

**Reg. n° 665/2018**

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de junio de 2018, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces Daniel Morin, Horacio Leonardo Días y Eugenio Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa particular del imputado J. D. M. a fs. 590/600, en el marco de la causa CCC 52062/2016/TO1, caratulada **“M. J. D. s/homicidio simple en tentativa”**, de la que **RESULTA:**

**I.-** Que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 25 de esta ciudad resolvió **CONDENAR** a **J. D. M.** a la pena de **CINCO AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISION, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS** por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de: portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, tentativa de homicidio calificado por el empleo de un arma de fuego y amenazas coactivas agravadas por el uso de arma, todos en concurso real entre sí (arts. 12, 29 —inc. 3°—, 41 *bis*, 42, 45, 55, 79, 149 *ter* —inciso 1°—, en función del art. 149 *bis* —último párrafo—, y 189 *bis*, apartado 2°, tercer párrafo, del Código Penal).

Para así decidir, tuvo por acreditado que:

*“J. D. M. intentó dar muerte a su suegro M. C. A., propósito que ya había anunciado en los días previos, en razón de que éste había influido sobre su hija O. Y. A. en la decisión de separarse de su esposo a raíz de un hecho de robo no esclarecido en que se había involucrado al imputado.*

*De tal manera, el día 3 de septiembre de 2016, aproximadamente a las 15:40 horas, J. M. se presentó en el edificio sito en avenida ..... de esta ciudad a efectos de entregar a su hijo de tres años a su esposa O. Y. A., quien residía momentáneamente en el departamento A del piso 4° de ese edificio y estaba separada del imputado desde hacía pocos días. M. le manifestó a la mujer que quería pasar al departamento y ella se negó. Ante la insistencia del encartado, intercedió el personal de seguridad del edificio pidiéndole que se retirara, conociendo que el ingreso del imputado había sido prohibido por el propietario del departamento del cuarto piso, M. A..*

*En esas circunstancias el encausado extrajo una pistola marca BERSA calibre 22 largo rifle con número de serie 200949 de color negra y apuntó al empleado de seguridad J. P. M. ordenándole que se quedara quieto, no hiciera ni dijera nada, indicándole que se tirara al piso, a fin de que no impidiera su ascenso, mientras decía que iba a matar a su suegro.*

*Así, M. subió al ascensor con A. y su hijo, llegando al piso cuarto, donde comenzó a gritar para que abrieran la puerta del departamento de su suegro, mientras O. A. le pedía a su padre, a quien iban dirigidas esas frases, que no lo hiciera.*

*M. C. A., a través de la puerta entreabierta vio que su yerno se encontraba armado, la cerró y corrió hacia el balcón del departamento por donde pretendía escapar, al tiempo que escuchó el ruido de dos disparos efectuado por el imputado frente a su esposa e hijo, los que impactaron en la puerta de la vivienda.*

*Luego, M. se dirigió hacia a las escaleras donde se sentó con el arma en la mano apuntándose a la sien derecha, mientras arribaba el personal policial que tras unos minutos de diálogo logró su reducción y el secuestro de la pistola aludida, que poseía cuatro cartuchos a bala con su correspondiente cargador y un cartucho a bala en la recámara; de veinticuatro cartuchos a bala calibre 22 largo rifle, que se hallaban diseminados en la escalera; diecisiete cartuchos a balas de similares características sobre un cesto de residuos ubicado sobre la entrada del departamento dentro de una bolsa de cartón con la inscripción INTERNATIONAL DRUGSTORE y dos vainas servidas del mismo calibre sobre la entrada del departamento "A" del cuarto piso”.*

**II.-** Contra esa resolución, la defensa particular del imputado interpuso recurso de casación (fs. 590/600), que fue concedido (fs. 601/4) y oportunamente mantenido ante esta instancia (fs. 609).

**III.-** La Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal le otorgó al recurso presentado por la defensa el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación, tras lo cual esta Sala II resultó sorteada para intervenir.

**IV.-** Se procedió entonces a celebrar la audiencia prevista por los arts. 465 y 468, CPPN; a la que compareció el imputado junto a los letrados Kirszenbaum y Bronfman. En aquélla, los defensores de M.

mantuvieron el recurso oportunamente deducido, argumentaron su posición y respondieron preguntas del tribunal.

Así también, contestó preguntas el imputado a tenor del art. 41 del Código Penal.

V. Sobre los aspectos reseñados se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

**CONSIDERANDO:**

**El juez Morin dijo:**

1.- La defensa fundó sus agravios en ambos incisos del art. 456, CPPN, y distinguió, puntualmente, los siguientes motivos:

**1.1.- Errónea aplicación de la ley sustantiva, derivada de la incorrecta valoración de la prueba** (art. 456, inc. 1º, CPPN).

En este punto, alegó el defensor de M. que tanto la fiscal como uno de los integrantes del tribunal de juicio —así, el juez Goerner— explicitaron la imposibilidad de tener por acreditado el dolo de su asistido, en un grado que permitiera pronunciar una condena por el delito de homicidio tentado.

A su entender, de un adecuado examen de los elementos de prueba se advierte que lo expresado en el debate por la víctima —M. C. A.—, como por su hija —ex esposa del inculcado—, indican que ninguno de ellos creyó que M. tuviera una intención homicida.

En la misma dirección, el defensor subrayó que de la sentencia atacada no surge nítido el momento en el cual el imputado habría efectuado los disparos, esto es, si ello tuvo lugar en el instante en el que tuvo en su campo visual a A., o bien si ello lo hizo cuando éste había ya cerrado la puerta y recorrido algunos metros hacia el balcón. Esta última tesitura, sostenida por la parte, eliminaría a su entender la intención homicida que se le atribuye al acusado. Resultaría conteste, además, con lo declarado por M. al ser indagado en el sentido de que no quiso matar a su suegro.

Destacó el letrado, al respecto, que el decisorio atacado da cuenta de ello al precisar que: *“M. C. A., a través de la puerta entreabierta vio que su yerno se encontraba armado, la cerró y corrió hacia el balcón del departamento por donde pretendía escapar, al tiempo que escuchó el ruido de dos disparos efectuados*

*por el imputado frente a su esposa e hijo, los que impactaron en la puerta de la vivienda”.*

Tampoco se condice con una intención homicida —siempre a criterio de la recurrente— lo asentando en la sentencia en el sentido de que: “[U]uego, M. se dirigió hacia a las escaleras donde se sentó con el arma en la mano apuntándose a la sien derecha, mientras arribaba el personal policial que tras unos minutos de diálogo logró su reducción y el secuestro de la pistola aludida”, puesto que si la intención del imputado hubiera sido, en efecto, la de matar a su suegro, podría haber actuado hasta las últimas consecuencias, conducta que no llevó a cabo, de modo que —esgrimió el defensor— puede hablarse de una persona emocionalmente desequilibrada y que “*está realizando un “acting” peligroso, peligrosísimo, sin duda, pero que no obstante está buscando reconocimiento para con su propio sufrimiento, y no la muerte de otra persona*”.

El abogado prosiguió señalando otros tramos de la sentencia que darían cuenta de la falta de certeza acerca de la real intención de M., así, lo relatado por la propia víctima, que el tribunal reprodujo: “*Explicó que nunca le entró en la cabeza que quisiera hacerle daño por todo lo que brindaron...*”, “*Que ese día su hija le preguntó qué hacía y que en el momento de abrir la puerta le pudo haber disparado. Dijo que creía que no tuvo intención de matarlo porque no puede pensar que la tuviera. Que no supo qué pasó después. Que su hija le contó que se fueron a la escalera...*” y que “*nunca le había creído a su yerno porque en un momento de nervios se puede decir algo así*”.

Luego reparó en los dichos de O. Y. A., quien declaró que su ex marido: “*...efectuó un disparo arriba, indicó que la puerta es de madera y que no disparó a la puerta. Que empezó a golpear la puerta y decía que quería que vieran “como me mato”. Que después vio el disparo en la madera. Que M. se puso el arma en la sien y dijo que no quería que lo viera el hijo...*”.

Añadió que, interrogada acerca de si M. fue a matar a su padre, contestó “*no sé*”, y más adelante apuntó que “*se dio cuenta en el momento del disparo que el arma era de verdad. Que pateaba sobre la puerta y en ese momento se escuchó otro disparo. Que cree que en ningún momento apuntó*”.

Con relación a la prueba reseñada, adujo el representante del encartado que se trata de las personas que mejor conocen a su asistido y

manifestaron que nunca creyeron que aquél pudiera haber tenido la intención de matar. En ese estado de cosas —destacó—, el tribunal, por mayoría, resolvió de todos modos construir un dolo homicida con sustento en meras inferencias y sin atender al principio *in dubio pro reo*.

Concluyó, entonces, que la culpabilidad de M. no fue demostrada con el nivel de certeza requerido para una condena —sino con un grado de “probabilidad”, que deja abiertas hipótesis alternativas acerca del modo en que ocurrieron los sucesos— y, en esas condiciones, debió haberse impuesto el beneficio de la duda, como derivación del principio constitucional de inocencia (arts. 8.2, CADH; 14.2, PIDCyP, art. 75, inc. 22, CN), y descartarse la figura del homicidio en grado de tentativa.

**1.2.- Inobservancia de las normas procesales, derivada: a) de la condena por un hecho no incluido en el auto de procesamiento ni en los requerimientos de elevación a juicio; y b) de una condena más gravosa que la peticionada por la fiscal, tanto por su calificación jurídica como por la pena impuesta.**

La parte desarrolló ambos agravios de manera conjunta, al entender que obedecen a un mismo error de procedimiento por parte del *a quo*, a saber, un exceso en la jurisdicción.

En primer lugar, el abogado Kirszenbaum recordó que, si bien el imputado llegó a juicio acusado por el delito de homicidio en grado de tentativa, luego del debate, la fiscal descartó esa imputación “*por no encontrar fundamento suficiente para sostenerla*”, y atribuyó entonces a M. el delito de abuso de armas.

Criticó seguidamente que, no obstante ello, el tribunal habría sobrepasado su jurisdicción condenando de todos modos a su ahijado procesal por el delito de tentativa de homicidio, cuando —desde la óptica de la defensa— la titular de la acción pública habría limitado inexorablemente la capacidad del tribunal de dictar una condena por este último delito.

Así, alegó que “*la sentencia condenatoria resultaría violatoria del principio de congruencia, y de la necesaria división entre las funciones jurisdiccionales y requerientes*”, puesto que la defensa no habría podido conocer con

antelación cuál sería el modo en el cual se podría tener por acreditado el hecho por el cual se dictó condena, toda vez que, aun cuando integró la plataforma fáctica imputada durante la instrucción, luego fue abandonado en la acusación fiscal.

