

Poder Judicial de la Nación

//nos Aires, 02 de octubre de 2014.-

Y VISTOS:

Se reúnen los integrantes de este Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de Capital Federal, los Dres. Héctor Grieben, como su presidente, Hugo Fabián Decaria y Adrián Norberto Martín, como vocales, y el Secretario, Dr. Alberto Soprano, para dictar sentencia, dando los fundamentos del veredicto de fs. 392, en la presente causa N° 4291, seguida contra **CÉSAR FABIÁN A******* (o Lucas Santiago M*****), D.N.I. N° **.***.**, de nacionalidad argentina, nacido el 03 de enero de 1979 en esta ciudad, hijo de Roberto Luis y Alicia Santina Navarro, de estado civil soltero, con último domicilio real en ***** de esta ciudad, actualmente alojado en el Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza, prontuario de la P.F.A. ***** y del registro Nacional de Reincidencia *****), por el delito de robo con arma de fuego en concurso real con resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de arma. Intervienen en este proceso la Representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Dafne Palopoli y el Sr. Defensor Particular, Dr. Atilio Julio Biondi (inscripto en el ***** del CPACF), con domicilio constituido en ***** de esta ciudad.

RESULTANDO:

1.- Antes de la apertura del debate y con la asistencia de las partes se dio lectura al requerimiento de elevación a juicio del señor Fiscal de Instrucción, obrante a fs. 297/304, del que se desprende que “1) Se imputa a César Fabián A***** haber sustraído violentamente y mediante la utilización de un revolver “Bagual”, calibre 22, nro. 27841, el automóvil de alquiler “Fiat Siena”, dominio HEP-162, propiedad de la empresa “Aiani Lucio”, que era conducido por Roque Eugenio Vivas. Ello ocurrió el 1 de septiembre de 2013, siendo las 3.28 horas aproximadamente, en la intersección de las calles Irala y California de esta ciudad. En aquella oportunidad el imputado detuvo la marcha del taxi que tripulaba Vivas en las inmediaciones de la avenida Brasil y la calle Salta, encontrándose aquél junto a la sobreseída Adriana Daolio. Al llegar al primer cruce mencionado, A***** se abalanzó sobre el chofer y procuró hacerse del rodado. Como éste no logró bajar rápidamente debido a que llevaba puesto el cinturón de seguridad, el imputado le colocó un elemento en 12 cintura (el cual no fue divisado por el conductor, y le profirió: “*bajate hijo de puta que te quemó*” logrando así que el damnificado abandone la unidad. Seguidamente el imputado tomó el mando del vehículo y huyó del sitio, perdiéndolo de vista el damnificado. 2) Se imputa a César Fabián A***** haber desobedecido la orden del Subprefecto Lázaro Ricardo. Arnaldo Escobar, del Oficial Auxiliar Daniel Fernández y de los restantes uniformados de la Prefectura Naval Argentina y Gendarmería Nacional Argentina que intervinieron en su persecución; para lo cual efectuó al menos dos disparos de arma de fuego que no impactaron en sus patrullas y asimismo propinó golpes de puño y patadas al nombrado Fernández, ocasionándole escoriaciones y traumatismos leves en el rostro. El ya nombrado Roque Eugenio Vivas (ver hecho anterior), luego de la sustracción de su taxi, logró dar aviso de lo sucedido al Ayudante Principal Luis Alberto Almeida de la Prefectura Naval Argentina, en la intersección de la calle Cerri y la

avenida Regimiento de Patricios de esta ciudad. La desobediencia se suscitó instantes siguientes a ello, en el cruce de la calle Luna y la avenida Iriarte, cuando el imputado fue interceptado por el Subprefecto Lázaro Ricardo Arnaldo Escobar, quien se hallaba a cargo móvil nro. 132 y al oír las modulaciones de alerta que se irradiaron, procuró cerrarle al paso a A*****, que circulaba a gran velocidad. Frente a la maniobra del móvil, el acusado sacó uno de sus brazos por la ventanilla y efectuó dos disparos de arma de fuego, ante lo cual el Subprefecto Escobar repelió la agresión con un único disparo con su arma reglamentaria. En ese instante, el Cabo 10 Andrés Maximiliano Verón, chofer de ese móvil, efectuó una maniobra propia de la persecución no que el proyectil de su compañero Escobar impactó en el parante derecho de la patrulla. La persecución continuó por la avenida Iriarte y como consecuencia de las modulaciones internas, se sumó el cuatriciclo identificado como "CTT75" a cargo del Cabo 10 Gustavo Adolfo Soler de la Prefectura Naval Argentina y un móvil de la misma fuerza a cargo del Oficial Auxiliar Daniel Armando Fernández. Seguidamente el imputado tomó la calle Iguazú y al pasar por la altura 1400 de esa arteria, encontró que allí se ubica un puesto de control de la Gendarmería Nacional Argentina, donde se hallaba cumpliendo funciones el Cabo Alejandro Esteban Erazo. Este uniformado, por su parte, observó que al pasar por su posición el imputado extrajo por la ventanilla un elemento similar a un arma de fuego, por lo que efectuó dos disparos que impactaron, uno, sobre la rueda delantera derecha del vehículo, mientras que el segundo dio contra su capot. Ante tal situación el imputado disminuyó la velocidad, lo cual fue aprovechado por el Subprefecto Escobar para cruzar su patrulla por delante, impidiéndole el paso. Sin perjuicio de ello, A***** descendió del taxi y se fugó corriendo por uno de los pasillos del asentamiento de emergencia allí existente, siendo perseguido a pie por el Oficial Auxiliar Daniel Fernández, quien logró reducirlo a unos doscientos metros del interior de dicho barrio. Cabe mencionar que Fernández debió trezarse en lucha con el encartado, puesto que éste se resistió y pretendía escapar del lugar, para lo cual le propinó golpes de puño al uniformado, causándole las lesiones arriba mencionadas. Por su parte, una vez que A***** fue aprehendido, se efectuó un rastillaje por donde éste huyó a pie, hallándose el revolver Bagual", calibre 22, nro. 27841 sobre un techo de cemento ubicado en la entrada de un pasillo interno que divide las casas nro. 35 y 19 de la manzana 7, a ochenta metros de la calle Iguazú. El armamento contenía en su tambor, tres cartuchos a bala calibre 22 mm y tres vainas servidas del mismo calibre, todas marca "Super", las que fueron incautadas formalmente junto con el arma. Resta indicar que la sobreseída Adriana Doallo (fs. 241/245) fue encontrada en la parte trasera del taxi, recostada y boca abajo, en un estado de nerviosismo y negando haber tenido participación en el suceso".

2. Acto Seguido, preguntadas las partes respecto de si tenían cuestiones previas que articular, ambas se manifestaron en forma negativa. Tras ello, se declaró abierto el debate.

3.- Al prestar declaración indagatoria durante el debate, el encausado A*****, manifestó que es su deseo hacer uso de su derecho de negarse a declarar.

4.- Prestaron declaración durante el debate los siguientes testigos:

4.1.- ROQUE EUGENIO VIVAS, quien manifestó que el día

Poder Judicial de la Nación

del hecho, cree recordar que era 02 de septiembre a la madrugada, alrededor de las 03:20 horas, era el último viaje que realizaba con su taxi, cuando una pareja lo paró en constitución. Le hicieron señas, y si bien no suele levantar gente con gorritas, accedió por tratarse de una pareja. Una vez en el interior le indican el lugar de destino, luego le indicó una calle cruzando la avda. Patricios. Que giró por Olmos para agarrar Herrera, momentos en que el sujeto decía que tenía hambre, le expresó a su acompañante "boluda, tengo mucha lija", ella no hablaba nada, hablaba sólo él. Que a partir de allí se le "prendió un censor" por lo que cuando iba por la calle Hornos y Herrera, se pasa de la dirección indicada, hacia California, porque sabía que en California y Patricios siempre hay un prefecto, ya que allí hay un banco. Que en el lugar estaba el prefecto al que le hizo señas con las luces del vehículo, lo cual no advirtió, por lo que como se dirigía a la calle siguiente, optó por continuar. Cuando iba llegando al lugar, escuchó que la persona refería "todo el puto día tengo esto", siendo que al girar a la derecha en la calle siguiente a Patricios, que cree que es Irala, el sujeto le dijo "bajate hijo de puta, dame el auto, bajate porque te quemo", cuando directamente le saltó encima, ya que el asiento del acompañante estaba levantado. Aclaró que la acompañante estaba detrás suyo y él sobre la derecha del asiento trasero. Que cuando se le tiró encima, el dicente estaba con el cinturón abrochado, le decía "te quemo", a la vez que lo golpeaba, por lo que antes de bajar alcanzó a agarrar el celular que tenía en el auto, aclarando que su vehículo era un Fiat Siena. Luego de ello, esta persona al mando del taxi salió con el auto quemando gomas, ante lo cual el dicente salió corriendo y pudo ver un auto de la prefectura con las luces encendidas, por lo que con la luz de su celular les hizo señas y se acercaron hacia donde estaba. Que cuando vio la patrulla estaba por girar para Patricios. Les dijo que le acababan de robar el taxi, a lo que le refirieron que se dirigiera a la avenida y ellos dieron la vuelta. Luego regresan y le piden los datos del taxi. Cuando empieza a irse el móvil frenan y le vuelven a preguntar los datos, a lo que le indican que suba a la patrulla que lo tenían localizado. Que le preguntaban cómo estaba vestido el sujeto, a lo que les dijo que recordaba una gorra y una camiseta a rayas de Boca. El móvil se dirigió para la base y empezó a tener contacto con los otros patrulleros que le decían que ya estaban en persecución. Que habrán pasado cuatro o cinco minutos, lo habían localizado en una villa y cuando llegaron al lugar estaba lleno de patrulleros y estaba su vehículo. El sujeto detenido era él. Se golpeaba la cabeza en la rueda, decía "no me pegue". Preguntada por la fiscal si lo reconoció, refirió que era el mismo y cuando pasa cerca suyo le pidió disculpas. Si pudo observar que el sujeto al momento del hecho tenía algún elemento, refirió que por las circunstancias de violencia fue

cauto, sólo sintió algo que le pusieron detrás y tampoco iba a preguntar si era o no era. Preguntado por la defensa respecto del tiempo transcurrido desde que transmitió lo sucedido al personal policial hasta que le informaran que vieron el taxi, refirió que desde que desciende del auto, hace señas y tiene contacto con la policía, pasaron cuatro o cinco minutos hasta que dijeron que ya lo habían identificado. Preguntado si pudo percibir la forma del objeto que le apoyaban en la espalda al momento del hecho, manifestó que sintió algo que le apretaba, no pinchar, sentir una presión, pero no lo vio ni lo tocó. Si al bajarse de su vehículo, este arrancó o se quedó en el lugar, expresó que salió quemando gomas, el sujeto se puso al volante y salió mientras que el dicente fue en dirección contraria. Lo perdió de vista, que estaba a diez metros de la esquina, 60 metros de la otra, el auto sigue por la misma calle que iban, mientras que el dicente volvió hacia atrás por donde venía anteriormente, porque iba hacia donde estaba el prefecto. Recorrió una cuadra hasta donde se contacto con el móvil. durante la declaración se le exhiben los planos de fs. 16 y 296. Continuó refiriendo que el taxi siguió por Irala, la calle que es mano hacia el puente Avellaneda. Que para tomar el comando del auto, el sujeto pasó por arriba suyo, y el dicente no podía salir, mientras el sujeto estaba totalmente sacado. Que en ningún momento vio un arma de fuego, solo sintió como que le apoyaban un arma de fuego. A preguntas realizadas refirió que desconoce si al momento que les dio la noticia irradiaron un alerta inmediatamente.

