosamente, carentes de la sana reflexión que hace de la racionalidad de los actos de gobierno uno de los axiomas más caros de una república que se precie de tal.

Incumbe a los jueces, integrantes del poder contrafáctico por excelencia y encargados de ejercer permanentemente el control de constitucionalidad de las leyes, redoblar la atención ante cuadros como el descrito, a fin de evitar que el poder punitivo del Estado materialice avances inaceptables sobre los derechos y garantías de los individuos, echando mano en cuanto fuere preciso del consolidado catálogo de los principios erigidos para delimitarlo convenientemente [...].

Por mucho esfuerzo que los legisladores —y sus coyunturales propulsores— hayan desplegado en su raid de criminalización primaria, la plasmación de sus intenciones no siempre ha coincidido con sus designios; y, dado que apelar a la “voluntad del legislador” para ensanchar las redes del control social formal no es

²⁶ Sala II, causa n° 23104/2009, “Villarroel”, rta. 9/9/16 –Reg. n° 699/2016–.

propio de un Estado constitucional de Derecho sino de regímenes autoritarios de cualquier signo, el único material disponible y en condiciones de ser estudiado y –eventualmente– aplicado es el consistente en el texto de cada disposición legal.

En ese orden de ideas, forzoso es concluir que la figura agravada contenida en el precepto individualizado precedentemente colide sin solución a la vista con el mandato de determinación del hecho punible, mandato de certeza o lex certa, derivado del principio de legalidad y vinculado con el principio de responsabilidad por el hecho. Sabido es que, a tenor de tal mandato, el legislador debe confeccionar los preceptos penales describiendo con claridad y precisión la conducta que releva para prohibirla, en el caso de la tipicidad activa, o para ordenarla –prohibiendo cualesquiera otras diferentes a ella– en el caso de la tipicidad omisiva.

Luego, al penar con una escala agravada el robo cometido ‘con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada’ [...], carga en los hombros del sujeto activo del robo una imposibilidad probatoria que, en homenaje al carácter excepcional de la legislación punitiva, debería servir exclusiva y excluyentemente para retrotraer el encuadre de la conducta analizada a la figura básica. El legislador puede penar acciones u omisiones, no vengarse de antemano de la impotencia procedimental de los aplicadores de la ley, endureciendo su reacción frente al individuo imputado.

Si no es posible acreditar un extremo cualquiera del supuesto fáctico previsto, descrito y asociado a una pena, la situación sobre ese particular es de duda acerca de su real concurrencia. No es posible compaginar una situación de imposibilidad absoluta de comprobación de la aptitud para el disparo de un determinado objeto con la afirmación apodíctica de que ese objeto era, en rigor, un arma y –por añadidura– un arma de fuego. La duda, en cualquier caso, favorece al reo, salvo que se haya decidido soslayar el principio de inocencia que deriva de la letra del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Al respecto, apenas advertir la ligereza con que en su hora se trató el tópico en el Senado de la Nación, al pontificarse que la modificación legal propiciada ‘cubre un vacío legal vinculado con el uso de las armas de fuego de idoneidad no acreditada, incorporando al respecto un tercer párrafo a la norma citada, que sigue la moderna interpretación de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que establece que el uso de un arma de fuego idónea se puede probar no solamente con la realidad

fáctica del arma en sí, sino también por elementos de juicio, indicios y derivaciones lógicas de pura sana crítica'. Que en un caso dado se haya podido probar la idoneidad para el disparo de un arma de fuego no secuestrada no autoriza a avanzar agravando genéricamente la escala penal en los casos en que, precisamente, no se haya logrado 'de ningún modo' tal acreditación. Cuestión de lógica, claro [...].

Como fue anticipado, el óbice señalado exime de adentrarse en el terreno del principio de ofensividad o lesividad, en el que si —por mera hipótesis— cupiera ingresar, nos hallaríamos con un plus de pena basado en una mera probabilidad de mayor riesgo para un bien jurídico, alternativa que desconoce groseramente el juego armónico de los principios de legalidad y reserva contenidos en los artículos 18 y 19 de nuestra Ley Fundamental.