Lo mismo cabe decir, a su entender, con relación a la pena impuesta, siendo que al exceder la peticionada por el Ministerio Público Fiscal, no habría dado a la recurrente oportunidad previa de defenderse y argumentar en contra de aquélla.

Citó en apoyo de su postura el precedente de la CSJN “*Amodio*” (Fallos 330:2658, voto de los Ministros Zaffaroni y Lorenzetti) en el marco del cual el máximo tribunal afirmó que, de conformidad con el art. 18 de la Constitución Nacional, constituyen formas sustanciales del juicio la acusación, la defensa, la prueba y la sentencia.

Con sustento en éste —agregó— la Cámara Federal de Casación Penal se pronunció en el caso “*Saavedra*” (CNCP, Sala II, causa n° 12.945, rta. 9/02/12), ocasión en la cual el juez Slokar —por la mayoría— señaló que “*los magistrados del alto tribunal consignaron que la función jurisdiccional se encuentra atravesada por el principio del contradictorio, lo que impide —en el caso— la aplicación de una pena mayor que la solicitada por el físcal en el juicio. Se destacó también que desde la perspectiva del derecho de defensa, el ejercicio de la judicatura en esos términos garantiza un equilibrio dentro del proceso que, por otra parte, requiere un correlato entre la acusación y el fallo: “(...) pues el derecho a ser oído reclama del órgano jurisdiccional un pronunciamiento que debe expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas o delimitadas en la acusación, fijando entonces aquella regla el ámbito máximo de la decisión del fallo penal”.*

“*De esta forma también determinaron que el derecho de defensa impone al juez juzgar de acuerdo al alcance que fija la acusación y cualquier intento por superar esa pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita. Por otro lado, ello implica la agravación de la situación del imputado sin que mediere un pedido expreso de quien se encuentra autorizado para hacerlo, en contra de la prohibición de la reformatio in peius*”.

En el mismo precedente se sostuvo —continuó la parte—, que: “*el acto de acusación no solo debe contemplar la descripción de la base fáctica que delimita el objeto de juicio, su calificación legal y la formulación de la pretensión*

*punitiva también están abarcados por él, sino que debe incluir —ineludiblemente— una propuesta fundada sobre la determinación de la pena, de manera tal que la defensa del imputado conozca las circunstancias consideradas relevantes para fijarla y pueda rebatir aquellos fundamentos e invocar las circunstancias que, según su opinión, deban conducir a imponer una pena más leve. Es decir, ese acto debe contemplar estos tres aspectos —base fáctica, calificación y pena— porque solo así se garantiza al imputado la posibilidad de desplegar una defensa en forma (...) Los principios del contradictorio, ne procedat index ex officio y la prohibición de actuación extra petita poseen, entonces, raigambre constitucional (...) estos principios implican la imposibilidad del juzgador de exceder el marco que imprime la acusación al delimitar el objeto del proceso. Así, el tribunal encuentra un límite en las pretensiones del acusador que surge de sus respectivos roles de acuerdo a la manda constitucional (arts. 116 y 120 CN). En el mismo sentido operan los artículos 8.5 CADH y 14.1 PIDCYP, donde se encuentra reconocido el derecho de defensa y, más aún, el sentido mismo del debate, que impone la necesidad del contradictorio y el correlato entre acusación y sentencia (...) resulta indudable que el juez no puede fallar en exceso de la pretensión del fiscal porque de esa forma se vulnera el ne est index ultra petita”.*

Arguyó, en consecuencia, que la sentencia del tribunal oral se encuentra limitada por el ámbito definido en la acusación fiscal; de lo contrario, se vulnera el debido proceso y la defensa en juicio.

En el caso, la asistencia técnica de M. estimó que, una vez que la fiscalía descartó la posibilidad de acusar por tentativa de homicidio —escogiendo otra calificación legal—, la defensa se encaminó a ésta última figura y no a la primera.

El tribunal, así, habría condenado por dos delitos de los cuales su asistido no pudo defenderse: la tentativa de homicidio y la amenaza coactiva, y, ello así, porque no fue acusado por aquéllos.

Trajo a colación, en este sentido, el fallo dictado por la Sala I de esta Cámara en el caso “*Areco*” (Reg. n° 63/2017), en el marco del cual el colega García —a cuyo voto adhirieron los jueces Garrigós y Días— expresó:

*“[S]e observa que el a quo ha exorbitado sus funciones, al dar por probado un hecho más grave que el que el acusador público había tenido por acreditado en su alegato. La separación de las funciones de acusar y de juzgar, que se desprende del*

*principio acusatorio, impide que un tribunal se arrogue las facultades del fiscal y acuse y simultáneamente condene por un hecho distinto al que el Ministerio Público consideró adecuado.*

*El alegato del fiscal, que aparece fundado en apreciaciones de hecho y en valoraciones de la prueba producida en el juicio, no ha sido censurado de ningún modo por el Tribunal Oral, ni tachado de desprovisto de los fundamentos mínimos necesarios que exige el art. 69 CPPN, ni calificado de irracional ni de contrario a la lógica. De modo que la pretensión de la fiscalía sobre la base de una reconstrucción fáctica fundada en apreciaciones de hecho y prueba, cuya validez o nulidad no ha sido siquiera abordada por el a quo, imponía un límite a la jurisdicción, en la medida en que aquella fijó la base fáctica sobre la que el tribunal de juicio estaba llamado a pronunciarse. De modo que éste no podía pronunciarse sobre circunstancias no contenidas en esa pretensión del acusador, pues de lo contrario afectaba el principio de congruencia. Adicionalmente, el exceso de jurisdicción privaba a la defensa de la posibilidad útil de refutarla.*

*He sostenido antes de ahora, en mi intervención como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, en “José, Raúl Omar s/recurso de casación” (Sala II, causa n° 12.950, rta. 15/9/11, reg. n° 19.355) que “[...] las conclusiones de hecho del tribunal encuentran su límite en las alegaciones de hecho de la acusación, de modo que la jurisdicción no está habilitada para suplir o complementar la acusación con elementos o circunstancias de hecho objetivas o subjetivas no contenidas en ésta. Ello es así porque es la fiscalía la que tiene el poder de definición del objeto procesal. Los jueces pueden en todo caso declarar que ciertos aspectos de hecho de ese objeto no han sido constatados, o no lo han sido fuera de toda duda razonable, pero no tienen autoridad para incluir de oficio otros aspectos de hecho no incluidos en ese objeto”.*

*Evoqué asimismo en ese pronunciamiento las consideraciones de los votos disidentes de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el caso de Fallos: 330:5020 (“Ciuffo, Javier Daniel”), en cuanto han afirmado que “el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 329:4634)”.*

Con sustento en tales consideraciones, solicitó:

*“se case la sentencia dictada y se dicte una nueva, conforme los lineamientos aquí formulados, y teniendo en especial consideración la acusación formulada por la señora fiscal en su alegato”, o bien “en su defecto, se anule la sentencia cuestionada y se reenvíe para el dictado de un nuevo fallo por la violación de las normas procesales aludidas”.*

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

**1.3.-** Es dable destacar, en este punto, que en el marco de la audiencia prevista por los arts. 465 y 468, CPPN, y a preguntas del suscripto y del colega Días, la defensa esbozó su pretensión en términos diversos y, en tal sentido, postuló la nulidad del pronunciamiento recurrido y, subsidiariamente, que se case y se dicte uno que atienda a la pretensión fiscal.

**2.-** Sin perjuicio del orden en el que fueron introducidos los agravios, toda vez que la validez del decisorio en punto al debido respeto del principio de congruencia —y, con éste, del debido proceso y el recto ejercicio de la defensa— determinará la suerte de las restantes alegaciones, corresponde abocarse, en primer lugar, al análisis de aquél.

El cuestionamiento traído a estudio de esta Cámara admite ser desdoblado en tres impugnaciones conexas, pero independientes: a) incongruencia entre la acusación formulada por el MPF en ocasión de alegar —en cuanto subsumió los hechos que tuvo por probados en el delito de abuso de armas—, y la condena de M. como autor del delito de tentativa de homicidio; b) condena por el delito de amenaza coactiva, imputación por la cual M. no habría sido intimado; c) exceso en la pena impuesta respecto de la peticionada por la acusación pública.

A los efectos de dar respuesta a la parte, resulta preciso efectuar un repaso de las constancias de autos, en cuanto resultan conducentes.

**2.1.-** Así, es dable recordar, en primer lugar, los términos en los que la Fiscal de instrucción requirió la elevación a juicio, tanto en lo que respecta a la descripción fáctica de los sucesos como al encuadre legal:

*“El 3 de septiembre de 2016, aproximadamente a las 15:40 horas, M. se presentó en el edificio sito en avenida ..... de esta ciudad a efectos de entregar a su hijo de tres años a su esposa O. Y. A., quien residía momentáneamente en el departamento A del piso 4° de ese edificio y estaba separada del imputado desde*

hacia pocos días. Le manifestó a A. que quería pasar al departamento y ella se negó. Ante la insistencia del encartado, intercedió el personal de seguridad del edificio pidiéndole que se retire. El encausado extrajo en ese momento una pistola marca BERSA calibre 22 largo rifle con número de serie 200949 de color negra y apuntó al empleado J. P. M. indicándole que se quedase en el piso. M. y A. subieron junto con su hijo por el ascensor hasta el piso cuarto y al llegar comenzó a gritar que abrieran la puerta, diciendo "salí cobarde porque la mato" "abrí porque la mato" mientras A. le refería a su padre M. C. A., a quien iban dirigidas esas frases y se encontraba en el interior del departamento, que no abriera. Entonces M. efectuó un disparo que impactó en la puerta y luego otro muy próximo a la cara de la damnificada, todo esto en presencia del niño que gritaba que no matase a su madre. Ante esto, O. A. le dijo a su esposo que se tranquilizara y que se fugasen juntos, con el objeto de sacarlo del lugar, saliendo a las escaleras donde advirtieron la presencia de personal policial. Ante ello el imputado se sentó con el arma en la mano apuntándose a la sien derecha. Al cabo de unos minutos de diálogo, M. bajó el arma y fue reducido. En el lugar se secuestró la pistola aludida, que poseía cuatro cartuchos a bala con su correspondiente cargador y un cartucho a bala en la recámara; sobre la escalera del piso cuarto se secuestraron veinticuatro (24) cartuchos a bala calibre 22 largo rifle, que se hallaban diseminados en la escalera; sobre un cesto de residuos ubicado sobre la entrada del departamento se halló una bolsa de cartón con la inscripción INTERNATIONAL DRUGSTORE que contenía otros diecisiete (17) cartuchos a bala de similares características y sobre la entrada del departamento "A" se secuestraron dos vainas servidas del mismo calibre".