4.2.- LÁZARO RICARDO ARNALDO ESCOBAR, oficial de Prefectura Naval Argentina, quien refirió que el día del hecho se encontraba cumpliendo servicio como jefe de cuarto en la jurisdicción de la comisaría 32°, a cargo del móvil 132, sector 1232. Que siendo las 03:00 horas, se encontraba impartiendo directivas en el sector, momentos en que escucha alerta por robo a un taxi marca Siena, que había sido arribado por dos personas y había fugado hacia Avellaneda. Luego que personal apostado en el puente Vieytes informó que el taxi había intentado salir hacia Avellaneda pero retomó dirigiéndose a jurisdicción de comisaría 32°, por lo que el dicente procedió a ordenar un operativo cerrojo en la zona para evitar la entrada a las villas. Asimismo, escuchó otra modulación de personal que había intentado detenerlo. El cerrojo se dispuso apostándose el móvil 1232 en la intersección de Cruz y Luna, el dicente en el móvil 132 iba a cubrir Iriarte y Luna, un cuatriciclo se apostó en el Pasaje 70 e Iriarte, el móvil 932 en Iriarte e Iguazú, y el móvil 1132 en Iguazú y Cruz. Que por modulación se informaba que intentaron detener la marca del vehículo y hubo disparos de arma de fuego. El HT había modulado que el taxi había fugado por Cruz hacia zona de villa 21-24, mientras que

Poder Judicial de la Nación

el móvil 1232 apostado en Luna y Cruz, moduló que al contactarlo se desvió por Iriarte hacia donde estaba apostado el dicente y su chofer, Iriarte y Luna, por lo que se encontraron con el taxi que venía a gran velocidad por la calle Iriarte, y como no había personas en el lugar por el horario, decidieron cruzar el móvil sobre dicha arteria para que obligarlo a que se desvíe por Luna, momentos en pudieron observar del lado del conductor dos fogonazos como disparos de arma de fuego. Que como el vehículo venía a gran velocidad sin atinar a frenar el dicente realizó un disparo de arma al piso, el que por maniobras del móvil en que circulaban para evitar chocar, impactó en el parabrisas del mismo. Que al llegar al Pasaje 70 se sumó el cuatriciclo. Aclaró que dicho pasaje se encuentra perpendicular a Iriarte, paralelo a los "monoblocs" de la villa Zabaleta y que la persecución se producía por Iriarte hacia la avda. Alcorta, y en Cruz y Luna se sumó detrás a la persecución el móvil 1232. Que desde Iriarte y Luna hay unos doscientos metros hasta el Pasaje 70. No lo perdieron de vista desde que lo cruzaron y el periodo de persecución fue breve, cuestión de minutos. Aclaró que cuando el dicente efectuó el disparo antes relatado se encontraban en Iriarte y Luna mientras que el disparo que recibió uno de los móviles que efectuaban la persecución no puede precisar cuál fue, porque ello lo escuchó por modulación y fue cuando pasó por Osvaldo Cruz, antes de que lo intercepte el dicente. Que luego de sumarse el cuatriciclo, continuó la persecución por Iriarte hasta antes de Alcorta donde se encontraba el móvil 932, por lo que el taxi se vio obligado desviarse por Iguazú, y transcurridos unos metros frenó de golpe para que lo colisione el cuatriciclo porque lo tenía pegado atrás, momento en que cruzan el móvil en el que iba el dicente delante del taxi para que no puede continuar circulando, ante lo cual el conductor se bajó del vehículo y salió corriendo hacia el interior de un pasillo, por lo que personal que venía en persecución en los móviles y personal de Gendarmería lo empezaron a perseguir a pie, mientras el dicente les daba apoyo, siendo que el oficial Fernández logró aprehenderlo a los pocos metros. Aclaró que hasta el momento de la aprehensión el dicente no sabía del arma, luego escuchó que secuestraron un revolver. Que luego de ello el jefe de servicio se encargó del procedimiento. Que el móvil de Iriarte era un HT, que es parada fija. No dio la ubicación, sólo se identificó como HT de comisaría 30°, y que el taxi no había acatado el alto y efectuó disparos. Que desconoce la jurisdicción de la comisaría 30° y tampoco dio la ubicación de donde se encontraba al momento que recibió el disparo. Se deja constancia que durante la declaración del mencionado testigo se le exhibieron los planos de fs. 295 y 296.

4.3.- RODRIGO GABRIEL ACEVEDO, oficial de Prefectura Naval Argentina, quien manifestó que se encontraba en el centro

de Pompeya y Patricios, momentos en que escuchó una modulación donde personal de comisaría 30° en la que se alerta por robo de un taxi y que un masculino había realizado la denuncia en la vía pública a personal de prefectura. Que luego dieron la ubicación del vehículo sustraído en Cruz hacia el lado de la jurisdicción de la comisaría 32°, Iriarte y Luna, mientras que el dicente estaría en Pepirí y Chutro, momentos en que escucha que el taxi se contacta con Escobar, mientras se desplazaba al lugar para dar apoyo. Que escuchó que en Iriarte e Iguazú, antes de llegar a la intercepción, le tiraron desde el taxi al cuatriciclo, el cual había tomado por Iguazú hacia la villa. Que el dicente retomó la persecución cuando el masculino estaba dentro del pasillo en Río Cuarto e Iguazú. Aclaró que no vio la persecución en móvil ni cuando el masculino desciende y entra a la villa, lo único que veía era las balizas de los móviles de sus compañeros. No tomó participación en el procedimiento, se puso al tanto de lo ocurrido de acuerdo a lo que le dice Escobar. Lo único que pudo observar es que ésta persona estaba reducida, se llamó al SAME y la persona se empezó a golpear en el interior de la ambulancia. Que le informó el personal que venía disparando. Que al momento de la inspección no tenía armamento, se hizo palpado de armas dando resultado negativo. Que se solicitó al personal de Gendarmería el rastrillaje para dar con el arma que supuestamente tenía este masculino. Que luego mientras el dicente se hallaba declarando en la seccional, recibió la noticia de que gendarmería había encontraba el armamento en el techo de una vivienda. No recuerda el horario en que estaba declarando, pero fue antes de las seis de la mañana. No recuerda el horario de la aprehensión.

4.4.- ANDRÉS MAXIMILIANO VERON, cabo 1° de la Prefectura Naval Argentina, quien manifestó que el día del hecho tomó conocimiento por modulación de móvil de la seccional 30°, aledaña a la jurisdicción de la seccional 32° en la que prestaba servicio el dicente, que habían sustraído un taxi. Que el dicente estaba en Luna y Osvaldo Cruz como chofer del móvil 132, junto al oficial Escobar. Comunican la sustracción y pasan el dominio, luego informan que había ido hacia Avellaneda, y posteriormente que un HT, puesto fijo, vio ingresar al vehículo a capital. También que desde el taxi se habían efectuado disparos, todo lo cual escucharon por frecuencia de radio. Que el vehículo iba por Cruz hacia la villa, cuando un móvil de la Seccional 32° lo divisa con sentido hacia Iriarte y tomando por esta hacia la avenida con Luna, por lo que el dicente lo cruza y no lo logra detener. Aclaró que puso el móvil en el medio de la calle para interceptarlo y en ese momento vio dos fogonazos que salieron desde el taxi, ante lo que Escobar efectuó un disparo. No escuchó los disparos por el ruido de la radio, cree

Poder Judicial de la Nación

que no impactó en el móvil. El tripulante del taxi venía con el brazo afuera, transitando a gran velocidad, y como lo iba chocar decidió volantear, por lo que el disparo de Escobar pegó en el parabrisas del móvil en se desplazaban. Que desde allí fueron detrás del taxi, desde Iriarte y Luna hasta donde finalizó la persecución, cree que son alrededor de diez cuadras, finalizando en Iguazú donde había un puesto de Gendarmería que como venían pasando los datos lo estaban esperando. Agregó que durante la persecución también se había sumado un cuatriciclo al que envistió el taxi. Que la persona abandonó el vehículo cuando le alcanzaron a cerrar el paso y se fue por un pasillo de la villa a pie, siendo que lo persiguieron varios efectivos y lo alcanzaron a los pocos metros, mientras el dicente se quedó resguardando el taxi, momentos en que observó en el interior del mismo a la chica, al que le manifestó que iban a realizar una compra. Que en un primero momento le tocó la rodilla para que se bajara y no respondía, y allí le efectuó la manifestación de que sólo iba a comprar.