No acaban allí las objeciones, aunque las que anteceden sean las de mayor peso. El insólito recurso de agravar la respuesta punitiva a raíz de una declarada incapacidad adquisitivo—probatoria trastorna inesperadamente el ponderado equilibrio político y jurídico representado por las autonomías provinciales, en una Nación que adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal (CN, art. 1º) y que, en consecuencia, reconoce a las Provincias su potestad para organizarse institucionalmente, asegurando su propia administración de justicia (ídem, art. 5) y conservando todo el poder no delegado al Gobierno Nacional (art. 121 íbidem). Al avanzar sobre temas de prueba desde la letra de un cuerpo de leyes sustantivo aparecería forzando a una hipotética uniformidad de criterios, a riesgo de propiciar, en caso contrario, distintas soluciones para casos análogos acontecidos en una u otra jurisdicción provincial'.

De tal modo, entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa oficial, casar la sentencia impugnada y condenar a Nahuel Gonzalo Castro Fernández, Rubén Ignacio Álvarez y Omar Feliciano Gómez como coautores del delito de robo agravado, tanto por su comisión en poblado y en banda como por la condición de miembros de una fuerza policial de todos ellos.

Sin perjuicio de lo expuesto en este apartado, habida cuenta de que, aun excluyendo de la calificación el reproche derivado del empleo de armas, la pena impuesta por el *a quo* se ajusta al mínimo legal establecido por el art. 167 *bis*, en función del 167, inc. 2º, CP, considero

que el monto de la sanción debe ser mantenido sin más, tras una meditada ponderación de las pautas mensuradoras previstas en ambos incisos del art. 41 del ordenamiento penal sustantivo.

La decisión se adopta sin costas en aras al más amplio ejercicio del derecho de defensa.

Así voto.

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1).- Según surge del voto que lidera el acuerdo, la defensa de Castro Fernández y Álvarez planteó los agravios que se enumeran a continuación: **a)** arbitraria valoración de la prueba; **b)** inconstitucionalidad de los arts. 166 inc. 2º y 167 inc. 2º, párrafo tercero, CP; y finalmente **c)** inaplicabilidad de esa última norma –éste, introducido durante el término de oficina–.

Por su parte, la asistencia técnica de Gómez adujo los siguientes: **d)** arbitraria valoración de la prueba; y **e)** errónea aplicación del art. 167 *bis*, CP –a éste adhirió el defensor de Castro Fernández y Álvarez durante la audiencia celebrada en esta instancia–.

2).- En lo que respecta a los cuestionamientos sobre la valoración de la prueba (puntos a y d), se adhiere al voto del juez Morin, por concordar con el análisis y las conclusiones a las que arriba (puntos 5, 6, 7, 8 y 9).

Tal como se dijo en los precedentes **“Taborda”**²⁷, **“Marchetti”**²⁸, **“Castañeda Chávez”**²⁹, **“Guapi”**³⁰, **“Fernández y otros”**³¹ y **“Díaz”**³² (entre muchos otros), la consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y, a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.

²⁷ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

²⁸ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

²⁹ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

³⁰ Sentencia del 24.11.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 947/16.

³¹ Sentencia del 10.11.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 1136/17.

³² Sentencia del 27.2.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Díaz, registro n° 132/18.

En este caso, de acuerdo con la explicación brindada por el colega Morin –que se comparte–, las defensas no han conseguido exponer elementos que permitan afirmar que el razonamiento y las inferencias realizadas por el tribunal *a quo* conduzcan a dudar razonadamente sobre la ocurrencia del hecho del modo en que se consideró acreditado, ni sobre la intervención de Castro Fernández, Álvarez y Gómez en él, como para justificar la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Corresponde, así, confirmar la sentencia en lo que a este aspecto se refiere.

3).- En cuanto a la constitucionalidad de la agravante prevista por el art. 166 inc. 2º, párrafo tercero, CP (punto b), también se comparte el examen y la solución que postula el colega Morin (punto 10, acápite respectivo). Conviene aclarar que, como sostuvo el nombrado en su voto, las críticas que la defensa efectuó sobre la aplicabilidad de esa norma durante en término de oficina residieron, en realidad, en la pretendida inconstitucionalidad de la regla (fs. 2273 vta./2274 vta.).