En consecuencia —continuó la fiscal—, “se le imputa haber intentado dar muerte en las circunstancias de tiempo y lugar antes mencionadas a M. C. A., decisión aparentemente motivada en que éste había interferido para que su hija O. Y. A. se separara del imputado, por lo que le habría anunciado "voy a matar a tu padre porque nos quiere separar". Asimismo, se le reprocha haber tenido en su poder en ocasión del hecho anteriormente descrito, la pistola semiautomática marca BERSA calibre 22 largo rifle con número de serie 200949, cargada con al menos siete cartuchos a bala y en condiciones de uso inmediato, con la que se desplazó por la vía pública antes de ingresar al edificio de avenida . . . . ., cuya aptitud para el disparo y normal funcionamiento fue acreditada pericialmente -además de que fue disparada en el suceso mencionado-; y que el arma no se hallaba registrada y el imputado no

*contaba con autorización para su portación, ya que no se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en el organismo autorizante...”.*

La conducta fue calificada como portación ilegítima de arma de fuego de uso civil en concurso real con tentativa de homicidio calificado por el empleo de un arma de fuego (arts. 41 *bis*, 42, 45, 55, 79 y 189 *bis* apartado 2º, tercer párrafo del Código Penal), en calidad de autor (cfr. fs. 347/353).

**2.2.-** En la ocasión prevista por el art. 393, CPPN, la fiscal P., representante del Ministerio Público Fiscal ante el tribunal oral, describió la plataforma fáctica de un modo análogo a su colega de la anterior instancia, aunque discrepó en la calificación legal, puesto que —a su entender— subyacía la duda en orden a la voluntad homicida, *“por eso voy a descartar la figura de tentativa de homicidio y he de acusarlo por el delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización (...) esta conducta ha de ser adjudicada en concurso real con el delito de abuso de armas reiterado en dos oportunidades, una cuando extrajo y apuntó el arma contra Mendieta y la segunda cuando disparó, en carácter de autor”*. Citó, puntualmente, los artículos 189 *bis* y 104, última parte, del Código Penal.

Al momento de finalizar su alegato, advirtió que a juicio de la acusación no se verificaba una violación al principio de congruencia, toda vez que el inculpado llegó a juicio intimado por homicidio en grado de tentativa, *“y aquí se cambia la calificación porque el hecho se ha mantenido estático e incólume por lo cual entiendo que la defensa puede articular toda la defensa que corresponde y que esto no habilita la aplicación del art. 381 que es una ampliación o un cambio en la acusación, toda vez que siempre el hecho ha sido el mismo, descartándose la calificación más gravosa”* (cfr. acta de audiencia adunada a fs. 516/24).

La pena solicitada por el MPF, conforme a la calificación que le asignó a los hechos, fue la de tres años de prisión en suspenso y una multa de pesos cinco mil (\$5000.-).

**2.3.-** Acto seguido, se le concedió la palabra al abogado Kirszenbaum en ejercicio de la defensa, quien, en lo que aquí interesa, expresó: *“el señor M. A. en los primeros momentos de su declaración dijo que la puerta estaba abierta, después cuando vino aquí reiteró ese concepto, es decir dijo en*

*algún momento declarando anteriormente en instrucción que lo apuntó con el arma y no le disparó, tuvo oportunidad de cometer ese disvalor y M. no lo ejercitó, porque no era su voluntad ejercitarlo. En ningún momento tuvo voluntad de subsumirse al tipo del art. 79 del Código Penal (...) yo coincido con la señora representante del Ministerio Público en cuanto al relato de los hechos y a la calificación, no coincido en cuanto haya habido probablemente dos disparos hacia la cerradura, creo que hubo un disparo al techo y otro a la cerradura producto de circunstancias que M., que no tengo por qué no creerle, dijo que se le disparó y ese disparo fue hacia la cerradura (...) es un hombre que quería llamar la atención y no subsumirse en el tipo objetivo y subjetivo de ninguna otra figura que tenga que ver con el homicidio”.*

Agregó a continuación que, empero, “no puedo negar que M. se ha subsumido en los tipos de portación de arma ilegítima de uso civil y probablemente en el de la figura del artículo 104, última parte, también del Código Penal. Lo que no coincido con la señora fiscal es que el abuso haya sido en dos oportunidades, yo creo que la actitud respecto del vigilador Mendieta, fue simplemente una exhibición a los efectos de que se lo dejara subir pero no hubo una amenaza que tuviese la entidad que implicaba la característica del abuso y además entiendo que el vigilador M. lo vio tranquilo, un poco más tranquilo como para dejarlo subir. Coincido con la señora fiscal en cuanto a que hubo un concurso real entre la figura de la portación ilegal de arma de uso civil y el abuso de armas”.

Manifestó, finalmente, su desacuerdo con la pena peticionada por la acusación pública.

**2.4.-** En el estado de cosas reseñado, el *a quo* —por mayoría— condenó a J. D. M. a la pena de cinco años y cuatro meses de prisión, como autor de los delitos de: portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, tentativa de homicidio calificado por el empleo de un arma de fuego y amenazas coactivas agravadas por el uso de arma, todos en concurso real entre sí (arts. 12, 29 —inc. 3º—, 41 bis, 42, 45, 55, 79, 149 *ter* —inciso 1º—, en función del art. 149 *bis* —último párrafo—, y 189 *bis*, apartado 2º, tercer párrafo, del Código Penal).

**3.-** Una primera aproximación al cuestionamiento planteado por la defensa de M., exige recordar que, en el conocido precedente “*Mostaccio*” (C. M:528.XXXV, rto. 17/02/04) la CSJN retomó la doctrina de “*Cáceres*” (C. 397.XXVIII, rto. 25/09/97), ocasión en la cual reiteró que

la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, y que la acusación, puntualmente, es un acto complejo integrado por el requerimiento de elevación a juicio y el alegato; de lo cual resulta que un apartamiento de la base fáctica allí plasmada redundaría en una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso.

La acusación —resulta significativo aclarar—, se cristaliza definitivamente en el segundo momento procesal, esto es, en la ocasión prevista por el art. 393, CPPN, y es en función del reproche allí consolidado que el acusado conoce los términos de la imputación y ejercerá su defensa.

A los efectos de dar respuesta al agravio introducido por la recurrente, entonces, resulta menester analizar el principio de congruencia a la luz de la identidad fáctica entre la acusación así entendida y la sentencia.

4.- Pues bien, lo esbozado permite adentrarnos en el primer planteo, relativo a la posible afectación de esa regla de garantía en punto al ilícito que tuvo por damnificado a A..

Con relación a las implicancias del principio tuve ocasión de pronunciarme recientemente en el caso “*De Rosa*” del registro de esta Sala (Reg. n° 691/2017), que la defensa trajo a colación en la audiencia prevista por los arts. 465 y 468, CPPN.

Allí expliqué que aquél exige que, entre la acusación y la sentencia, exista identidad en el hecho que se juzga, es decir, que el sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales despliegan su necesaria actividad acusatoria o defensiva se haya mantenido incólume desde el requerimiento de elevación a juicio y hasta el pronunciamiento final del tribunal.

La congruencia no se ve *prima facie* conmovida por una modificación en la calificación legal que no altere la imputación fáctica, ni por la ausencia de concordancia con los actos procesales previos a la acusación.

A la sazón, la congruencia se asienta en los hechos delimitados en la acusación, que —insisto— deberán mantenerse incommovibles hasta el veredicto del tribunal para no desbaratar la estrategia defensiva del acusado en violación al art. 18 de la Constitución Nacional.

Existe una única excepción a esta regla que se encuentra prevista en el art. 381 del código de procedimiento, en cuanto contempla de manera expresa la posibilidad de que se amplíe la acusación ante el eventual surgimiento de nuevos hechos susceptibles de agravar la calificación durante el transcurso del debate; en ese caso, lo que la norma prevé es que el presidente de la audiencia le informe al imputado ese nuevo hecho o circunstancias que se le atribuyen y que su defensor tenga el derecho de pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Lo que se tutela, en todo caso, es que el imputado tenga la posibilidad de defenderse adecuadamente de la ampliación de la base fáctica y del cambio de calificación que aquélla pueda implicar.

Puesto que en definitiva a ello se reduce el principio de congruencia, esto es, a garantizar que el imputado pueda oponerse debidamente al reproche y formular sus descargos, la calificación legal no es en principio susceptible de afectarlo si los hechos se han mantenido sin alteraciones.

Sin embargo, la variación del encuadre jurídico entre la acusación y la sentencia, sí tiene virtualidad para vulnerar la congruencia cuando se trata una modificación en la subsunción legal de tal entidad que, al variar la norma, se altera asimismo el sustrato fáctico de la imputación.

Esta es, precisamente, la situación que se verifica en autos, puesto que desde el momento en que la fiscal estimó que en el caso no se encontraba probado el dolo —como sustrato fáctico—, el *a quo*, al resolver como lo hizo, alteró la base de los hechos tenidos por acreditados o, en otras palabras, sustentó su pronunciamiento en circunstancias fácticas no verificadas.

Huelga aclarar que, por aplicación del principio *iura novit curia*, la jurisdicción, en principio, está habilitada para subsumir los hechos bajo una calificación jurídica distinta a la propuesta en la acusación, lo que no

puede es alterar la plataforma fáctica discutida y probada en el debate ni efectuar una modificación sorpresiva para la defensa, que le impida formular el descargo pertinente.

El Código Procesal Penal de la Nación recepta de manera expresa la regla *iura novit curia* en el artículo 401 cuando establece que: “*En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves*”. Ésta, por consiguiente, es la regla indiscutible<sup>1</sup> que rige desde siempre la cuestión y, por tanto, no hay nada de lo que las defensas puedan agravarse cuando el tribunal califica los mismos hechos de diferente modo que el fiscal. La *conditio sine qua non* es, precisamente, que aquel cambio no haya sido sorpresivo y tenga por ello entidad para desbaratar la estrategia defensiva del acusado (cfr. fallos 319:2959; 329:4634; 330:4945).