4.5.- LUIS ALBERTO ALMEIDA, oficial de la Prefectura Naval Argentina, quien refirió que el día del hecho se encontraba recorriendo la jurisdicción de la comisaría 30°, ya que su destino en ese momento era en la unidad cinturón sur a cargo del móvil 1030. Que mientras circulaba por la calle Cerri en dirección hacia Mendoza, a la altura entre Irala y Hernandarias, observó que un masculino agitaba las manos como pidiendo ayuda, por lo que se dirigió a su encuentro esta persona le dijo que había sido víctima de un robo, que le había sustraído su automóvil taxi de capital, conjuntamente con su documentación. Que le solicitó los datos del vehículo para proceder a dar el alerta correspondiente por departamento de emergencia, y le dijo al damnificado que valla hacia la avda. donde había personal apostado. Que tras ello el dicente dio una recorrida para dar con el vehículo y no lo halló, momento en que escuchó las modulaciones de que un taxi con esas características quiso evadir hacia provincia y dado la presencia policial, retomó hacia capital. Que continuó escuchando la frecuencia de que había sido interceptado en jurisdicción de la seccional 32°, por lo que procedió a retroceder hasta donde estaba el damnificado y lo traslado hasta aquella jurisdicción. Que en total no pasaron más de cinco minutos desde que toma conocimiento de lo sucedido hasta que le informan que lo detuvieron. Que al damnificado lo trasladó a la jurisdicción de la seccional 32°, no al lugar de detención. Si fue al lugar de detención lo desconoce. El dicente no hace la persecución en ningún momento. Aclaró que luego de recibir la noticia del robo le dijo al damnificado que se acerque a Patricios y contacte al personal de prefectura allí apostado, inició la vuelta y el vehículo ya no estaba en el lugar. Que como el vehículo estaba lejos de su jurisdicción

no prosiguió para ir al lugar donde fue detenido, por ello volvió y procedió a abordar al damnificado para trasladarlo a la comisaría de la jurisdicción donde fue detenida la persona. Preguntado respecto de la distancia desde el lugar donde da el alerta hasta el lugar donde ven el taxi, el Puente Vieytes, expresó que son alrededor de siete u ocho cuadras. Que por lo que escuchó en la frecuencia entiende que quiso pasar a provincia.

5.- Se incorporaron por lectura y/o exhibición las siguientes declaraciones testimoniales:

5.1.- De Daniel Armando FERNÁNDEZ, quien refirió que "En el día de la fecha, siendo la hora 03:30 aproximadamente en circunstancias que recorría el ejido jurisdiccional de la Comisaría 32°, encontrándose a cargo del móvil 1232 de la Prefectura Naval Argentina, escucho la modulación del móvil 1030 de la P.N.A., de la Comisaría 30°, quien indicaba UE SE HABÍA PRODUCIDO EL ROBO DE UN AUTO DE ALQUILER MARCA FIAT SIENA, DOMINIO HEP-162, CON DOS OCUPANTES, FUGÁNDOSE HACIA AVELLANEDA. Luego un HT de Comisaría 30° modula QUE OBSERVÓ EL PASO DE DICHO RODADO, POR EL PUENTE VIEYTES, INGRESANDO A CAPITAL FEDERAL. Luego un HT de Comisaría 30° indica QUE DICHO RODADO HABÍA EFECTUADO DISPAROS CON ARMA DE FUEGO HACIA EL PERSONAL, FUGANDO POR LA CALLE OSVALDO CRUZ. Atento a ello el Subprefecto ESCOBAR Lázaro a cargo del móvil 132, le ordena que se desplace a OSVALDO CRUZ y LUNA. Instantes después, observó a unos 200 metros, un auto de alquiler QUE TOMA A ALTA VELOCIDAD UNA ARTERIA HACIA IRIARTE, dándose el alerta al Dto. Federal de Emergencias. Deja constancia que el dicente logró escuchar dos o tres estruendos similares a disparos de arma de fuego, no dirigidos hacia el dicente. El taxi se da a la fuga por IRIARTE, siendo perseguido por el móvil 132, sumándose a la misma el dicente y mas adelante se agrega el cuatriciclo a cargo del Cabo 1° Gustavo SOLER de la P.N.A.. El taxi, toma IGUAZU hasta llegar a la altura del 1400, donde se ubica un puesto de la Gendarmería Nacional, escuchando más de un disparo. El conductor del taxi realiza una frenada brusca, procediendo el conductor de dicho rodado, a descender del mismo a y darse a la fuga por uno de los pasillos de la villa, siendo perseguido por el dicente. El dicente logra la detención del sujeto a unos 200 metros por dicho pasillo, persona esta que agredió físicamente al oficial, mediante golpes, debiendo realizar una fuerza minima e indispensable a fin de reducirlo. Que luego procedió a trasladar al detenido del interior de la villa, hacia la calle IGUAZU, próximo a RIO CUARTO. En ese momento observo que al lado del taxi se encontraba personal de Prefectura y Gendarmería, con una mujer detenida, quien vestía pantalón de jeans y campera oscura, quien estaba (según dichos de los antes nombrados) como acompañante del masculino

Poder Judicial de la Nación

detenido, pero que el dicente no la había visto en ningún momento. En el lugar se hizo presente el móvil 532 bis de la P.N.A. a cargo del Oficial Principal Rodrigo ACEVEDO, quien se hizo cargo del procedimiento. En el lugar se hizo presente ambulancia del SANE interno 304 a cargo de la Dra. ACUÑA Cristina M.N. 91.005 del Htal. PENNA, quien atendió a los dos prevenidos, diagnosticándole al masculino traumatismos leves y a la mujer control de rutina, no siendo trasladados. Que al dicente le diagnostico "escoriaciones y traumatismo facial leve". Que insta a la acción penal contra el detenido, por las lesiones sufridas".

5.2.- Gustavo Aldo SOLER, expresó que "En el día de la fecha, siendo la hora 03.30 aproximadamente, en circunstancias que recorría el ejido jurisdiccional de la Comisaría 32°, encontrándose a cargo del Cuatriciclo interno CTT75 de la Prefectura Naval Argentina, escucho la modulación del móvil 1030 de la P.N.A., de la Comisaría 30°, quien indicaba QUE SE HABÍA PRODUCIDO EL ROBO DE UN AUTO DE ALQUILER MARCA FIAT SIENA, DOMINIO HEP-162, CON DOS OCUPANTES, FUGANDOSE HACIA AVELLANEDA. Luego un HT de Comisaria 30° modula QUE OBSERVO EL PASO DE DICHO RODADO, POR EL PUENTE VIEYTES, INGRESANDO A CAPITAL FEDERAL. Luego un HT de Comisaría 30° indica QUE DICHO RODADO HABIA EFECTUADO DISPAROS CON ARMA DE FUEGO HACIA EL PERSONAL, FUGANDO POR LA CALLE OSVALDO CRUZ. Atento a ello el Subprefecto ESCOBAR Lázaro a cargo del móvil 132, le ordena al dicente que se dirija a IRIARTE y ZAVALETA por el operativo cerrojo. Que cuando llega a IRIARTE al 3500, observa el taxi que venia a gran velocidad, el cual era seguido por dos móviles de la P.N.A. . En ese momento el conductor del taxi al observar que el dicente se aproximaba, el conductor realiza una maniobra para chocarlo, debiendo el dicente esquivarlo, llegando el vehículo de alquiler, a impactar la parte delantera izquierda del cuatriciclo. Luego sigue fugando hacia IGUAZU, tomando esta arteria, siendo también perseguido por el dicente, el móvil 132 y el móvil 1232. Al llegar a la altura del 1400 de IGUAZU, donde se ubica un puesto de la Gendarmería Nacional, escucha detonaciones de arma de fuego, desconociendo de donde venían o quien las efectuaba. El conductor del taxi realiza una frenada brusca, procediendo el conductor de dicho rodado, a descender del mismo y a darse a la fuga por uno de los pasillos de la villa, siendo perseguido por el dicente y por el encargado del móvil 1232 (Oficial Auxiliar FERNANDEZ). El mencionado oficial, logra la detención del sujeto a unos 200 metros por dicho pasillo, persona esta que agredió físicamente al oficial, mediante golpes. Que luego procedió a trasladar al detenido del interior de la villa, hacia la calle IGUAZU, próximo a RIO CUARTO. En ese momento observó que al lado del taxi se encontraba personal de Prefectura y Gendarmería, con una mujer detenida, quien vestía pantalón de jeans y campera oscura, pero que el dicente en la

persecución, veía que iba alguien sentado en el asiento de atrás. En el lugar se hizo presente el móvil 532 bis de la P.N.A. a cargo del Oficial Principal Rodrigo ACEVEDO, quien se hizo cargo del procedimiento. Deja constancia que antes de la detención, y antes que el dicente se sume a la persecución el móvil 132, moduló que mantuvo enfrentamiento armado con el conductor del taxi. El dicente no resultó lesionado". "Preguntado para que diga si conoce a las partes y si tiene algún interés en la causa respondió que "conozco a las partes por haber intervenido en el procedimiento llevado a cabo en la presente causa con fecha 1 de septiembre del año en curso. Que no tengo interés alguno en el sumario, por lo que seré veraz en mis dichos". A continuación se exhibe al compareciente la declaración prestada a fojas 40, las que ratifica su contenido, reconociendo una de las firmas que luce al pie como de su puño y letra. A preguntas relacionadas con los hechos investigados refiere que "cuando me encontraba circulando a bordo del cuatriciclo CTT75 de la Prefectura Naval Argentina, por la calle Iguazú a la altura catastral 1400 de esta Ciudad, en persecución del vehículo sustraído, el móvil a cargo del Subprefecto Escobar logró detener la marcha del mismo, colocándose en la parte delantera. Que yo me encontraba detrás de dicho rodado. Que en ese momento, descendió el sujeto masculino (de 1, 75 mts. de estatura aproximadamente, de contextura media, de cabello corto castaño oscuro, de alrededor 35 años de edad, de tez morocha, vestido con ropa deportiva) que conducía el automóvil de alquiler referido, quien comenzó a correr por el interior de la Villa Zabaleta, motivo por el cual lo empecé a seguir, al igual que el Subprefecto Escobar, el Oficial Fernández y otros efectivos más de la Prefectura Naval, que en este momento no recuerdo quienes eran, logrando, finalmente, ser aprehendido por el Oficial Fernández. Que cuando regresé al sitio donde estaba el rodado sustraído observé que otros efectivos de la Prefectura Naval, quienes no recuerdo quienes eran, estaban identificando a una mujer (de contextura media, de alrededor 30 años de edad, de tez blanca, cuyo cabello y vestimenta no recuerdo). Que, al momento de la persecución, además del hombre que lo conducía, observé que había una persona sentada en la parte trasera del lado del acompañante. Que por la rapidez en que circulaba el vehículo no logré a ver si trataba de un hombre o una mujer, como así tampoco puedo precisar si era la persona de sexo femenino que resultó luego detenida. Que cuando se detuvo la marcha del automóvil yo me encargué de perseguir a pie al masculino que lo conducía. Que en ese momento no llegué a ver si había alguien más en, el interior del rodado". Preguntado para que diga si desea agregar algo más, responde que "no".