Como se sostuvo en el precedente **“Cordero”**³³, el Derecho penal, en función de los bienes protegidos y la peligrosidad del instrumento que emplea (fundamentalmente la pena, pero también las consecuencias que implica ya la promoción de un proceso), se encuentra en una relación especial con el lenguaje. A diferencia de otros ámbitos jurídicos, las normas penales deben expresarse de determinada forma; allí cumple una función especial el principio de legalidad dirigido no sólo al legislador sino también al juez. La aplicación de este principio constituye una de las tareas y objetivos de la justicia penal.³⁴ Los valores que lo sustentan hacen que el principio de legalidad “actúe” en dos frentes: por un lado, se dirige al legislador y, por el otro, al intérprete. En el primer caso, el mandato más fuerte es el de certeza, sumado a la prohibición de crear leyes penales con efectos retroactivos; para el segundo, la

³³ Sentencia del 30.10.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 605/15.

³⁴ Cfr. Winfried HASSEMER, *Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht* (¿Derecho correcto mediante el lenguaje correcto? Sobre la prohibición de analogía en Derecho penal, en Günther Grewendorf (comp.), *Rechtskultur als Sprachkultur. Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 74-77.

prohibición de aplicar la analogía³⁵ y la proscripción de la costumbre como fuente para resolver un caso. En virtud de la importancia de lo que está en juego al aplicarse el Derecho penal, se buscaron garantías en ambos lados de la creación del derecho.

En particular, al resolver la causa **“Giménez”**³⁶ se dijo que interpretar los objetos denotados por la regla del último párrafo del art. 166 inc. 2º, CP ha generado múltiples resultados y polémicas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, muchas de ellas sintetizadas en las posiciones asumidas por varios de los jueces que integran esta cámara.

Así, se repasó el criterio del juez Niño; de otros colegas como los jueces Jantus y Magariños (quienes consideran que el “arma de fuego” no equivale ni a la “no apta para el disparo” ni a la de “utilería”; de esta manera, las armas descargadas serían armas de fuego “...*cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada...*”³⁷); y el del juez Morin en el caso **“Graff”**³⁸, ya citado en su voto que lidera este escrutinio.

Finalmente se estableció que, por nuestra parte, consideramos que la reforma introducida por la ley 25.882 intentó saldar las discusiones sobre cómo debían considerarse las armas descargadas y las que no eran aptas para el disparo. Sin embargo, el texto finalmente sancionado, incluido en el último párrafo del inc. 2º del art. 166, CP, resultó particularmente vago, ambiguo e impreciso, por lo cual empeoró la situación a la luz de la multiplicidad de interpretaciones y opiniones diversas que originó. El problema principal es que ninguna de las soluciones propuestas es enteramente satisfactoria: unas, porque implican declarar la inconstitucionalidad de una regla por violación del mandato de certeza, que como ya se expuso con anterioridad en otros trabajos, “...*no es el mejor candidato para resolver la disputa entre interpretaciones*

³⁵ Sobre el contenido de la prohibición de analogía en el Derecho penal, véase Giuliano VASALLI, *Analogía nel diritto penale*, en Digesto delle Discipline Penalistische, t.I, 4ª ed., UTET, Torino, 1992, pp. 158-172.

³⁶ Sentencia del 7.12.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 979/16.

³⁷ Un análisis de distintas sentencias dictadas por los colegas como integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 puede verse en Alexis L. SIMAZ, *¿Robo agravado por el empleo de un arma de fuego inepta?*, en Revista de Derecho penal y Criminología, año VI, n° 9, octubre de 2016, La Ley, ps. 37-44.

³⁸ Sentencia del 23.9.16, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Niño, registro n° 752/16.

concurrentes porque su aplicación estricta y consecuente debería llevar a declarar la inconstitucionalidad de todos o casi todos los enunciados normativos del Código penal...”.³⁹ Otras porque, o bien amplían el significado literal de los términos utilizados por el legislador, incluyendo objetos que no están denotados, o muestran su inconsistencia casi por una reducción al absurdo.