De allí se deriva, *contrario sensu*, que sí tiene virtualidad para generar agravio constitucional una subsunción inesperada —como la que se verifica en el caso— que impida a la defensa la contra-argumentación (cfr. CSJN en “*Ciuffo*” -Fallos: 330:5020-).

En ese sentido se ha expedido también la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso “*Fermín Ramírez vs. Guatemala*”, oportunidad en la cual afirmó que “[a]l determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y

---

<sup>1</sup> A modo de ejemplo, puede mencionarse la síntesis que efectúa el Procurador General de la doctrina pacífica de la Corte Suprema en el sentido aquí indicado, al dictaminar en “*Sircovich*”, Fallos CSJN 329:4634.

*sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación’<sup>2</sup>.*

Adviértase, entonces, que en estos actuados la defensa no tuvo ocasión, en la oportunidad contemplada por el art. 393, CPPN, de conocer con suficiencia el hecho por el cual se dictó condena en orden al delito de tentativa de homicidio, puesto que uno de sus elementos constitutivos —a saber, el elemento subjetivo—, a criterio de la acusación pública no se encontraba verificado.

Aquél, aunque integró la plataforma fáctica imputada durante la instrucción, fue finalmente abandonado por el MPF al formular su alegato; por ello resultó ciertamente sorpresiva para la parte la condena alcanzada en este punto, respecto del cual la recurrente no logró ejercer plenamente su defensa.

La falta de certeza con relación al dolo, advertida por la fiscal, no sólo afectó la calificación legal sino que, igualmente, generó un cambio sustancial en la plataforma fáctica, puesto que —como se ha indicado— se trata de la ausencia de uno de los elementos esenciales del tipo penal: desde el momento en que la intimación se dirigió en los términos del art. 104, CP, cedió la acusación primigenia, y ya no fue de “la voluntad homicida” que el encausado se defendió, sino de un delito de otra naturaleza, que no se integra con una vocación de dar muerte que debiera resistir.

Tal es así, que se advierte que en la oportunidad prevista por el art. 393, CPPN, con relación a la calificación de homicidio tentado, la defensa atinó únicamente a señalar que su asistido lejos había estado de tener una intención susceptible de ser subsumida en los términos del art. 79, CP, sin invocar ninguno de los argumentos que para rebatir esa acusación impetró, por vez primera, ante en esta instancia.

El Dr. Kirszenbaum, al manifestar su acuerdo —en términos generales— con la descripción fáctica y el reproche formulado por la acusación pública, clausuró todo debate ulterior con relación al posible encuadre de los acontecimientos en una figura diversa de la peticionada,

---

<sup>2</sup> Corte IDH, caso “*Fermín Ramírez contra Guatemala*”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, n° 126, considerando 67.

puesto que allí dio por válida la intimación y ninguna consideración adicional realizó en punto a la calificación primigenia de los sucesos como homicidio en grado de tentativa.

El juez Goerner, en esa inteligencia, votó en disidencia observando que *“si bien los jueces pueden calificar una conducta de forma más gravosa al dictar sentencia, como lo faculta el artículo 401 del C.P., esta posibilidad, según el caso, puede resultar sorpresiva para la defensa. Existen supuestos excepcionales en los cuales un cambio de calificación puede lesionar la defensa del imputado, por ello deberá analizarse cada caso en concreto. Como criterio orientador, explica Jauchen que “siempre que la calificación legal difiera de la que postuló el fiscal en el acto acusatorio, violara el derecho de defensa, cuando el tipo penal escogido, aun cuando a él se adecue el mismo hecho contenido en la acusación, contenga elementos descriptivos y normativos que le otorguen al hecho un alcance diferente agravando la situación del acusado, de manera tal que de haber conocido tales elementos tempestivamente habría podido refutar su aplicabilidad al caso” (Jauchen, Eduardo, M., El Juicio oral en el proceso penal, Rubinçal- Culzoni, año 2008, pág. 296)”*.

Así, resulta que, tal como ha sido definida la acusación por la CSJN, en el caso bajo estudio se verifica una afectación del debido proceso, en la medida en que el tribunal oral dictó una sentencia condenatoria apartándose de los términos de la intimación respecto de la cual el imputado tuvo ocasión de defenderse.

Se transgredió, de tal modo, el principio de congruencia, toda vez que no existió identidad entre la acusación y el pronunciamiento en cuanto al reproche por homicidio tentado y, como consecuencia, corresponde declarar la nulidad del decisorio atacado en cuanto vulneró el derecho constitucional de defensa (cfr. art. 18, CN).

**5.-** Si bien esta determinación torna abstracto el tratamiento de los restantes agravios introducidos, es dable formular una serie de consideraciones al respecto.

En tal sentido, incumbe advertir que el modo en el que se plasmó la acusación que se formuló al imputado con relación a los hechos que damnificaron al vigilador del edificio resultó, cuando menos, desconcertante para la recurrente y, consecuentemente, susceptible de afectar la defensa.

Ello es así, toda vez que el episodio fue narrado por la fiscal de instrucción en la ocasión prevista por el art. 346, CPPN, sin perjuicio de lo cual, fue excluido al momento de delimitar con precisión los hechos materia de intimación que, como se ha indicado, esbozó en los siguientes términos: ***“se le imputa haber intentado dar muerte en las circunstancias de tiempo y lugar antes mencionadas a M. C. A., decisión aparentemente motivada en que éste había interferido para que su hija O. Y. A. se separara del imputado, por lo que le habría anunciado "voy a matar a tu padre porque nos quiere separar". Asimismo, se le reprocha haber tenido en su poder en ocasión del hecho anteriormente descrito, la pistola semiautomática marca BERSA calibre 22 largo rifle con número de serie 200949, cargada con al menos siete cartuchos a bala y en condiciones de uso inmediato, con la que se desplazó por la vía pública antes de ingresar al edificio de avenida ....., cuya aptitud para el disparo y normal funcionamiento fue acreditada pericialmente -además de que fue disparada en el suceso mencionado-; y que el arma no se hallaba registrada y el imputado no contaba con autorización para su portación, ya que no se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego en el organismo autorizante”***—el resaltado no corresponde al original—.

Esta confusión se acrecentó cuando, en ocasión de efectuar la calificación legal, el suceso tampoco fue considerado. Así, el reproche se formuló en orden a la “portación ilegítima de arma de fuego de uso civil en concurso real con tentativa de homicidio calificado por el empleo de un arma de fuego (arts. 41 *bis*, 42, 45, 55, 79 y 189 *bis* apartado 2º, tercer párrafo del Código Penal), en calidad de autor” (cfr. fs. 347/353).

De tal modo, aun cuando la descripción fáctica rigurosa y completa efectuada en el requerimiento de elevación a juicio hubiera resultado suficiente para permitir a la fiscal al momento de alegar atribuirle a M. este hecho —y al tribunal emitir una eventual condena por aquél—, sin afectar la defensa del imputado, la situación que se planteó en el caso revela que la condena en los términos del art. 149 *ter*, inciso 1º, en función del art. 149 *bis*, último párrafo, del Código Penal —amenazas coactivas—, ciertamente pudo sorprender a la parte, y esto también fue advertido por el juez Goerner, al expresarse en disidencia.

Por el resto, se observa que la discordancia en la pena peticionada por la fiscal y aquella impuesta por el *a quo*, no es más que la derivación lógica de la también divergente calificación legal y no así un apartamiento deliberado del máximo solicitado por la acusación pública con relación a un mismo evento e ilícito reprochado.

6.- Así las cosas, la cuestión a dilucidar refiere a la necesidad de reeditar el debate cuando lo único inválido es la sentencia y no los actos que la precedieron.

Con relación a este tópico me expresé en el caso “*A.*” (Reg. n° 749/2015, de fecha 9/12/15), a cuyos fundamentos *in extenso* he de remitirme. En lo conducente, corresponde aquí recordar que, conforme lo advertí en aquella ocasión, el debate constituye un todo conformado por la acusación, prueba, defensa y sentencia; por ello, encierra una falacia la afirmación consistente en distinguir algunos de los actos que integran el conjunto como válidos y por tanto precluidos y otros inválidos. Una correcta acusación es, así, presupuesto de un debate válido, pero no suficiente.

En el caso bajo análisis, por consiguiente, la única forma de llegar a un pronunciamiento válido sobre el fondo, atendiendo a que la nulidad se encuentra presente en la sentencia es —principio de concentración de los actos del debate mediante—, a través de la reedición del juicio, lo que así habré de proponer al acuerdo.

7.- En virtud de lo expuesto, corresponde **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 590/600, **ANULAR** la sentencia glosada a fs. 531/77, y **DISPONER EL REENVÍO** a fin de que se sustancie un nuevo debate; sin costas (arts. 465 *bis*, 471, 530 y 531, CPPN).

**El juez Horacio Leonardo Días dijo:**

I. Tal como lo destaca mi colega preopinante en su voto, llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta cámara en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del señor J. D. M. contra la sentencia condenatoria dictada el pasado 29 de agosto de 2017 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 de Capital Federal.

**II.** En tal sentido, el impugnante se agravia de dicha resolución por entender que ha incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva, motivada en una incorrecta valoración de la prueba relativa a la existencia del dolo homicida, y en una inobservancia de las normas procesales aplicables al presente caso, desde el momento en que se ha condenado a su asistido por un hecho no incluido en el auto de procesamiento ni en el requerimiento fiscal de elevación a juicio y toda vez que la condena ha sido más gravosa que la finalmente solicitada por la fiscalía al término del debate, tanto en lo que hace a su calificación jurídica como así también en lo concerniente a la pena impuesta.

Asimismo, durante la audiencia celebrada ante esta sala, la parte recurrente aclaró –en razón de las preguntas formuladas en tal acto procesal– que su pretensión estaba encaminada a obtener en primer lugar la nulidad del pronunciamiento impugnado y, subsidiariamente, que sea casado, procediéndose a dictar uno nuevo con arreglo a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal en su correspondiente alegato de juicio.

**III.** Así las cosas, tales son los agravios que determinan el ámbito de intervención de esta cámara (cfr. el art. 445 del Código Procesal Penal de la Nación –CPPN– que consagra el principio dispositivo en materia recursiva y las explicaciones que he desarrollado en la causa n° CCC 39411/2010/TO1/CNC1, caratulada “R. M. Á. s/ abuso sexual”, Registro n° 996/2016, resuelta el pasado 13 de diciembre de 2016 por la Sala IIIª de esta cámara) y, en consecuencia, ellos son los que requieren un abordaje por parte de este tribunal.