5.3.- Alejandro Esteban ERASO, quien manifestó que

Poder Judicial de la Nación

"En el día de la fecha, siendo la hora 03.30 aproximadamente, en circunstancias que se encontraba a cargo de la guardia de la Gendarmería Nacional Argentina, más precisamente en el puesto "verde", ubicado en IGUAZU 1400 de esta ciudad, y Río Cuarto de esta ciudad, escucho la modulación del móvil 1030 de la P.N.A., de la Comisaría 30°, quien indicaba QUE SE HABÍA PRODUCIDO EL ROBO DE UN AUTO DE ALQUILER MARCA FIAT SIENA, DOMINIO HEP-162, CON DOS OCUPANTES, FUGANDOSE HACIA AVELLANEDA. Luego un HT de Comisaría 30° modula QUE OBSERVO EL PASO DE DICHO RODADO, POR EL PUENTE VIEYTES, INGRESANDO A CAPITAL FEDERAL. Luego un HT de Comisaría 30° indica QUE DICHO RODADO HABÍA EFECTUADO DISPAROS CON ARMA DE FUEGO HACIA EL PERSONAL, FUGANDO POR LA CALLE OSVALDO CRUZ. También escucho que un móvil de la Prefectura Naval Argentina, HABIA MANTENIDO UN ENFRENTAMIENTO ARMADO CON EL CONDUCTOR DEL TAXI MENCIONADO, Y QUE FUGABA POR IGUAZÚ EN DIRECCIÓN A RIO CUARTO. Atento a ello el dicente se apostó en la parte externa del puesto, observando que se aproximaba el auto de alquiler a gran velocidad seguido por un cuatriciclo y patrulleros de la Prefectura Naval Argentina, y al aproximarse a donde estaba el dicente, observa que el conductor saca un brazo por la ventanilla del conductor, y con un elemento que podría llegar a ser un arma de fuego por el tamaño (tipo pistola o revolver), apunta en dirección del dicente, razón por la cual quien declara efectúa un disparo a la rueda delantera derecha y otro mas que impacta en el capot. Que el rodado avanza unos metros más, y se le cruza al taxi un patrullero de P.N.A., debiendo frenar abruptamente el conductor del taxi, quien desciende, y sale corriendo por uno de los pasillos, siendo perseguido por personal de la Prefectura. El dicente observó que en el asiento de atrás del taxi, se encontraba acostada una mujer, procediendo personal de Prefectura a su detención. En el lugar se hizo cargo personal de la Prefectura Naval, quien se hizo cargo del procedimiento. En el lugar se hizo presente ambulancia del SAME quien atendió a los detenidos y a un uniformado de la P.N.A.. Luego de ello el personal interventor le secuestró al dicente por orden judicial, su arma reglamentaria marca Pietro Beretta N° P75004Z, calibre 9 mm, con un cargador colocado con doce cartuchos a bala y una en recámara. Deja constancia que en dicha intersección RIO CUARTO e IGUAZU hay un domo de filmación". "Preguntado para que diga si conoce a las partes y si tiene algún interés en la causa respondió que "conozco a las partes por haber intervenido en el procedimiento llevado a cabo en la presente causa con fecha 1 de septiembre del año en curso. Que no tengo interés alguno en el sumario, por lo que seré veraz en mis dichos".- A continuación se exhibe al compareciente la declaración prestada a fojas 42, la que ratifica su contenido, reconociendo una de las firmas que luce al pie como de su puño y letra. A preguntas relacionadas con los hechos investigados refiere que "luego que un móvil de la Prefectura Naval Argentina lograra detener la

marcha del rodado sustraído, colocándose por delante, observé que descendió de este un hombre (de contextura media, de 1,75 metros de estatura aproximadamente, de alrededor 30 años de edad, de tez blanca, de cabello corto castaño, cuya vestimenta no recuerdo), quien comenzó a correr por el interior de la Villa Zabaleta, siendo seguido por personal de la Prefectura Naval. Que en ese momento, observé que en el interior del automovil de alquiler había una persona de sexo femenino recostada sobre el asiento trasero, quien descendió del mismo, por orden de los efectivos de la Prefectura Naval Argentina. Que la nombrada refirió en ese momento que era una pasajera y que la habían secuestrado. Que eso fue lo único que escuché por parte de la aludida. Que luego la trasladaron al puesto de Gendarmería ubicado en la calle Iguazú 1400, en el cual me quedé con ella, hasta que se determinara si había tenido o no intervención en el suceso. Que mientras la nombrada estaba en dicho puesto no emitió palabra alguna. Que se quedó quieta. Que a los pocos minutos se apersonó un efectivo de Prefectura Naval Argentina, quien aludió que el damnificado dijo que la mujer había participado en el robo del rodado en cuestión. Que, ante ello, se procedió a detenerla, en presencia de dos testigos requeridos al efecto". Preguntado por el Tribunal para que diga si la mujer aludida tenía consigo una bolsa, y si realizó alguna mención al respecto, responde que "si tenía en su poder una bolsa, que no puedo precisar cómo era. Que no recuerdo que haya realizado algún comentario al respecto". Preguntado para que diga si previo a la detención del rodado en cuestión había visto a la mujer referida en el interior del mismo, responde que "no, que solamente observé al hombre que lo conducía. Que recién cuando se logró detener la marcha del automóvil noté que había en la parte trasera otra persona de sexo femenino". Preguntado para qué diga si desea agregar algo más, responde que "no".

5.4.- Francisco Esteban GÓMEZ, quien manifestó que "En el día de la fecha, siendo la hora 08. 00, encontrándose cumpliendo funciones de jefe de tercio de la Gendarmería Nacional Argentina, le fui indicado por el Oficial Principal ACEVEDO de la Prefectura Naval Argentina, que por orden del magistrado interventor, debía hacer un rastrillaje por IGUAZU RIO CUARTO de esta ciudad, más precisamente por el pasillo de ingreso a la villa 21, a fin de dar con armas de fuego. Es así, que horas 08.35, observo sobre el techo de cemento, de la entrada de un pasillo interno, entre las casas 35 y 19 de la manzana 7, distante 80 metros de la calle IGUAZU, UN (1) revolver calibre 22, N° de serie 278411, inscripción BAGUAL, con un tambor conteniendo tres cartuchos a bala calibre 22, y tres vainas servidas del mismo calibre, todas marca SUPER, color gris. Es por ello que entabló comunicación telefónica con

Poder Judicial de la Nación

el Dr. BONANO a cargo de la Secretaría del Juzgado Criminal de Instrucción de turno, quien interiorizado de los pormenores de la comunicación telefónica dispuso SECUESTRO, FOTO, PERICIA, PLANO y QUE PERSONAL DE LA PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, LE REALICE NUEVA COMUNICACION. Atento a ello en presencia de dos ocasionales transeúntes, secuestro el arma mencionada, labrando acta de estilo, haciéndose presente el móvil interno 18056 de la Policía Científica de la Gendarmería Nacional a cargo del 2º Comandante Cesar GIMENEZ, quien realizó peritas sobre el arma, según lo ordenado por el magistrado interventor (acta de inspección ocular y luego enviara las fotos y el plano). En este acto hace entrega de sobre papel madera cerrado y firmado, el que contiene el arma de fuego mencionada, con los cartuchos a bala, las vainas servidas, como así también el acta de inspección ocular y acta constancia del dicente".

5.5.- Marino GUAYMAS, expresó que "en el día de la fecha siendo las 04.30 horas aproximadamente en momentos en que se encontraba en la intersección de las calles Iguazú y Río Cuarto, observa que en el lugar se encontraba personal de Prefectura Naval Argentina, junto a dos personas que se encontraban detenidas una de sexo masculino de 1.80 Mts de altura aproximadamente, de contextura delgada de pelo corto, vistiendo un buzo de color azul y amarillo y el otro de sexo femenino de 1.60 Mts de altura, de contextura delgada, de tez trigueña, vistiendo una campera de color negra y zapatos de color negro, observando además un taxi de Marca Fiat, Modelo Siena, de colores reglamentarios, presentando un impacto de bala en la parte del capot, un vehículo de Marca Renault, Modelo 19, de color rojo, el cual presentaba un impacto de bala en la parte trasera, como así también le es dable observar un móvil de Prefectura Naval Argentina, el cual presentaba un impacto de bala en el marco de la puerta delantera del lado del acompañante encontrándose cerca del espejo retrovisor. Así mismo observa dos armas de fuego de color negro y 14 cartuchos. Que en presencia del dicente el personal uniformado, procedió a realizar actas de secuestro de la totalidad de los rodados y elementos antes mencionados, como así también realizaron en el lugar acta de detención, lectura de derechos y garantías de las personas que se encontraban detenidas descriptas anteriormente, los cuales fueron trasladados posteriormente al local de esta seccional".

5.6.- Fabián QUISPE ESPEJO, refirió "Que en el día de la fecha siendo las 04.30 horas aproximadamente en momentos en que se encontraba en la intersección de las calles Iguazú y Río Cuarto, observa que en el lugar se encontraba personal de Prefectura Naval Argentina, junto a dos personas que se encontraban detenidas una de sexo masculino de 1.80 Mts de altura aproximadamente, de contextura delgada de pelo corto, vistiendo un buzo de color azul y amarillo y el otro de sexo femenino de 1.60 Mts de altura, de contextura delgada, de tez

trigueña, vistiendo una campera de color negra y zapatos de color negro, observando además un taxi de Marca Fiat, Modelo Siena, de colores reglamentarios, presentando un impacto de bala en la parte del capot, un vehículo de Marca Renault, Modelo 19, de color rojo, el cual presentaba un impacto de bala en la parte trasera, como así también le es dable observar un móvil de Prefectura Naval Argentina, el cual presentaba un impacto de bala en el marco de la puerta delantera del lado del acompañante encontrándose cerca del espejo retrovisor. Así mismo observa dos arma de fuego de color negro y 14 cartuchos. Que en presencia del dicente el personal uniformado, procedió a realizar actas de secuestro de la totalidad de los rodados y elementos antes mencionados, como así también realizaron en el lugar acta de detención, lectura de derechos y garantías de las personas que se encontraban detenidas descriptas anteriormente, los cuales fueron trasladados posteriormente al local de esta seccional".