De esta manera, y por aplicación del principio *in dubio pro reo*, consideramos que el ámbito de aplicación de la regla en estudio es limitado: serán aquellos casos donde, por ejemplo, se puede afirmar que se utilizó un arma de fuego y que no pudo ser peritada porque ella no fue secuestrada.⁴⁰

No se nos escapa que esta solución presenta varios y diversos inconvenientes: por un lado, reduce drásticamente el ámbito de aplicación de la regla y puede llevar a soluciones contrarias a nuestras intuiciones. Sin embargo, las otras interpretaciones posibles también presentan puntos débiles que impiden considerarlas como enteramente satisfactorias. La que aquí se sostiene tiene un correctivo en la práctica: el objeto utilizado en el robo que no ingrese en ninguno de los supuestos del art. 166, CP, puede (*y debe*) ser considerado en la medición de la pena.

Ésta es la respuesta más adecuada hasta tanto se emprenda una reforma legislativa que despeje los problemas de interpretación planteados.

Por otro lado, como se sostuvo en el precedente **“Villaruel”**⁴¹ en relación con la aplicación del art. 166 inc. 2º, CP, y se reiteró en **“Fernández y otros”** (ya mencionado) y **“Santos Leguizamón y Coronel”**⁴², el presupuesto de tal regla es que se haya probado qué clase de objeto utilizó el imputado.

³⁹ Cfr. *Los límites del mandato de certeza y la posibilidad de aplicar el principio in dubio pro reo a la interpretación de la ley*, revista jurídica electrónica “elDial.com”, documento elDial DC12FB.

⁴⁰ Así se sostuvo en el precedente **“Vega Santander”**, del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial Norte, sentencia del 8.7.2004, registro n° 14, T. 2004, F. 199/210, con la salvedad de que en la provincia de Tierra del Fuego rige la jurisprudencia obligatoria del Superior Tribunal de Justicia local (art. 37, ley 110).

⁴¹ Sentencia del 9.9.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarabayrouse, registro n° 699/16.

⁴² Sentencia del 7.7.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarabayrouse, registro n° 573/17.

En este caso, como surge de la reseña efectuada por el juez Morin, el tribunal *a quo* estimó comprobada la utilización de armas de fuego en el robo mediante los testimonios de las dos víctimas, quienes aludieron de modo concreto y específico a tales instrumentos y a su modo de manipulación: Ibáñez incluso se refirió a “golpes de corredera” (cfr. fs. 2146 vta.) y Scribano dijo que lo golpearon en la cabeza con el cañón o la culata del arma (cfr. fs. 2147 vta.). A su vez, queda claro que, evidentemente por ser gendarmes y portar armamento, ambos poseían cierto grado de conocimiento al respecto.

Tales circunstancias alejan este supuesto del resuelto en la causa **“Santos Leguizamón y Coronel”** citada, en tanto aquí las cualidades de los dos damnificados permiten tener por válidas sus aseveraciones, que resultan suficientes para adjudicar certeza a aquel extremo y afirmar que, efectivamente y *más allá de toda duda razonable*, el hecho fue cometido mediante el uso de armas de fuego, cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada por no haber sido secuestradas.

Por las razones expuestas, y en coincidencia con los argumentos del primer voto del acuerdo, debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2º, párrafo tercero, CP.

4. En lo atinente a las dos críticas dirigidas contra el art. 167 inc. 2º, CP, cabe tratarlas por separado.

a. Acerca del planteo de inconstitucionalidad de esa norma (punto b), se comparte el análisis y las razones que brinda el juez Morin a la hora de descartarlo (punto 10, apartado respectivo).

Como sostiene el colega, los argumentos que expresa el defensor en su recurso no alcanzan para afirmar la existencia de un menoscabo al principio de legalidad, porque la imprecisión de la regla cuestionada – específicamente, del término “banda”– no presenta un grado tal que impida una adecuada interpretación. Además, como ya se dijo con relación al art. 166 inc. 2º, CP, la aplicación estricta de la violación al mandato de certeza para dirimir el conflicto entre interpretaciones concurrentes conduciría a considerar inconstitucionales todos –o casi todos– los artículos del código sustantivo.