**IV.** Aclarados estos extremos, me abocaré entonces a tratar el pedido de nulidad incoado por el recurrente.

Como bien explicó mi colega Daniel Morin, tal solicitud se encuentra motivada en la calificación y en el monto de pena impuesto al condenado M. en razón del voto mayoritario que conforma la sentencia aquí cuestionada.

En efecto, la señora jueza de la instancia anterior Ana Dieta de Herrero, en su carácter de presidenta del tribunal de juicio, consideró en su voto –al cual adhiere después su colega Rodolfo Bustos Lambert– que

las conductas acreditadas durante el debate habían sido una portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, una tentativa de homicidio calificado por el empleo de un arma de fuego y unas amenazas coactivas agravadas por el uso de arma, todas en concurso real entre sí (*Vid.* el primer punto dispositivo de la sentencia que luce a fs. 531/577); cuando, durante el juicio oral y público, la representante del Ministerio Público Fiscal, Dafne Palopoli, entendió que lo que se había probado en la audiencia era una portación de arma de uso civil y un abuso de armas reiterado en dos oportunidades, que concurrían materialmente entre sí (cfr. fs. 518/522).

De este modo, la defensa fundamentó su mencionado agravio en la circunstancia de que habría existido un exceso en la jurisdicción por parte del *a quo*, al imponerse en la condena una calificación jurídica más grave que la sostenida por la fiscalía en el debate y, con ello obviamente también, una pena mayor. Asimismo, destacó que la titularidad de la acción penal se encuentra en manos del Ministerio Público Fiscal; por lo que la decisión judicial impugnada fue violatoria del principio de congruencia, del debido proceso y de la división entre funciones jurisdiccionales y requirentes. Finalmente, en opinión del recurrente, esta circunstancia le impidió ejercer correcta y eficazmente su derecho de defensa, en razón de la decisión sorpresiva adoptada por el voto mayoritario de la sentencia impugnada.

V. Delimitada sintéticamente la fundamentación de este primer agravio, corresponde ahora que me aboque a su tratamiento.

a) En primer lugar, como puede apreciarse a simple vista, la problemática traída por el recurrente se vincula con aspectos propios de los principios generales del proceso penal y con algunas de las garantías constitucionales más importantes que asisten a toda persona que debe afrontar un trámite de esa naturaleza como imputado.

Se trata entonces de cuestiones que ya tuve ocasión de analizar al intervenir en otros expedientes como juez de esta misma cámara de casación. En efecto, en el punto IV) del voto que emití el 13 de octubre de 2016 en la causa n° 72517/2013/T01/CNC1, caratulada “M., J. M. s/robo” (Registro n° 807/2016), como magistrado de la Sala 1ª de este

tribunal, expliqué cuál es el esquema que debe presentar todo proceso penal para que se ajuste a las pautas contempladas por nuestra Constitución Nacional (CN) en esa materia.

De este modo, es importante recordar aquí que el esquema allí trazado indicaba al requerimiento fiscal de elevación a juicio como la plataforma sobre la cual, en principio, iban a girar después los poderes de acción (o requirentes) y de excepción (o sea de oposición a estos últimos), en cabeza respectivamente del acusador (por lo general, de naturaleza pública) y del acusado, a partir de los cuales se habilita asimismo el ejercicio de la jurisdicción, cuyo titular debe ser aquel tercero imparcial a quien llamamos *juez* (en este caso, el tribunal oral interviniente).

Asimismo, en aquella oportunidad señalé, como bien “...dice con exactitud Beling, que es «tarea de los acusadores» «determinar el objeto de cada proceso, indicándolo en la acusación». Sólo con la promoción de la acusación existe «un objeto concreto del proceso», cuya «individualidad e identidad» resulta ser de gran importancia con relación al contenido de la sentencia y su validez y en este aspecto da solución a diversos problemas. A partir de la promoción de la acusación, el objeto del proceso penal es una determinada situación de hecho (fenómeno vital, suceso histórico), considerada bajo el punto de vista de si esa situación constituye una acción punible de una persona determinada” (SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, traducción castellana del Dr. José Manuel Núñez, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, 2006, ps. 43 y 44).

Así las cosas, la mecánica básica de funcionamiento del proceso penal está configurada por la existencia de las tres actividades antes mencionadas, cada una de ellas en cabeza de sujetos diferentes, por medio de la cual lo que termina estableciéndose es una *tesis* que deberá ser confrontada con lo que denominamos *antítesis*, y que sólo podrá ser acogida como *síntesis* del proceso si logra ser demostrada en ése y supera así los embates propios de la *antítesis*.

La *tesis*, entonces, estará dada por la *acusación*; o sea por la atribución de uno o varios hechos penalmente relevantes que se le

efectúa a una persona determinada y que resulta ser el fruto de la actividad requirente desarrollada previamente. Por lo tanto, lo que se atribuye o imputa al titular de los poderes de excepción no es meramente un hecho, sino la realización de algún tipo penal en carácter de autor, partícipe o instigador y, con ello obviamente también, la infracción de alguna norma de igual naturaleza.

Así, es a partir de dicha atribución o imputación que la persona contra quien ésa está dirigida puede contraponerse a semejante pretensión, a través de los ya mencionados poderes de excepción. El ejercicio de tales poderes, que denominados de manera genérica como derecho de defensa, permite a su vez la construcción de una *antítesis*. De este modo se entiende entonces porqué es posible arribar luego a la *síntesis*, la que será el fruto del ejercicio del poder de jurisdicción y en la cual podrá acogerse total o parcialmente la tesis propuesta por el acusador, o directamente rechazarse.

Dicho en otras palabras, y trayendo a colación la misma cita que volcamos en el último precedente antes nombrado, “el concepto de la defensa es opuesto y complementario del de la acusación; ya se ha dicho que la formación del juicio penal sigue el orden de la tríada lógica: tesis, antítesis, síntesis; si el juicio es síntesis de acusación y de defensa, no se puede dar acusación sin defensa, la cual es un contrario y, por eso, un igual de la acusación. Se llama nuevamente la atención sobre la igualdad propia de los opuestos o contrarios; esta verdad, que quizás no es puesta plenamente en claro por la lógica, precisamente a propósito de las relaciones entre acusación y defensa, constituye uno de los principios de la mecánica penal... si el encargado de valorar tuviese a la vista los resultados de una búsqueda solamente, también la valoración correría el riesgo de no dar resultado; a una pasión es necesario contraponer otra para alcanzar la serenidad; puesto que la acusación tiende fatalmente a separarse de la línea recta, es necesaria una fuerza igual y contraria para corregir la desviación. La defensa es también ella, pues, en primer lugar una investigación de razones y de pruebas, como la acusación; pero puesto que la búsqueda es inseparable de la valoración, se resuelve también ella en un juicio, de la misma manera que la acusación, a fin de

persuadir en lugar de decidir, y, por eso, en una propuesta de decisión... Si la acusación es, por tanto, el desarrollo razonado de la pretensión penal, la defensa es su razonada contestación” (CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Volumen I, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 2002, ps. 232 y 233).

b) Ahora bien, en lo tocante a la cuestión que motiva la presente intervención y a la luz de lo recordado previamente, lo que emerge aquí es un sistema mediante el cual se asegura que nadie sea penado sin juicio previo (cfr. el art. 18 de la CN); por cuanto esta expresión —es decir, la del *juicio previo*— no puede significar el mero cumplimiento de un ritual determinado, sino antes bien el dictado de una decisión razonada y fundada, a la cual se arriba como fruto de la relación dialéctica entre el acusador y el acusado.

Por lo demás, es claro que la configuración de esa clase de relación exige entonces el respeto irrestricto al denominado *principio de contradicción*, o sea a que “...las partes tengan (*audiatur et altera pars*): a) Oportunidad de ser oídas por el Tribunal durante el proceso; especialmente antes de la decisión jurisdiccional capaz de afectar sus intereses; b) Posibilidad de provocar el ingreso al proceso de las pruebas pertinentes y útiles; c) Posibilidad de controlar la actividad judicial o de la parte contraria; d) Posibilidad de refutar los argumentos que puedan afectarlas, o sea, los que tiendan a demostrar su culpabilidad (si es el imputado)...” (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, actualizado por Manuel N. Ayán y José Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora Córdoba s.r.l., 3ª edición, 2ª reimpresión, Córdoba, 1986, p. 213). Asimismo, como complemento a tales reglas, opera también el llamado *principio de congruencia*, por cuanto debe existir una identidad en lo concerniente al objeto procesal entre aquello que el acusador plantea como su *tesis* y la decisión jurisdiccional que sobre ella se adopta al término del proceso (*síntesis*).

Así las cosas, la confirmación o el rechazo (total o parcial) de la *tesis* formulada durante el proceso —o sea, el dictado de la correspondiente sentencia (*síntesis*)— no sólo requiere la observancia de todas las pautas antes mencionadas, sino también la acreditación o no —a

través de la respectiva producción probatoria– de los distintos elementos que le dan vida: esto es, la ocurrencia del hecho fáctico y, asimismo, la presencia de todos los requisitos normativos necesarios para encuadrarlo jurídicamente bajo una cierta figura penal; a lo que deberá sumársele también, la determinación del grado de participación que en tal hecho penalmente relevante le cupo al acusado (como autor, partícipe o bien instigador).

De este modo, queda claro cómo se inserta en el proceso penal el *principio constitucional de inocencia* que ampara a todo acusado (cfr. el art. 18, CN). En efecto, “...en el caso «Rolón, Miguel Ángel s/abuso sexual» (causa n° CCC 39411/2010/TO1/2/CNC1 y registro número 996/2016 de la Sala IIIª de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, fechado el pasado 13 de diciembre de 2016) tuve oportunidad de explicar –cita mediante del epistemólogo Larry Laudan– que la duda razonable, es decir aquella que conduce a la absolución del acusado por aplicación del principio constitucional del *in dubio pro reo*, no puede ser una mera duda posible; sino que, en realidad, no debe existir ninguna explicación alternativa plausible de los datos –o sea, internamente consistente, consistente con los hechos conocidos, no altamente inverosímil y que represente una posibilidad real, no una mera posibilidad lógica; es decir, que no suponga violación alguna de las reglas de la naturaleza, ni tampoco un comportamiento que sea completamente único y sin precedentes ni, finalmente, una cadena improbable de coincidencias– que, como tal, conduzca a afirmar la no responsabilidad penal del acusado. De este modo, una condena ha sido legítimamente dictada desde el punto de vista probatorio sólo si la hipótesis acusatoria ofrecida por el fiscal es plausible y no existe ninguna teoría alternativa plausible que sea compatible con la inocencia del acusado” (causa n° CCC 44601/2010/T01/CNC1, caratulada “Rodríguez, Martín s/amenazas, lesiones leves (art. 89)”, resuelta con fecha 14 de noviembre de 2017 y registrada bajo el número 1175/2017; entre muchas otras).