5.7.- Jorge HRASTE, expresó "Que en la fecha fue comisionado por la superioridad de esta seccional a constituirse en el deposito de esta seccional a fin de realizar informe pericial sobre los rodado involucrados en autos, siendo que durante la inspección del rodado Renault 19 de color rojo dominio ADI-463 del cual al momento de inspeccionar el mismo se observa en el guardabarros trasero izquierdo (lado conductor) un símil al orificio producido por un impacto de bala, motivo por el cual se inspecciono el interior del baúl observándose entre el pasaruedas y el guardabarros un proyectil de color dorado encamisado deformado, por lo que se solitito la presencia de dos testigos y se procedió al secuestro del mismo, labrándose acta de estilo en la cual constan los datos de los testigos. Que en este acto se hace entrega a la instrucción del material balístico secuestrado y del acta labrada".

6.- Se incorporaron por lectura y/o exhibición las siguientes piezas procesales:

- 6.1.- Acta de detención de fs. 9;
- 6.2.- Acta de secuestro de fs. 15, 50/1 y 124;
- 6.3.- Croquis de fs. 16/8;
- 6.4.- Informe médico legal de fs. 46;
- 6.5.- Inventario de automotores de fs. 52/3, 71 y 81;
- 6.6.- Vistas fotográficas de fs. 78/80, 84/6, 89/90, 129/131 y 135/7 del principal, y de fs. 3/4 del legajo de personalidad;
- 6.7.- Planos de fs. 90bis y 91;
- 6.8.- Informes periciales de fs. 123, 127/8, 134, 207 y 223/7;
- 6.9.- Plano de fs. 295/6;
- 6.10.- Actas de entrega de fs. 138, 147, 150, 170, 199 y 217;

Poder Judicial de la Nación

6.11.- Informe de la División Laboratorio Químico, fs. 160/3;

6.12.- Informe médico legal, de fs. 211;

6.13.- Pericia balística de fs. 269/271 y 280/90;

6.14.- Filmaciones aportadas por el Centro de Monitoreo de fs. 258 y 279;

6.15.- Certificado de antecedentes de fs. 17 del legajo de personalidad;

6.16.- Armamento afectado en autos y Cds, reservados en Secretaría, cuya certificación obra a fs. 319.

7.- Alegatos:

7.1.- La Sra. Fiscal manifestó que "este ministerio público luego del debate y de todas las constancias de la causa, tiene por probado el hecho ocurrido el día 01 de septiembre de 2013, alrededor de las 03:00 horas, ocasión en que A***** le sustrajo al señor Vivas el taxi que conducía como chofer, en las inmediaciones de Irala y California. Según la secuencia de los hechos relatada por el damnificado, A***** abordó el taxi cerca de la plaza Constitución, en la intersección de las calles Brasil y Salta, y luego de transitar algunas cuadras al llegar a Irala y California, A***** desde la parte de atrás se le abalanzó y le sustrajo el taxi apuntándolo con el arma que si bien no fue vista en ese momento por el taxista, se la blandió sobre la cintura. Dicha arma luego de la persecución y la detención fue secuestrada en el ejido de la villa Zabaleta. Así fue que el damnificado detalló acabadamente como le dio aviso al personal de prefectura que se encontraba en la zona, por lo tanto contamos con los dichos del prefecto Almeida que fue quien asistió primero a Vivas, quien dio cuenta de como se realizó el procedimiento a través del "tranking HT" o comunicación radiofónica con que cuentan, hasta la detención, la cual relata que fue rápida, que no tardó más de cinco minutos, en concordancia con lo manifestado por el damnificado, quien comentó que todo funcionó perfectamente como en una película. De alguna manera da cuenta de que desde que ocurrió el desapoderamiento hasta que A***** fue interceptado, pasó muy poco tiempo. Siguiendo con la secuencia, contamos también con el testimonio de Escobar, que fue quien dispuso el cerrojo a partir de las modulaciones que se iban escuchando por HT, tanto por personal de prefectura como de la comisaría 30° que era jurisdicción por donde iba circulando por momentos el taxi sustraído. Resulta coincidente el relato del chofer de Escobar, el testigo Verón, quien agrega que en la fuga cuando tratan de cruzarle el auto de la prefectura, ven dos disparos, dos fogonazos, desde el taxi, que responden a disparos que eventualmente no escuchan, estimo que por tratarse de un revolver calibre 22. Lo cierto es que los testimonios escuchados en esta audiencia así como todos los que se han incorporado por lectura, son coincidentes y valorados conjuntamente dan cuenta y confirman la plataforma fáctica

descripta minuciosamente en el requerimiento de elevación a juicio que conforma esta acusación. Luego del operativo cerrojo logran detener a A*****, sin antes haber tenido que evitar una serie de resistencias a los funcionarios, dado que todo el despliegue que se instauró fue de alguna manera repelido o tratado de detener por A***** durante toda la secuencia del robo y su intento de fuga, hasta que se bajó del taxi y comenzó a correr unos doscientos metros por el interior de uno de los pasillos de la villa Zabaleta. Así las cosas, hay una sola cuestión en la que voy a disentir, es en cuanto a la calificación de esta plataforma fáctica, que si bien la confirmo plenamente, y esto es que el hecho ha quedado en grado de tentativa, esto no sólo por la poca duración que ha tenido la persecución desde que Vivas da aviso a la fuerza de seguridad, sino por todo el despliegue que si bien por momentos puede ser que fuera perdido de vista entre la intervención de uno y otro agente policial, lo cierto es que siempre la autoridad policial lo tuvo al alcance, porque desde el momento que se van comunicando por "tranking" y HT quiere decir que A***** nunca tuvo la libre disposición del rodado. Por otro lado se realizó la persecución con un cuatriciclo, con coches, hubo un operativo cerrojo, y duró muy poco tiempo. De modo tal que en este sentido es la única cuestión de la calificación con la que he de disentir, pero también es la base fáctica por lo cual no lo puedo tenerlo por consumado. Así las cosas, entiendo que el hecho ha de ser calificado como robo agravado por haberse cometido mediante el uso de un arma de fuego, la cual fue secuestrada en su momento a ochenta metros del sector por donde se fugó A*****, sobre el techo de una casa pocos minutos después cuando se realiza el rastrillaje, en concurso real con resistencia a la autoridad que concurre idealmente con abuso de arma de fuego, ya que disparó en dos oportunidades desde el vehículo mientras se hallaba en plena fuga, todo en carácter de autor, arts. 166 inc. 2º párr. 2º, 104 y 239 del C.P.. He de advertir que las condiciones del arma se encuentran acreditadas en la pericia fs. 269, de la surge que era apta para el disparo, que fue secuestrada momentos después de que A***** sale corriendo por la villa Zabaleta, la cantidad de vainas servidas que se encontraban en el tambor coinciden con el número de disparos vistos desde el interior del vehículo. En cuanto al monto de la pena, voy a solicitar la imposición de la pena de cuatro años y seis meses de prisión, más la declaración de reincidencia, teniendo en cuenta los antecedentes que obrante en autos, modalidad mediante la cual ha sido perpetrado el ilícito, el peligro ocasionado en su huída, ya que transitó unas cuantas cuadras a alta velocidad, traspasando vehículos y poniendo en peligro en general cualquier persona o vehículo que pudiera encontrar en la vía pública. Asimismo, corresponde la

Poder Judicial de la Nación

aplicación de accesorias legales y costas".

7.2.- Por su parte, el Sr. Defensor manifestó que "Habiendo escuchado atentamente a la fiscal, voy a realizar algunas discrepancias. Si bien es cierto que no se ha opuesto a la autoría de su asistido en el hecho investigado, entiende que conforme los dichos de los testigos que hemos escuchado, puntualmente de la víctima del presente hecho, el Sr. Vivas, ha quedado debidamente acreditado que si bien ésta persona no pudo certificar la existencia del arma, por el miedo vivido por la situación, entiendo que mi asistido se apoderó ilegítimamente del rodado, pero no lo ha hecho con un arma de fuego o con el arma que se pretende traer al presente. Prueba de ello es que mi defendido fue aprehendido a las 03:40 horas del 01 de septiembre, mientras que el arma fue secuestrada a las 09:00 de la mañana de ese día. Entonces esta defensa se pregunta y quiere traerlo a estudio, que sin perjuicio de los dichos del prefecto que ha manifestado ver fogonazos, no se ha acreditado la impronta de disparos efectuados por su asistido, no se le ha realizado una pericia química para saber si había efectuado disparos, es decir si tenía restos de deflagración de pólvora en las manos, y puntualmente llama la atención las seis horas desde la aprehensión hasta el secuestro del arma en una zona hostil, donde no se si será común, pero entiendo que sí, que aparezca un arma en el alero de una casa. Que ello podría haber sido perfectamente advertido por el personal de prevención que lo venía siguiendo en la inmediatez desde el descenso del rodado. En la causa surge que lo corrieron doscientos metros, luego hay un mapa donde se grafica que podrían haber sido setenta y cinco metros, el recorrido desde el inició de la calle y descenso del vehículo hasta donde efectivamente se lo aprehendiera. Pero no sería esto lo importante para esta defensa, sino que si el personal lo detiene y ve que mi defendido arrojó un arma, la misma debería haber sido incautada en la inmediatez. A su vez, esta defensa le preguntó al señor Vivas en reiteradas oportunidades si había advertido la presencia de un arma, y dijo que no, que no era el momento para poder verificar tal situación porque corría riesgo su vida. Es cierto que ha sido desapoderado del rodado, esta defensa no discute ello, pero sí que este hecho no ha sido perpetuado con un arma de fuego. Los dichos del personal policial cuando mi defendido transitaba por la garita, dicen que vieron fogonazos y repelieron la agresión, en cuanto a lo cual esta defensa entiende que más allá de la gravedad o no del hecho, el personal policial repelió la agresión impactando los disparos en el taxi, y de hecho impactaron en otro rodado, un Renault 19 al momento de descender en el lugar donde se efectivizara la detención. Para el fiscal de instrucción en principio ello fue que habían dado un disparo de arma de fuego en la rueda del taxi, cosa que nunca fue verificada, y de hecho surge de la propia causa. Que el Sr. Vivas reitera los dichos que el