Sobre esa base es que se ha sostenido de modo reiterado, a partir de los autos **“Giancarelli”**⁴³ y en consonancia con la validez del art. 167 inc. 2º, que nuestra legislación no contiene una definición de “banda” que permita encuadrar los casos en los que procede la aplicación de la agravante en cuestión, de manera tal que el art. 210, CP es la única cláusula penal a la que puede recurrirse para encontrar una definición legal del concepto, pero ella implica algo más que el simple acuerdo de tres o más personas para cometer un hecho delictivo.

b. Ahora bien, con respecto a la alegada inaplicabilidad de esa agravante (punto c), y pese al criterio sentado en aquel precedente, se aprecia que en este caso la cuestión fue introducida –como ya se dijo– durante el término de oficina, oportunidad en que el defensor público Maciel, de forma novedosa, se agravió de la errónea interpretación de la regla y, en particular, del concepto normativo de la palabra “banda” (fs. 2274 vta./2277 vta.).

Sin embargo, la calificación legal que en ese momento procesal se cuestionó no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, en la sentencia del tribunal *a quo*, de modo tal que le hubiera impedido a la defensa efectuar un planteo oportuno. Por el contrario, fue propuesta en el requerimiento de elevación a juicio (fs. 1575/1607) y, con posterioridad, fue requerida por el fiscal general en su alegato (fs. 2089 vta. y 2094), sin que ello provocara ninguna consideración desde esa perspectiva en la oportunidad en que intervinieron los defensores. En efecto, nada dijeron sobre el punto concreto al momento de alegar en el juicio (fs. 2100/2101 vta. y 2126/2127 vta.), ni en el recurso de casación interpuesto (fs. 2246 vta./2251), más que el cuestionamiento constitucional ya tratado.

En distintos precedentes se ha señalado de manera constante que en el recurso de casación deben revisarse todos los *agravios que resulten verosímiles* (cfr. las sentencias de los casos **“Castañeda Chávez”** –ya citado– y **“Briones”**⁴⁴). Sin embargo, esto no significa transformar al

⁴³ Sentencia del 1.12.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 709/15.

⁴⁴ Sentencia del 23.10.15, Sala III, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse, registro n° 580/15.

tribunal que examina la condena en una *jurisdicción de consulta*. Es que, como se asentó en la causa **“Prado”**⁴⁵, y se reiteró en **“Martínez”**⁴⁶, **“Maltez y Engler”**⁴⁷, **“Medrano”**⁴⁸, **“Cardozo”**⁴⁹ y **“Garay”**⁵⁰ (entre otras), la competencia de esta cámara es apelada y no originaria, lo que significa que en todos los casos únicamente pueden escrutarse los agravios concretamente planteados, según los términos del art. 463, CPPN.

En este sentido, no puede soslayarse el límite que implica para este tribunal pronunciarse, por primera vez, sobre cuestiones no debatidas en la instancia precedente. Si el objeto del recurso es la sentencia considerada errónea, ello limita a este colegio, en tanto aquí se introduzca una cuestión no sometida a la decisión del anterior tribunal, pues ello implica que éste no pudo analizarla. La parte que intente soslayar este confín debe realizar un esfuerzo de argumentación adicional que muestre la existencia de un error u omisión tal que permita eventualmente superar aquella frontera; esfuerzo que aquí se omitió.

En definitiva, la deficiencia expuesta exime de mayores consideraciones y conduce a la declaración de inadmisibilidad de este agravio.

5).- Por último, en relación con la aplicación de la agravante prevista por el art. 167 *bis*, CP (punto e), y sin perjuicio de la posición que se adopte en cuanto a los específicos requisitos que exige esa figura, lo cierto es que asiste razón al juez Niño cuando destaca que la alegación del recurso no se condice con la argumentación de la sentencia (punto 3), lo que sella la suerte del asunto.