En definitiva, el esquema de funcionamiento aquí trazado, y por medio del cual se configura un proceso penal ajustado a nuestros mandatos constitucionales, es el que materializa el principio conocido

como *debido proceso*, en cuanto ése ha sido correctamente caracterizado como acusación, defensa, prueba y sentencia.

c) Aclarados todos estos extremos, no tengo dudas entonces que en el presente caso el voto mayoritario de la sentencia bajo revisión no ha efectuado una valoración de la hipótesis planteada por la fiscalía al término del debate, sino que directamente la reemplazó por otra distinta.

Y tal cambio es precisamente lo que alteró en esta causa el nombrado debido proceso, toda vez que en vez de ser sometida la tesis del acusador a una verificación por parte del juzgador –luego de ser confrontada por el acusado–, lo que ha ocurrido aquí fue el acogimiento de una hipótesis a la que se tuvo por acreditada en la sentencia (*síntesis*), la que no fue propuesta oportunamente por quien tiene a su cargo el ejercicio de los poderes requirentes.

Por lo demás, es importante aclarar aquí también que el sostener y observar estos principios no implica necesariamente la anulación y el rechazo del llamado *iura novit curia* que consagra el art. 401 del CPPN para el momento del dictado de la sentencia luego del debate (cfr. mi voto emitido el 30 de diciembre de 2016 en la causa n° 381/2010/1/CNC1, Reg. n° 1049/2016, como juez integrante de esta misma sala).

En efecto, en aquella oportunidad recordé que “el juez tiene que determinar por sí mismo el derecho que aplica: *iura novit curia*. La existencia, interpretación y alcance de los preceptos jurídicos no pueden ser materia de prueba. La forma en que el tribunal se debe procurar el conocimiento de los preceptos jurídicos nacionales o extranjeros queda completamente a su criterio” (SCHMIDT, *Op. cit.*, p. 213).

Sin embargo, como ya se ha visto, esa labor de determinación que lleva adelante quien tiene a su cargo los poderes de *jurisdicción* (palabra cuya raíz se encuentra en el latín y que literalmente significa *decir el derecho*) no pueden ser ejercidos de manera absolutamente desentendida y totalmente ajena al desenvolvimiento que ha tenido el proceso y, muy especialmente también, a los poderes de acción y de excepción que han sido ejercitados.

Dicho en otros términos: la hipótesis que presenta el acusador, siempre referida a un hecho penalmente relevante y que, por lo tanto, debe contener no sólo los extremos fácticos sino también los normativos, podrá ser verificada o no por el juzgador y, al mismo tiempo, en caso de encontrarse acreditada podrá ser modificada en su apreciación jurídica (por mandato del *iura novit curia*) siempre y cuando ese cambio no vaya más allá de los mismos elementos normativos referidos al momento de formularse la respectiva acusación o *tesis*. De este modo se salvaguarda la correcta aplicación de todos los principios ya nombrados y se evita, por ende, cualquier clase de *sorpresas* en el acusado.

De allí entonces el desfase producido en el mecanismo del presente proceso, el cual por exigencia constitucional debe ser observado para imponer legítimamente una pena; y con ello también, la *sorpresas* causada en el acusado, tal y como correctamente señaló su defensa técnica al considerarla en su correspondiente recurso de casación como la circunstancia generadora, en última instancia, del agravio bajo tratamiento.

d) Ahora bien, la circunstancia de proceder a declarar parcialmente nula la sentencia impugnada, en virtud de la argumentación desarrollada en los puntos precedentes de este mismo acápite, me conduce también a tener que afrontar ahora cuál es la consecuencia jurídica efectiva que ello acarrea para el condenado M.: esto es, expresado de manera clara y sencilla, qué pasará con los dos hechos que fueron objeto de la mencionada declaración de nulidad.

Idéntica cuestión ya fue tratada por mí en el precedente de esta misma cámara “S., L. C. s/homicidio agravado” (causa n° 73.877/2013, registro n° 1377/2017, decidida por la Sala 1ª el pasado 27 de diciembre de 2017), en el cual fijé postura respecto a la imposibilidad de reenviar una causa con la finalidad de que se realice un nuevo debate cuando la sentencia dictada a consecuencia del primero ha sido declarada nula. Ello es así, en atención a las características propias que presenta todo juicio oral y público; y a la imposibilidad existente de retrotraer el proceso hasta una etapa que ya ha sido válidamente cumplida, sólo a los efectos de poder dictar nuevamente un acto procesal (en este caso, la sentencia)

que estuvo viciado y que, como tal, requiere para su materialización otra vez de la realización de actos procesales que fueron legítimamente cumplidos con anterioridad.

Sin embargo, más allá de que tales apreciaciones alcanzan a los efectos de absolver al condenado M. por los dos hechos acá nulificados, estimo conveniente realizar aquí algunas consideraciones adicionales a las que ya volqué en dicha oportunidad.

Así las cosas, en primer lugar, es importante aclarar el porqué de esta imposibilidad en hacer retroceder al proceso penal. Ésa encuentra su explicación en la forma que se encuentra estructurada la actividad en nuestro CPPN, relativa a esta etapa del procedimiento. Y tal modalidad de división, asimismo, se fundamenta en las características que dominan esa fase.

En efecto, si se repasa el mencionado cuerpo normativo se advierte que dentro de su Libro Tercero, intitulado “Juicios”, y en el marco de su Título I, el “Juicio común”, el legislador ha dividido el articulado en una serie de capítulos, a saber: el Capítulo I de los “Actos preliminares”; el siguiente, relativo al “Debate”; el III, bajo el nombre de “Acta del debate”; y finalmente el IV, con el título de “Sentencia”.

De esta manera, a partir de una primera vista a esa forma de estructuración del proceso, se puede concluir sin mayores dificultades que para el ritual penal nacional lo que se conoce como etapa de *juicio* o *debate* cuenta, en realidad, con una serie de fases internas; cada una de ellas correlativa a la anterior, pero con autonomía funcional suficiente.

Así, sólo el correcto cumplimiento de los actos preliminares puede llevar a la legítima realización de la audiencia de debate y, cumplida dicha instancia de manera ajustada a derecho, al término de ésta podrá dictarse una sentencia (absolutoria o condenatoria, según sea el caso); la que, a su vez, deberá conformarse a las disposiciones contempladas por el legislador en el mencionado Capítulo IV del citado título y libro que pertenecen al CPPN.

Consecuentemente con ello, no en vano el mismo Capítulo IV comienza con el art. 396, en el cual se afirma que la deliberación para dictar sentencia tiene lugar una vez finalizado el debate; en tanto que el

Capítulo II termina diciendo en el art. 393, *in fine*, que el presidente lo cerrará. Es decir, que la sentencia en cuestión tiene lugar una vez acabado el juicio oral y público; siendo que, por lo demás, el mismo legislador se ha encargado de indicar que el debate sólo podrá reabrirse si el tribunal estimare absolutamente necesario la recepción de nuevas pruebas o la ampliación de las ya recibidas, debiendo en tal supuesto circunscribirse la discusión pura y exclusivamente al examen de estos temas (esto último, más allá de los eventuales reparos constitucionales que podrían alzarse en contra de esta norma).

Así las cosas, no quedan dudas de que el codificador ha establecido una clara diferenciación entre la audiencia de debate y el dictado de la sentencia que ocurre a continuación, en cuanto se tratan de momentos procesales distintos; más allá de que el primero de ellos debe acontecer necesariamente antes que el segundo y de que este no puede tener lugar, obvio es decirlo, sin la realización del primero.

De esta manera, la estructuración que el CPPN presenta en la materia encuentra, asimismo, una fundamentación en los principios que gobiernan la realización de las audiencias de debate. Ellos son, como se sabe, la oralidad, la publicidad, la inmediación, la continuidad, la concentración y la identidad física del juzgador.

En ese conjunto de pautas se advierte la necesidad de asegurar cierta clase de condiciones al momento de llevar adelante una audiencia para determinar la responsabilidad penal del acusado que no pueden ser obviadas y que deben necesariamente culminar con la respectiva sentencia que dilucide esa cuestión.

Por lo tanto, la condena o la absolución –que se determina a través del acto procesal autónomo, denominado *sentencia (síntesis)*– está atada a la previa observancia de tales condiciones; siendo que, una vez cumplimentados los actos del debate de manera ajustada a los citados principios, gozarán entonces de legitimidad procesal y, por ende, no podrán ser nuevamente reeditados.

Ello es así, toda vez que taxativamente manda el art. 166, CPPN, como regla general, que “los actos procesales serán nulos *sólo* cuando no se hubieran observado las *disposiciones* expresamente prescriptas *bajo pena*

*de nulidad*’ (el destacado es mío). De allí entonces que tampoco será posible dictar una nueva sentencia, atento a la imposibilidad material de concretar este acto procesal en cabeza de un juzgador distinto al que ya intervino (extremo que no puede obviarse, so pena de violentarse el principio de imparcialidad consagrado en el art. 18, CN) y que, al mismo tiempo, observe las referidas reglas que deben regir en todo debate (piénsese, especialmente, en la identidad física del juzgador y en la inmediación); las cuales, por lo demás, a luz de la correlación existente entre la fase interna del *debate* y la de la *sentencia*, también nutren como tales a esta última.

Se trata, en definitiva y a modo de conclusión, de un principio procesal de orden general que impregna todo procedimiento y que se vincula con el ya explicado *debido proceso* y con la imposibilidad de retrotraer el proceso infinitamente a etapas procesales previas, cumplidas con regularidad, al cual he hecho referencia en la causa n° 381/2010/1/CNC1, caratulada “S., M. E.” (registro n° 1049/2016, resuelta por esta misma sala el 30 de diciembre de 2016): me refiero, claro está, al *principio procesal de la preclusión*.

En efecto, de acuerdo con ello, al transcurrir los plazos dentro de los cuales los sujetos del proceso tienen la facultad para cumplir un determinado acto procesal, ellos ya no podrán desarrollar más la actividad que en tal sentido no hayan cumplido; garantizándose así una regulación en el ejercicio de los derechos de los sujetos procesales y una prolongación no excesiva en la duración del proceso (cfr. FLORIAN, Eugenio, *Principi di Diritto Processuale Penale [Principios de Derecho Procesal Penal]*, Librería Scientifica Giappichelli, Torino, 1927, p. 82).