personal policial pone en boca de él, diciendo todo como había ocurrido la secuencia y relatando una serie de hechos cronológicos falaces. No voy a pedir la nulidad de todo lo actuado, sino que quiere aclarar tales situaciones, y de hecho quisiera puntualmente que presten mayor atención a la pericia experticia de fs. 269/271, donde puntualmente está la pericial del arma de fuego. Si bien han peritado y corroborado la aptitud del arma, y tal como lo ha señalado la fiscal se secuestran tres cartuchos intactos y tres vainas servidas, lo que coincidiría con las improntas de disparo que surgen de los dichos del personal de prevención, que dijeron que fueron tres disparos lo que nunca quedó acreditado. En la pericia surgen puntualmente que el arma tiene desperfectos técnicos en su martillo percutor y en el seguro, lo cual demostraría que mi defendido para utilizar esa arma no hubiera alcanzado con sólo gatillar la misma, sumado a que venía a gran velocidad siendo perseguido por el personal policial, ve dificultoso que una persona puede disparar un arma con tales desperfectos, tal como la fiscal pretende achacar a mi defendido, entiendo que para que esa arma funcione debería haberla tomado con las dos manos, siendo que con una de ellas debía tener el martillo para que pueda desplegar los disparos. Tal situación resulta de imposible cumplimiento porque venir manejando y soltar la dirección de un auto, a la velocidad que pudiera venir manejando, el personal policial dice que venía siempre a mucha velocidad, por lo que doy por descartada tal situación. Sin perjuicio de ello, quiero recalcar que más allá de los desperfectos del arma, se realizó la pericia de aptitud que determinó que el arma funcionaba, pero no recayeron en el detalle de que no se ha podido acreditar la aptitud de las balas de esa arma, porque no se han periciado y surge insoslayablemente de tal pericia que se había utilizado balas del laboratorio policial. Entiendo que tal falencia, si bien acreditada el arma y también por los dichos de los policías, de las improntas de disparo nunca se han acreditado, no se han secuestrado aun un plomo que se pueda cotejar con el arma secuestrada. Entiendo que la pericia si bien determinó la aptitud del arma, no se ha podido demostrar la aptitud de esos cartuchos, lo cual demostraría que no puede ir el estado en contra de mi defendido en cuanto a esa aptitud, y menos aún con la calificación legal que la fiscal pretende. Sin perjuicio de lo cual no voy a hacer ningún juicio de valor a lo que debidamente ha explicado la fiscal, en cuanto al grado de conato o no disponibilidad del bien que ha tenido mi asistido en el raid donde aconteció la persecución, pero sí quiero disentir con la calificación legal, entendiéndolo que correspondería debida adecuación típica no se si robo simple ya que la víctima no acreditó la existencia de un arma de fuego,

Poder Judicial de la Nación

sino un elemento en la cintura que podría haber semejado un arma, pero de acuerdo al antecedente fáctico, debe encuadrar en la previsión del 166 inc. 2º 3º párr. del C.P., ya que se trata de un arma con falencias en su funcionamiento y no se ha peritado la cartuchería, asemejándose la misa a una de utilería”.

7.3.- Tras solicitar la palabra, la Sra. Fiscal refirió que deseaba replicar respecto dos cuestiones mencionadas por la defensa. Primero en cuanto a la pericia efectuada sobre el armamento en cuestión, en cuanto entiende que respecto de la interpretación que efectúa del funcionamiento anormal de la misma corresponde remitirse al punto 3 de la pericia, en el cual en ningún momento dice que no se puede disparar, más allá de que diga que el percutor asoma permanentemente por el espaldón o que el seguro de disparo que actúa sobre el martillo no funciona, eso quiere que decir que hasta que si el arma se cae se dispara pero no que si aprieta el gatillo de alguna manera tenga que a la vez accionar una corredera o algo por estilo. Por lo que solicita que se tenga en cuenta la interpretación técnica de la pericia con relación al funcionamiento anormal, lo que no quiere decir que tenga que accionarla de otra manera. Por otro lado, es cierto que, como dice la defensa, no fue peritada la cartuchería, pero nada hubiera cambiado, porque de haberse peritado los tres cartuchos que estaban dentro del arma tampoco se peritan las balas que efectivamente se dispararon, que son las otras tres que se encontró la vaina y no el plomo, lo que se deduce por indicios, ya que es una prueba que concordantemente con toda la situación puede tenerse por acreditada.

7.4.- Seguidamente, la defensa refirió que deseaba realizar la aclaración de que si bien el punto de la pericia que leyó la fiscal, donde puntualmente dice que el percutor asoma permanentemente por el espaldón, debido a que no funciona el seguro del martillo, pudiendo dispararse accidentalmente por golpe o caída que afecten el martillo, es por esto que mencionó que apretando el gatillo el martillo no accionaba, y es eso lo que la pericia quiere reflejar.

8. Concedida la última palabra al encausado manifestó que es su deseo pedir disculpas a todas las personas que hizo mal, inclusive a Vivas, a quien ya le pidió disculpas en su oportunidad. Que está arrepentido de lo sucedido, sufre mucho y estaba mal económica y sentimentalmente, pero nunca portó un arma, e incluso le tiene miedo a las mismas. Por último, agradece al Tribunal el trato que se le brindó.

Por último, se declaró cerrado el debate y se dictó el veredicto de fs. 392.

Y CONSIDERANDO:

Los Dres. Héctor Grieben y Hugo Fabián Decaria,
dijeron:

PRIMERO

A) Con los elementos de juicio incorporados durante el debate, el Tribunal tuvo por probado fehacientemente que el día 01 de septiembre de 2013, siendo aproximadamente las 03:20 horas, el imputado A***** mediante la violencia sobre las personas y valiéndose de un arma de fuego, sustrajo el vehículo de alquiler marca Fiat Siena, dominio HEP-162, año 2008, de colores reglamentarios, propiedad de la empresa "Aiani Lucio", el cual era conducido por Roque Eugenio Vivas.

Asimismo, minutos después, el nombrado A***** desobedeció la orden de alto impartida en varias oportunidades por personal de Prefectura Naval Argentina y Gendarmería Nacional intervinientes en su persecución, durante la cual también efectuó disparos de arma de fuego contra dicho personal, los cuales no impactaron en las patrullas, como así también le propinó golpes de puño y patadas al oficial Fernández, todo ello a los fines de perpetrar su fuga.

Es así que el imputado A***** arribó al vehículo en cuestión en la zona de Plaza Constitución, más precisamente en las inmediaciones de la avenida Brasil y la calle Salta de esta ciudad, en compañía de una persona del sexo femenino. Que al llegar a la intersección de las calles Irala y California, A***** se abalanzó sobre el chofer del rodado, apoyándole un elemento en la cintura y propinándole golpes, a la vez que le refirió "bajate hijo de puta, dame el auto porque te quemo", a lo que el damnificado accedió por temor a su integridad física.

Que tras ello, A***** se puso al mando del vehículo y fugó a alta velocidad por la calle Cerri, mientras que Vivas volvió hacia la avenida Patricios que queda a dos cuadras de allí donde había visto personal policial, siendo que antes de llegar pudo divisar un patrullero de la Prefectura Naval Argentina, a los que les hizo señas con la luz de su celular.

Una vez que tomó contacto con el personal policial, Vivas los interiorizó de lo acontecido y brindó los datos del vehículo sustraído, quienes le indicaron que fuera hacia la avenida a tomar contacto con personal allí apostado, mientras dieron la vuelta en la patrulla para verificar si el rodado aún se encontraba en el lugar, siendo que no lo pudieron divisar, dando la alerta correspondiente vía radio.

Que al regresar hacia donde se hallaba el damnificado, recibieron noticias de que el vehículo en cuestión había sido avistado en las cercanías del puente Vieytes.

Es así que personal de la Seccional 30° apostado en el puente de mención, tras escuchar la alerta irradiada, pudo divisar el vehículo en cuestión, el que al llegar al lugar retomó en dirección hacia la Capital Federal. Que tras ello un HT de la Comisaría 30° efectuó la modulación de que el vehículo había sido visto circulando sobre la avenida Cruz, que había

Poder Judicial de la Nación

efectuado disparos al personal policial, y que se dirigía con dirección a la jurisdicción de la Seccional 32°.

Atento a ello, el oficial de la P.N.A. Escobar dispuso un operativo cerrojo, siendo que el oficial Fernández mientras se dirigía al punto que le habían indicado para dicho operativo pudo divisarlo circulando hacia Iriarte a alta velocidad, por lo que se sumó a su persecución. Que en Iriarte y Luna estaba apostado el móvil tripulado por Verón y Escobar, quienes cruzaron el mismo en el medio de la calle para intentar detener la marcha del rodado sustraído, momento en el que observan que el conductor del taxi extrajo su mano por la ventanilla y efectuó dos disparos, ante lo cual Escobar realizó un disparo con su arma reglamentaria para repeler la agresión momento en que el chofer Verón realizó una maniobra para evitar la inminente colisión por lo que el disparo dio en el parante de la puerta del móvil en que circulaban. Tras ello, el taxi tomó por Luna y comienza persecución por parte del móvil de Escobar y Verón, sumándose luego a la altura del Pasaje 70 el cuatriciclo comandado por el oficial de la P.N.A. Soler, como así también el patrullero en que se desplazaba Fernández.