En efecto, el razonamiento de los jueces de mérito para concluir que la conducta se hallaba agravada en aquellos términos no residió en el *“...sólo hecho de pertenecer a la fuerza policial...”* (fs. 2256 vta.), sino todo lo contrario. Los magistrados aclararon que *“...tal calidad por sí sola no basta*

⁴⁵ Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Niño y Morin, registro n° 965/16.

⁴⁶ Sentencia del 2.6.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 428/17.

⁴⁷ Sentencia del 23.8.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 706/17.

⁴⁸ Sentencia del 17.10.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1006/17.

⁴⁹ Sentencia del 27.10.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1070/17.

⁵⁰ Sentencia del 4.12.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 1268/17.

para habilitar la agravante...” y, como resalta el colega Niño, que “...*la correcta exégesis del precepto manda a verificar en cada caso, si el autor se prevaleció o no de su condición... los sujetos si bien actuaron con ropas de civil, lo hicieron como policías, desde que acometieron sobre las víctimas obrando como policías, deteniéndolos y luego se sirvieron de su cargo, utilizando el servicio policial que presto respondió al llamado de intervención y propició la confección de las actuaciones espurias, que permitieron distraer de la verdad real a quien debía juzgar los acontecimientos...*” (fs. 2212).

Frente a tales fundamentos, que lucen adecuados, las expresiones del recurso carecen de todo asidero. Las alegaciones sobre la necesidad de que el autor haya cometido el hecho con motivo o en ocasión de sus funciones de policía, sin que Gómez estuviera en cumplimiento de sus tareas (sino de franco y de civil); y que no utilizó jamás los elementos provistos por la fuerza ni se valió de su condición para facilitar la comisión del suceso o dificultar la investigación porque “...*no fueron ellos quienes realizan esas tareas investigativas, no fue Gómez quien elaboró las actas...*” (fs. 2256 vta./2257); amén de no haber sido debidamente sustentadas, sólo intentan expresar una opinión diversa a la sostenida en el fallo, pero no logran rebatir la explicación de los jueces ni demostrar que ésta haya resultado arbitraria o implicado una errónea interpretación de la ley sustantiva.

No cabe duda de que, más allá de que los condenados no hayan efectuado tareas de pesquisa ni confeccionado actas y de que no se encontraran cumpliendo su función, el reproche no radica allí, sino en haberse *valido* de su condición y cargo y utilizado las herramientas que, merced a ello, tenían a su alcance; aspecto que no ha sido refutado por los impugnantes.

Por ende, dadas las falencias advertidas, este agravio tampoco puede prosperar.

6).- De conformidad con lo dicho, corresponde declarar inadmisibles el agravio relativo a la inaplicabilidad del art. 167 inc. 2º, CP, introducido por el defensor Maciel en el escrito presentado en término de oficina; rechazar el recurso de casación e inconstitucionalidad

interpuesto por la defensa de Castro Fernández y Álvarez; y rechazar también el recurso de casación interpuesto por la defensa de Gómez, ambos en todo cuanto fueron materia de agravio. Sin costas, en tanto se trata del ejercicio del derecho de los imputados a que se revise su sentencia de condena (arts. 456 inc. 1º y 2º, 463, 465, 468, 469, 470 y 471 *contrario sensu*, 474, 475, 530 y 531, CPPN).

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

1).- DECLARAR INADMISIBLE el agravio vinculado con la inaplicabilidad del art. 167 –inc. 2º–, CP, introducido por el defensor oficial, Mariano Maciel, en el escrito presentado en término de oficina.

2).- RECHAZAR el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Nahuel G. Castro Fernández y Rubén I. Álvarez, como así también el recurso de casación que planteó la defensa de Omar F. Gómez, ambos en todo cuanto fueron materia de agravio; sin costas (arts. 456 –inc. 1º y 2º–, 463, 465, 468, 469, 470 y 471 *contrario sensu*, 474, 475, 530 y 531, CPPN).

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

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

DANIEL MORIN

LUIS F. NIÑO

PAULA GORSO
Secretaria de Cámara