**VI.** Por otra parte, si bien ya se ha indicado que la declaración de nulidad debe ser parcial y circunscripta entonces a los dos hechos antes mencionados, la circunstancia que el recurrente haya incoado también como un agravio la errónea aplicación de la ley sustantiva, al entender que no se encontraba acreditada la presencia en autos de un dolo homicida, me permite consecuentemente ingresar a tratar este agravio con el fin de efectuar algunas consideraciones en torno a la aplicación que en este caso ha querido dársele al Código Penal (CP): me refiero,

claro está, a la figura del *abuso de armas*, toda vez que ésa ha sido la calificación escogida por la fiscalía al término del debate para encuadrar sendos hechos y dado que, como se explicó en el acápite precedente, no es posible aquí encuadrarlos como finalmente lo hizo el voto de la mayoría en la sentencia impugnada.

Y si bien es cierto que el recurrente en su planteo específicamente centró como fundamento de la causal contemplada en el primer inciso del art. 456, CPPN, a la falta de acreditación del dolo homicida, o sea a la carencia de uno de los elementos que integra el tipo subjetivo del homicidio (cfr. art. 79, CP), lo cierto es que su cuestionamiento se encuentra dirigido –en última instancia– a criticar también el encuadramiento que en el presente caso se le ha dado a la conducta desplegada por su defendido, a la luz de la tipificación existente en la Parte Especial de nuestro Código Penal.

En consecuencia, en virtud del ya explicado principio procesal del *iura novit curia* y teniendo en cuenta además los criterios fijados por la CSJN en la conocida sentencia “Casal” (*Fallos 328:3399*), en la cual nuestro máximo tribunal de justicia amplió el alcance del recurso de casación a cuestiones de hecho y prueba, permitiendo entonces que esta cámara haga análisis e incluso cambie la calificación legal y/o absuelva –si así lo requiere la defensa recurrente– cuando advierta una carencia probatoria que permita decidir de esta forma, es posible entonces adentrarse en el estudio de la ya mencionada figura típica.

a) De este modo, lo primero que siempre debe realizarse cuando uno se encuentra frente a la pretensión de aplicar un cierto tipo penal es acudir al texto legal donde ése se encuentra plasmado. Tal es precisamente lo que impone el *principio* constitucional *de legalidad* (cfr. art. 18, CN), que constituye la columna central de todo Derecho Penal que se precie como propio de un Estado liberal y democrático.

Así las cosas, la citada figura se encuentra tipificada en el art. 104 del Código Penal, en cuanto dispone que “[s]erá reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierirla. Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito

más grave. Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida”.

Si se observa la primera oración o párrafo del citado artículo se descubre que los elementos allí exigidos son tres, a saber: 1) *disparar un arma de fuego*, esto es emplear aquel elemento que el decreto 395/75, reglamentario de la ley 20.429 de armas y explosivos, define como el “...que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia”, debiendo asimismo efectuarse en este supuesto tal lanzamiento (o sea, la acción de disparar); 2) que esta maniobra sea *contra una persona*, lo que implica entonces que el mencionado disparo debe estar direccionado hacia un individuo; y 3) que *no lo hiera*, es decir que no le cause un menoscabo en su cuerpo o en su salud.

Dicho esto, se observa que en el presente caso no se encuentra configurado el segundo requisito antes descripto, desde el momento en que como surgió de la prueba del debate la acción de disparar el arma de fuego que llevó adelante el acusado estuvo direccionada en las dos oportunidades a la puerta de entrada del departamento de su suegro; quien por lo demás —como él mismo afirmó en el juicio (cfr. su declaración volcada a fs. 540/542)— había sido advertido por su propia empleada doméstica de que M. estaba subiendo a su casa e iba armado, de manera tal que al poder observar que ello era cierto, se asustó y cerró la puerta de ingreso en cuestión.

En consecuencia, no puede afirmarse que el condenado haya aquí apuntado “al bulto”, tal y como exige este encuadramiento típico (cfr. MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, Tomo I, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 295).

b) Por otro lado, si se analiza el tercer párrafo del citado art. 104, CP, se descubre que son también tres los requisitos exigidos, esto es: 1) la *agresión*, o sea atacar o acometer contra una persona; 2) *con toda arma*, es decir que tal acción sea llevada a cabo por un “...objeto destinado a la defensa u ofensa, como el que, eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse con ese fin. Así, por arma debe entenderse en

consecuencia, tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona (v.gr. arma de fuego) como cualquier otro objeto que, sin tener esa aplicación, sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente” (así definida por mí en la causa n° CCC 58860/2013/TO1/CNC1, caratulada “A., V. G. y B., L. s/robo de automotor o vehículo en la vía pública”, registro n° 546/2016, fechada el 14 de julio de 2016 y resuelta por la Sala III<sup>a</sup> de esta misma cámara); y 3) todo ello, aunque esta conducta *no le cause heridas*, por lo que entonces no es necesario para sostener su tipicidad que ésa produzca un daño en el cuerpo o salud de la persona contra la cual el autor ha acometido.

Ahora bien, a la luz de las pruebas producidas durante el debate, tampoco puede sostenerse aquí que se encuentran reunidos estos tres extremos, desde el momento en que el mismo supuesto damnificado por este acontecer –el señor Juan Pablo Mendieta, empleado de seguridad del edificio en donde vivía el señor A., suegro del acusado– sostuvo al momento de declarar en el juicio como testigo que M. se le acercó, extrajo el arma en cuestión, la mostró mientras la empuñaba y le dijo que se quedara quieto, que no hiciera ni dijera nada; siendo que luego Mendieta le habló tranquilo y el imputado se tranquilizó, a pesar de lo cual M. –antes de subirse al ascensor– le manifestó que debía tirarse al piso (cfr. su declaración de fs. 543/544vta.).

En definitiva, entonces, no se verificó el requisito de la *agresión*, pues el acusado en ningún momento acometió o agredió con su arma de fuego al nombrado empleado de seguridad, sino que se la exhibió y, a lo sumo, algo la movió. Por eso, en síntesis, se coincide con la idea de que “...agredir es lanzar el golpe contra el otro, lanzar el disparo de flecha, el dardo, la piedra, el sablazo o el puntazo, el garrotazo. Son estas acciones las que hacen correr peligro real a la vida o integridad corporal, o la salud de alguien. En cambio, blandir las armas es otra cosa. Es amenazar o hacer temer un peligro, pero no hacerlo correr” (MOLINARIO, *Op. cit.*, p. 297).

**VII.** En consecuencia, resta ahora clarificar cuál debe ser el análisis que cabe efectuar respecto al hecho que fue calificado en la

instancia anterior como constitutivo del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil y, por ende, determinar con ello también la decisión final que amerita el presente recurso.

En relación con esta cuestión deben realizarse tres observaciones, a saber:

1) Que tal como ya se explicó en este mismo acápite, el agravio concerniente a la nulidad de la sentencia impugnada se encuentra circunscripto a los restantes hechos que concurrían materialmente con este último; fundándose ése en la afectación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio, en cuánto la decisión del *a quo* fue sorpresiva para el acusado. En tal sentido, del análisis efectuado precedentemente surge que dicho planteo merecía un acogimiento en tales términos y con esos mismos alcances. Por lo demás, la posibilidad de juzgar en forma separada al hecho aquí mencionado se deriva de la manera en que éste venía concursando con los restantes hechos (en concreto, de modo real –cfr. el art. 55, CP–), y a la luz –asimismo– de las pautas contenidas en el art. 58, CP (*a contrario sensu*); en cuanto regulan distintos supuestos de unificación de penas.

2) Que al mismo tiempo, de conformidad a cuanto ya ha sido referido, el recurso de la defensa introdujo en su respectiva presentación dos planteos diferentes; siendo que ello, como se explicó, delimita la jurisdicción de esta cámara. De este modo, el impugnante no sólo requirió que se nulificara la sentencia cuestionada, sino que también solicitó –de manera subsidiaria– que tal resolución sea casada para dictarse una nueva, con arreglo a lo que el Ministerio Público Fiscal petitionó en su alegato final durante el juicio oral y público. Específicamente, en lo tocante al hecho que ahora atrae la atención, la fiscalía sostuvo la existencia de la mencionada portación y el tribunal de juicio acogió esa hipótesis al momento de dictar sentencia.

3) Que por lo demás, no puedo dejar de mencionar aquí que considero ajustada la decisión en lo concerniente a este punto, a la luz de la prueba producida durante el debate. Ello es así, dado que “[l]a conducta punible se satisface desde el punto de vista objetivo por el hecho de que el agente lleve el arma de fuego en la vía pública o lugares

de acceso público, en condiciones de disponibilidad inmediata para producir disparos y por la falta de autorización para la portación. El delito no está constituido simplemente con la demostración de una situación fáctica de proximidad física; por el contrario, remite a una conducta material que se basa en la relación de disponibilidad directa que tiene el agente sobre el arma en condiciones de ser disparada. El supuesto de hecho subjetivo de la conminación legal reposa en que esa relación debe haber sido constituida voluntariamente por el agente, por lo que desde el punto de vista de la autoría, presupone que éste tiene dominio sobre la decisión de llevar el arma y en todo caso sobre la decisión de cesar en la portación, por el conocimiento de que es un arma de fuego, en su caso, de las características que la definen como arma de [uso civil], y de sus condiciones de disponibilidad inmediata para producir disparos” (causa n° 47.753/2014, caratulada “B., J. A. s/tenencia de arma de guerra”, registro n° 479/2015, decidida el 22 de septiembre de 2015 por la Sala Iª de esta cámara). Se trata, como he tenido oportunidad de explicar en mi voto emitido como juez de la Sala IIIª de este mismo tribunal en la causa n° CCC 53971/14/TO1/CNC1, “D. L. D. s/ portación de arma de uso civil” (registro n° 390/2015, de fecha 1º de septiembre de 2015), cita mediante del doctrinario alemán Friedrich Schroeder, de un delito de peligro abstracto, aun cuando sea un delito de aptitud, pues en el bien jurídico (supraindividual) “seguridad pública”, no es posible ver ese concreto objeto de bien jurídico, más allá de la propia noción de seguridad pública. Por lo tanto, exige para su configuración una apreciación por parte del juez en cuanto a la peligrosidad de la conducta; siendo entonces que el peligro se decide *ex post*, en tanto se trata de un criterio normativo. De allí que lo que debe probarse es que el arma secuestrada era apta para el disparo, al momento del hecho, con los proyectiles que se incautaron, y no con otros. Y tal extremo, como ya se referenció, se encuentra totalmente acreditado con las diferentes declaraciones prestadas en el juicio (cfr. fs. 540/552) y la correspondiente acta de secuestro de fs. 8, además del respectivo informe emitido por el Renar —el cual da cuenta de la falta de autorización por parte de M. para portar armas— glosado a fs. 302;

ambos instrumentos incorporados por lectura durante el debate (*Vid.* el acta de fs. 517).