Que al llegar a la intersección de dicha arteria e Iguazú, toma por esta última hasta llegar hasta la calle Río Cuarto donde se encuentra un puesto de Gendarmería Nacional, en el cual estaba apostado el cabo Eraso quien había escuchado las modulaciones en las que se anoticiaba de la persecución, por lo que lo estaba esperando fuera de dicho puesto, y al divisar que pasaba por allí a gran velocidad el vehículo de alquiler perseguido por patrulleros y por un cuatriciclo, cuando pudo advertir que el conductor sacaba la mano por la ventana blandiendo un revolver, por lo que efectuó dos disparos, de los cuales uno impactó en el capot de dicho vehículo. Asimismo, unos metros más adelante, el taxi frenó de golpe para hacer colisionar al cuatriciclo con la parte trasera del mismo ya que venía muy cerca de el, momento que fue aprovechado por el prefecto Verón para cruzarle el móvil que manejaba por delante, impidiéndole que continuara su marcha, por lo que el causante se bajó del rodado y comenzó su fuga corriendo hacia el interior de un pasillo de la Villa Zabaleta, siendo perseguido a pie por el personal de prefectura que venía en su persecución y de Gendarmería. Que tras recorrer unos setenta y cinco metros el imputado fue aprehendido por el oficial Fernández, comenzando un forcejeo en el cual A***** le propinó golpes de puño y patadas, tras lo cual Fernández logró reducirlo.

Que en esos instantes la persona del sexo femenino, quien resultó ser la sobreseída Adriana Daolio, fue hallada en la parte trasera del vehículo sustraído manifestando que no tenía nada que ver en el hecho.

Posteriormente, tras un rastrillaje efectuado en la zona por persona de la Gendarmería Nacional, se logró secuestrar en el techo de una vivienda sita en la zona de la

detención de A*****, el revólver marca Bagual, calibre 22mm, n° 27841.

B) Dichos sucesos delictivos encuentran sustento probatorio en la prueba testimonial, documental y pericial incorporada al debate.

En tal sentido, contamos con la declaración del damnificado Roque Vivas, quien dio cuenta que mientras circulaba en su rodado de alquiler fue abordado por una pareja en la zona de Constitución y al llegar al destino indicado, el imputado se le arrojó encima, diciéndole "bajate hijo de puta porque te quemó", a la vez que le apoyaba un elemento en la espalda y le propinaba golpes, tras lo cual accedió a la exigencia y tras bajarse del rodado observó que el sujeto tomó el mando del mismo y salió "quemando gomas". Asimismo, dio cuenta que tras tomar contacto con un patrullero de la P.N.A., el personal policial le indicó que se fuera para la avenida mientras se dirigieron a verificar si aún se encontraba en el lugar el vehículo sustraído, y que luego volvieron y le preguntaron nuevamente los datos del mismo. Luego de lo cual le indicaron que lo habían divisado en la zona del Puente Vieytes, por lo que se subió al móvil a fin de dirigirse hacia la zona en que habían detenido al sujeto. Que una vez en el lugar, reconoció al sujeto que se hallaba detenido como quien le había sustraído su rodado, e incluso éste le pidió disculpas.

Asimismo, contamos con la declaración de los preventores, quienes dieron cuenta del procedimiento efectuado, puntualmente del oficial Escobar que dio cuenta de que tras escuchar mediante modulaciones radiales que daban alerta del robo de un vehículo de alquiler en jurisdicción de la Comisaría 30°, el cual había sido visto en la zona del Puente Vieytes y que se dirigía por la avenida Cruz en dirección hacia la jurisdicción de la comisaría 32°, en la cual se encontraba impartiendo directivas, dispuso la realización de un operativo cerrojo a los fines de dar con el mismo. Que tomó contacto con el vehículo sustraído en Luna e Iriarte donde su chofer, el cabo Verón, le cruzó el vehículo en el medio de la calle a fin de que se detenga, momentos en que advirtieron que del lado del conductor del vehículo salían dos fogonazos, los que corresponderían a disparos de arma de fuego. Que ante ello, repelió la agresión con su arma reglamentaria, disparo que dio en el móvil en que se desplazaban en razón de la maniobra efectuada por el chofer del mismo para evitar la colisión con el rodado sustraído. Luego de ello comenzaron su persecución a la que se sumó un cuatriciclo a cargo del oficial Soler y el móvil a cargo del oficial Fernández, hasta llegar a Iguazú y Río Cuarto, donde el taxi se detuvo abruptamente a los fines de que colisione con su parte trasera el cuatriciclo que venía detrás suyo, momento en que aprovecharon para cruzarle el móvil

Poder Judicial de la Nación

delante e impedir que continuara circulando. Ante lo cual el sujeto se bajó del vehículo y emprendió la fuga a pie por un pasillo de la villa Zabaleta, siendo seguido por el personal policial que venía efectuando la persecución. Que los dichos del cabo Verón son coincidentes en un todo con el relato de Escobar, quien ratificó que vio salir dos fogonazos desde el lado del conductor del vehículo sustraído, aclarando que no escuchó las detonaciones.

También debemos mencionar los dichos del oficial del P.N.A. Almeida, quien se encontraba a cargo del móvil policial que tomó contacto con el damnificado instantes después del suceso, y tras solicitarle los datos del rodado sustraído le refirió a Vivas que fuera hacia la avenida Patricios donde había personal policial, mientras dio la alerta correspondiente y se dirigió al lugar del hecho para constatar si aún se hallaba el vehículo, lo que arrojó resultado negativo. Tras ello volvió hacia donde le había indicado a Vivas que se dirigiera y en ese momento escuchó la irradiación de que el taxi había sido visto por personal policial en las inmediaciones del Puente Vieytes, por lo que le solicitó a Vivas que ratificara los datos del vehículo.

Durante el debate declaró también el oficial de la P.N.A. Acevedo, quien manifestó que escuchó las modulaciones por radio respecto de los sucesos y que una vez en el lugar fue interiorizado de lo acontecido por el oficial Escobar.

Asimismo, contamos con los testimonios incorporados por lectura, entre los que se encuentra el del oficial de la P.N.A. Fernández, quien refirió que mientras se encontraba dirigiéndose al punto que Escobar le había indicado para realizar el operativo cerrojo, pudo ver al rodado sustraído circulando a alta velocidad sobre la avenida Cruz y doblar en una arteria en dirección a Iriarte. Que luego en Iriarte se sumó a su persecución detrás del móvil de Escobar y Verón, para luego sumarse también un cuatriciclo perteneciente a esa fuerza. Que una vez que se detuvo la marcha del vehículo emprendió la persecución a pie del causante quien se fugaba por un pasillo de la villa Zabaleta, a quien dio alcance, momentos en que aquél se resistió a su aprehensión propinándole golpes de puño y patadas, tras lo cual finalmente logró reducirlo.

También contamos con los dichos de Soler, quien se encontraba a cargo del cuatriciclo y le fue ordenado que se dirigiera a la intersección de las calles Iriarte y Zabaleta para efectuar el operativo cerrojo. Que al llegar al lugar pudo advertir que venía a gran velocidad el vehículo en cuestión seguido por dos patrullas, por lo que se sumó a la persecución. Que al advertir que el dicente se aproximaba, el conductor del taxi realizó una maniobra para chocarlo, siendo que si bien logró esquivar la embestida lo golpeó en la parte delantera del cuatriciclo. Que continuó la persecución hasta llegar a la altura 1400 de Iguazú donde hay un puesto de la Gendarmería

Nacional, donde escuchó detonaciones de arma de fuego, pero no sabe de donde provenían, y que tras ello el conductor del taxi efectuó una frenada brusca, descendió del mismo y emprendió su fuga a pie por un pasillo de la villa Zabaleta, por lo que el dicente se sumó al oficial Fernández en su persecución, lográndose la detención del causante por éste último, siendo que el sujeto agredió físicamente a Fernández, quien finalmente logró reducirlo.

Corresponde señalar también los dichos del cabo de la Gendarmería Nacional, quien dio cuenta de que el día del hecho se hallaba en el puesto de ubicado en Iguazú al 1400, siendo que tras escuchar las modulaciones correspondientes a la persecución del vehículo sustraído, salió de dicho puesto al encuentro del mismo, advirtiéndole que venía a gran velocidad hacia su ubicación, por lo que al advertir que el conductor sacó el brazo por la ventanilla y apuntó al dicente con un elemento que podía ser un arma de fuego, éste efectuó dos disparos con su arma reglamentaria hacia el vehículo, siendo que dicho rodado continuó circulando unos metros más hasta que se le cruzó por delante uno de los móviles que lo venían persiguiendo, tras lo cual descendió del mismo y emprendió su fuga corriendo por unos de los pasillos de la villa Zabaleta, siendo perseguido por personal de la P.N.A..

Los testigos de actuación Marino Guaymas y Fabián Quispe Espejo, dieron cuenta del procedimiento en el que se produjo la detención de A*****, y el secuestro de los vehículos intervinientes en el evento.

Por otra parte, debemos mencionar la declaración del alferez de la Gendarmería Nacional, Francisco Esteban Gómez, quien realizó el rastrillaje en la zona de la detención de A***** a los fines de dar con el arma de fuego utilizada en el evento en análisis, quien manifestó que halló la misma en sobre el techo de cemento de la entrada de un pasillo interno entre las casas 35 y 19 de la manzana 7, distante a unos 80 metros de la calle Iguazú, resultando ser un revólver calibre 22, serie N° 278411, marca Bagual, conteniendo en su tambor tres cartuchos y tres vainas servidas, del mismo calibre.

El cuadro de cargo se cierra con la demás documental también incorporada al debate, dentro de las que se pueden mencionar el acta de detención del encausado A*****, de fs. 9, las actas de secuestro del vehículo sustraído y de los móviles policiales intervinientes en el procedimiento (fs. 15), del revólver utilizado por A***** (fs. 50/1) y del proyectil hallado en el baúl del Renault 19 dominio ADI-463 de color rojo fs. 124). Del croquis de fs. 16/8, que dan cuenta, respectivamente, del lugar de la sustracción del vehículo afectado, del lugar de detención y de la persecución efectuada. Asimismo, contamos con los planos de fs. 90bis y 91, que dan

Poder Judicial de la Nación

cuenta del lugar del hallazgo del revolver secuestrado. También contamos con los planos de fs. 295/6, que dan cuenta del lugar del hecho y del desarrollo del procedimiento.

Las vistas fotográficas del vehículo sustraído, del vehículo Renault 19 afectado y de los móviles policiales intervinientes en el procedimiento, como así también del revólver secuestrado y del lugar donde se lo hallara (fs. 78/80, 84/6, 89/90, 129/131 y 135/7).