Así las cosas, teniendo en cuenta las consideraciones volcadas en este mismo punto, se concluye que la sentencia en lo atinente a este hecho deberá ser confirmada.

**VIII.** La manera en que he decidido abordar el presente recurso me impone, consecuentemente, modificar también el monto de pena impuesto al nombrado M., consistente en cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión.

Ello es así, no sólo por la circunstancia de que tal castigo supera al máximo de la escala penal contemplado para la figura de la portación ilegítima de un arma de fuego de uso civil; sino fundamentalmente por aplicación del principio de culpabilidad por el hecho (art. 18, CN) y por la prohibición de la *reformatio in pejus* (art. 445, *in fine*, CPPN), en tanto he considerado que debe anularse la condena por los dos hechos restantes.

Así, en relación con esta problemática, he sostenido en numerosos precedentes (véase, entre otros, mi voto como juez del Tribunal Oral en lo Criminal n° 21 en “C./A. s/ robo”, causa n° 2236/2359, fechada el 16 de abril de 2007, y la sentencia dictada por esta cámara que se adoptó en la causa n° CCC 59670/2014/TO1/CNC2, “J., A. G. s/recurso de casación”, registro n° 998/2017, resuelta el 12 de octubre de 2017 por la Sala I<sup>a</sup>) que en la labor diaria y eminentemente práctica, la conversión y traducción de lo injusto en un hecho delictivo, en cantidades de medición convencionales, es decir, el fiel reflejo entre la medida de la culpabilidad y la medida de la pena, ha de ser un marco antes que un punto exacto. Se procura hallar la pena adecuada, erigida en un tercer punto entre dos, que son el mínimo y el máximo de la escala legal del caso, y para ello cabe aproximarse generando un marco, un segmento, una franja, proporcional a la culpabilidad de cada actuante, dentro de la cual se hará luego el trabajo de precisión: concretar un punto exacto.

De este modo, a los fines de la dosificación judicial de la pena, el ingreso del juzgador a la escala penal aplicable al caso en función de la gravedad del hecho ilícito, no es un punto sino un segmento, y tras ello, con apoyo en circunstancias agravantes y/o atenuantes de la culpabilidad

y de la criminalidad, el juez establece luego la pena justa, siempre dentro del marco de la gravedad del injusto típico.

Por lo tanto, de conformidad con tales directrices, habiéndome formado una buena impresión personal del condenado en la audiencia celebrada ante esta cámara el pasado 13 de diciembre de 2017, teniendo en cuenta las apreciaciones efectuadas en el punto VI del primer voto que conforma la sentencia aquí recurrida, en cuanto allí se ponderan correctamente las pautas objetivas y subjetivas de valoración contempladas por el art. 41, CP, a la luz de las circunstancias acreditadas en esta causa, y toda vez que la misma fiscalía requirió en su alegato final que el acusado sea condenado a tres años de prisión en suspenso, lo que representa un monto de pena levemente por debajo del tercio inferior correspondiente a la escala penal que resultaba aplicable al caso según su calificación de los hechos (es decir, entre uno y siete años y seis meses de prisión –cfr. los arts. 55, 104, primer y tercer párrafo, y 189 *bis*, apartado segundo, tercer párrafo, CP), sin pedir expresamente –por otra parte– la imposición de alguna de las reglas de conducta previstas por el art. 27 *bis*, CP (consúltense a este fin las fs. 518/522), considero entonces ajustado a derecho imponerle al condenado J. D. M. la pena de dos años de prisión en suspenso; por encontrarse ésa en el tercio inferior de la escala penal que entiendo debe aplicarse a este caso (delimitada entre uno y cuatro años de prisión, de acuerdo al art. 189 *bis*, apartado segundo, tercer párrafo, CP).

**IX.** Que en virtud de las explicaciones desarrolladas a lo largo de este voto propongo a mis distinguidos colegas de sala hacer lugar al recurso de casación y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia recurrida, absolviendo al condenado M. de los delitos de homicidio simple agravado por el empleo de un arma de fuego en grado de tentativa y de amenazas coactivas por el uso de arma, y condenar al nombrado por el delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso, con costas. Sin costas en esta instancia atento el resultado del presente trámite impugnativo (arts. 26, 40, 41, 45, 189 *bis*, apartado 2º, tercer párrafo, CP; 456 inc. 1º y 2º, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

Así lo voto.

**El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:**

1. De acuerdo con el resumen efectuado por el juez Morin, los agravios planteados por la recurrente pueden sintetizarse del siguiente modo: 1) errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1º, CPPN), consecuencia de la errónea valoración de la prueba, en tanto de la reunida en el debate no se podía extraer la conclusión de que su defendido, M., actuó con dolo homicida; 2) inobservancia de las normas procesales, porque a) se condenó por un hecho no incluido en el auto de procesamiento y en los requerimientos de elevación a juicio; y b) se impuso una condena más grave que la pedida por la fiscalía en el juicio, tanto por la calificación jurídica escogida por el *a quo* como por la pena impuesta.

En el recurso, solicitó que se case la sentencia recurrida y se dicte una nueva, conforme a los lineamientos formulados en el escrito de fs. 590/600 y con especial consideración a lo peticionado por la acusación pública; o que, en su defecto, se anule aquella decisión y se reenvíe para que se dicte una nueva.

Luego, en la audiencia prevista en los arts. 465 y 468, CPPN, los jueces Morin y Días han asentado que la defensa indicó que su pretensión se encaminaba a obtener en primer término la nulidad del pronunciamiento impugnado y en subsidio que sea casado, procediéndose a dictar uno nuevo con arreglo a lo solicitado por la fiscalía en el juicio.

2. El juez Morin ha propuesto al acuerdo tratar como primera cuestión la violación del principio de congruencia (punto 2 de su voto), proposición a la cual adhirió el juez Días (punto IV de su voto).

En cuanto a la solución del caso, el juez que sufragó en primer término consideró transgredido en la sentencia aquel principio y propone anularla y reenviar la causa para que sea nuevamente juzgada; mientras que el juez Días, si bien coincide con la violación de la congruencia y la nulidad subsiguiente, propone en definitiva ejercer *casación positiva* (puntos VI y VII) y así anular la sentencia, absolver a M. por los delitos de homicidio simple agravado por el empleo de un arma

de fuego y amenazas coactivas por el uso del mismo elemento y condenarlo por la portación ilegítima de éste (punto IX).

3. Así planteada la cuestión a resolver, se coincide con el juez Días en cuanto a que la sentencia revisada se apartó de la hipótesis planteada por la fiscalía sin realizar ningún examen que explicara tal apartamiento; por el contrario, directamente la reemplazó por otra distinta. De esta manera, y al no fundar ese alejamiento, los jueces no se encontraban ante un *caso* para resolver, máxime cuando se advierte que la posición asumida por el Ministerio Público Fiscal resultaba ser una interpretación posible tanto de los hechos como de su calificación jurídica. Así se resolvió análogamente en los autos “**P.**”<sup>3</sup>, “**J.**”<sup>4</sup> y “**S.**”<sup>5</sup> (entre otros).

4. La consecuencia jurídica de este apartamiento consistiría en dictar sentencia según lo requerido por la fiscalía en el juicio, en tanto la petición fue consentida por el recurrente. Así, correspondería anular la resolución impugnada, modificar su punto 1º y establecer que la condena de M. se motiva en los delitos de portación de arma de fuego de uso civil y abuso de armas reiterado en dos oportunidades.

Sin embargo, el juez Días propone dictar una nueva sentencia en esta instancia analizando las inferencias que hizo el *a quo* a partir de la prueba rendida en el debate y calificando los hechos, con fundamento en que la defensa alega que ha existido una incorrecta valoración de la prueba en la acreditación del dolo homicida de su asistido –que conllevó a una errónea aplicación de la ley sustantiva– (puntos II y VI).

Dado que esa solución deviene congruente con las bases sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo “**Casal**”<sup>6</sup> (que consagró en favor del imputado el derecho a una revisión amplia de su condena) y con lo dicho en el precedente “**P.**”<sup>7</sup>, sumado a que ella resulta más favorable para el condenado en este caso concreto, y a que se comparte el análisis, los argumentos y las conclusiones del juez Días, se adhiere a la propuesta esbozada en su voto.

---

<sup>3</sup> Sentencia del 23.5.16, Sala I, jueces Sarrabayrouse, Días y García, registro n° 389/16.

<sup>4</sup> Sentencia del 19.10.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 1018/17.

<sup>5</sup> Sentencia del 13.12.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1305/17.

<sup>6</sup> Fallos: 328:3399.

<sup>7</sup> Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 965/16.

También se coincide con el examen que efectúa el colega en lo atinente a la pena que corresponde aplicar a M. y al monto y modalidad sugeridos, dejando a salvo la consideración acerca del tercio inferior de la escala (punto VIII).

5. En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de M., anular parcialmente el punto 1° de la sentencia recurrida, absolver al nombrado en orden a los delitos de homicidio simple agravado por el empleo de un arma de fuego en tentativa y amenazas coactivas agravadas por el uso de arma, y condenarlo por resultar autor del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil a la pena de dos años de prisión en suspenso, con costas. Sin costas en esta instancia (arts. 26, 40, 41, 45, 189 *bis*, apartado 2°, tercer párrafo, CP; 456 inc. 1° y 2°, 465, 468, 469, 470, 471, 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:**

I. Por mayoría, **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa de M., **ANULAR PARCIALMENTE** el punto 1° de la sentencia recurrida, **ABSOLVER** al nombrado en orden a los delitos de homicidio simple agravado por el empleo de un arma de fuego en tentativa y amenazas coactivas agravadas por el uso de arma, y **CONDENARLO** por resultar autor del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** en suspenso, con costas. Sin costas en esta instancia (arts. 26, 40, 41, 45, 189 *bis*, apartado 2°, tercer párrafo, CP; 456 inc. 1° y 2°, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia de que el juez Eugenio Sarrabayrouse participó de la deliberación y emitió su voto pero no firma la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399, 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.

DANIEL MORIN

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

PAULA GORSO  
Secretaria de Cámara