Informes periciales efectuados respecto del armamento secuestrado al personal policial interviniente en el procedimiento y al revólver que portara A*****, como así también respecto del vehículo sustraído y los móviles policiales intervinientes en la persecución (fs. 123, 127/8, 134, 207 y 223/7).

Corresponde señalar que a fs. 269/271 obra la pericia balística efectuada respecto del revólver marca Bagual, calibre 22mm, serie n° 27841, del cual se concluye que el mismo resultó ser apto para producir disparos, pero de funcionamiento anormal, remitiéndose en cuanto a ello a lo dicho en el punto III de la pericia, en el título "de la aptitud y del funcionamiento", donde se refiere que el funcionamiento anormal se debe a que el percutor asoma permanentemente por el espaldón debido a que no funciona el seguro del martillo pudiendo dispararse accidentalmente por golpe o caída, y que el seguro de disparo que actúa sobre el martillo no funciona. Asimismo, en el informe de fs. 280/90, que da cuenta de la pericia efectuada respecto de los vehículos afectados en el evento en estudio, surge que el móvil policial dominio KXZ-747 poseía tres improntas que guardan similitud con las ocasionadas por un proyectil de arma de fuego, mientras que el rodado sustraído y el automóvil Renault 19 dominio ADI- 463, presentaban, respectivamente, una impronta cada una, no pudiéndose determinar el calibre al cual corresponderían. Asimismo, respecto del fragmento de plomo secuestrado no fue posible determinar su origen y el fragmento encamisado secuestrado formó parte de un proyectil, encontrándose dentro de los parámetros dimensionales del calibre 9mm.

Informe médico legal de fs. 46, da cuenta de que al momento de su detención, el imputado A***** se encontraba lúcido, orientado y coherente, sin lesiones de origen traumático recientes.

También contamos con el informe médico legal, de fs. 211, que da cuenta que el oficial Fernández de la P.N.A., al momento del examen presentaba excoriación en mucosa de labio superior y pequeña excoriación en región superior de muñeca y mano derecha producto de golpe o choque con o contra superficie u objeto duro, cuyo tiempo de curación resultaba menor a treinta días.

Por último, corresponde mencionar el resto del plexo probatorio, compuesto por los inventarios de automotores de fs.

52/3, 71 y 81, actas de entrega de fs. 138, 147, 150, 170, 199 y 217, informe de la División Laboratorio Químico, de fs. 160/3, filmaciones aportadas por el Centro de Monitoreo de fs. 258 y 279, y el armamento afectado en autos y Cds, reservados en Secretaría, cuya certificación obra a fs. 319.

Es así que la valoración conjunta y armónica de las probanzas colectadas durante el debate oral y público y reseñadas en los párrafos precedentes, realizada acorde a las reglas de la sana crítica condensadas en el art. 398 de nuestro ritual, hace que se conforme en consecuencia, un sólido cuadro de cargo con la certeza seria y necesaria para arribar a un fallo condenatorio, que permite tener por acreditada tanto la materialidad de dicho evento delictivo, como la autoría y responsabilidad penal que el nombrado tuvo en el.

SEGUNDO

La conducta tenida por cierta en el considerando anterior encuentra adecuación típica en la figura del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego en concurso real con resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de armas (art. 104, 166 inc. 2º párr. segundo y 239 del Código Penal), por la que el imputado A***** deberá responder en calidad de autor penalmente responsable -art. 45 del citado texto legal-.

Es así que se tuvo acreditado que el imputado A***** mediante violencia sobre las personas y valiéndose del revólver marca Bagual, calibre 22mm, serie nº 27841, sustrajo el vehículo de alquiler marca Fiat Siena, dominio HEP-162, año 2008, de colores reglamentarios, propiedad de la empresa "Aiani Lucio", el cual era conducido por Roque Eugenio Vivas.

Es así que, la variante agravada de dicho tipo penal se configura con la conducta desplegada por el imputado A*****, quien en el curso de un viaje apoyó un elemento en la cintura del chofer Vivas refiriéndole "bajate porque te quemó", a lo que si bien el damnificado no pudo aseverar que se trate de un arma de fuego, lo cierto es que esas palabras y actitud del imputado, sumado a que luego en una situación de continuidad de su accionar agredió al personal policial mediante disparos, persuade de que tal elemento resulta la misma arma con que desplegara dicha acción.

Sin perjuicio de ello, claro está que al intentar lograr su impunidad mediante la utilización de dicho revólver, el cual fuera secuestrado luego por personal de la Gendarmería Nacional en el techo de una casa que daba al pasillo en el cual fue detenido el nombrado y del que se descartó en su huída, que según las pericias pertinentes (ver fs. 269/271) se hallaba apta para el disparo, de funcionamiento anormal, con el que efectuó al menos dos disparos a personal policial que se hallaba en su persecución, tal agravante aparece como

Poder Judicial de la Nación

ineludible, pues tal conducta fue en miras de poder evadir el accionar policial, continuar con su fuga y así lograr su cometido.

En tal sentido, tiene dicho la jurisprudencia que "El uso de arma que especializa la figura básica agrava el robo cuando su utilización se produce en cualquiera de los tramos del *iter criminis* contemplado en la figura simple, es decir, antes del hecho, durante o después de cometido para lograr su impunidad, abarcando en éste último supuesto los actos posteriores inmediatos e íntimamente vinculados con el apoderamiento, realizados por el autor aun cuando recaiga sobre una persona distinta de la víctima" (Causa N° 14024, caratulada "Beja, Cristian Ariel s/ recurso de casación", rta. 06/06/11, de la Sala I de la C.N.C.P.).

Dicho accionar deberá ser reputado consumado, en tanto el poder de disposición sobre el vehículo sustraído no admite discusión, a poco que se advierte que entre el desapoderamiento y la aprehensión del imputado si bien no transcurrió un lapso de tiempo considerable, lo cierto es que quedó de manifiesto que tras desapoderar a Vivas del mismo salió a gran velocidad, en palabras del damnificado "salió quemando gomas", e instantes después cuando el personal policial fue anoticiado de lo acontecido y se dirigió al lugar para verificar si aún estaba allí, ya no pudo dar con el rodado en cuestión. Además, corresponde señalar que instantes después ocasionalmente el vehículo fue observado en la zona del Puente Vieytes, el cual se sitúa a varias cuadras del lugar de la sustracción, y que luego fue visto por la avenida Cruz en dirección hacia la jurisdicción de la seccional 32°, donde mediante el dispositivo del operativo cerrojo recién se logró dar con el mismo en la intersección de las calles Iriarte y Luna, y a partir de allí recién perseguirlo sin perderlo de vista hasta su detención. Por lo que teniendo en cuenta las distancias existentes entre los distintos puntos donde fue visto el vehículo, queda claro que su hallazgo fue puramente casual y tuvo la oportunidad de tomar cualquier otro camino que hubiera eludido el operativo de prevención, lo que indica inexorablemente que tuvo efectiva disposición sobre el bien sustraído.

Al respecto se ha resuelto que "*Si en el lapso que medió entre la fuga del imputado y su aprehensión por parte de funcionarios policiales, tuvo plena posibilidad de disponer libremente de los bienes que sustrajera, ya que no sólo fue perdido de vista por la víctima sino también por el agente que iniciara la persecución y a la postre lograra reducirlo, pues la posterior intervención policial no puede surtir el efecto de regresar a la etapa de conato un ilícito ya consumado. C.N.C.P. Sala III. c/n° 11148 Borrego, Sergio David s/recurso de casación. rta. 19/10/09. Reg. 1482.09.3.*". "En la medida en que

el asaltante hay gozado, aún por un efímero instante, de la posibilidad de disponer de la cosa, la conducta típica debe considerarse consumada, independientemente de la posibilidad de aprovechamiento efectivo del botín -que trasciende el umbral de la consumación para ubicarse en un momento posterior-. El delito ha sido consumado pues si bien el encausado fue capturado a una cuadra del lugar del hecho, existió real poder de disposición de la cosa sustraída durante el lapso temporal que transcurrió desde que tomó el dinero hasta que fue aprehendido, circunstancia que pudo corroborarse con la falta de secuestro del dinero desapoderado. C.N.C.P. Sala I c/nº 12921 Giacobini, Aldo Daniel s/recurso de casación. rta. 21/09/10. Reg. 16608.1". "Para tener por consumado el delito de hurto o robo lo decisivo es el criterio de disponibilidad de la cosa aunque sea por un muy breve lapso, es decir para que haya apoderamiento y delito consumado, es preciso que el sujeto haya tenido la posibilidad física de disponer del objeto y consecuentemente la víctima deje de tener tal opción. C.N.C.P. Sala III. c/nº 10928 Tinta, Cristian José Enrique s/recurso de casación. rta. 14/10/09. Reg. 1465.09.03". "El delito de robo es consumado si, a pesar, de haber sido breve el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho hasta la aprehensión del imputado, el relato de los acontecimientos marca espacios temporales con vigilancia nula. C.N.C.P. Sala IV. c/nº 8391 Ortiz, Orlando Damián s/recurso de casación. rta. 20/04/09. Reg. 11625.4".

Asimismo, en cuanto al grado de consumación que se da por cierta no resulta óbice la calificación legal sostenida por la Sra. Fiscal en su acusación, en cuanto entendió que el hecho había quedado en grado de conato, pues no obsta a la descripción fáctica de los hechos y sólo representa una posición personal de la representante del Ministerio Público Fiscal, que tampoco afecta el derecho de defensa del imputado, pues tal aserto en la calificación definitiva del evento ilícito en cuestión es coincidente con la que efectuara el fiscal de instrucción al requerir la elevación a juicio de las presentes actuaciones.

En cuanto a ello, nos remitiremos y hacemos propia la opinión esgrimida en el voto del Dr. Mariano González Palazzo, en la CAUSA Nro. 10.414 - SALA IV de la CFCN, caratulada "RIVERO, Hugo Miguel Ángel s/recurso de casación", rta. el 20/5/10, donde quedó sentado que *"...en cuanto rechazó el agravio de la defensa referente a que se hubo de afectar el principio de lesividad, de adverso, habré de disentir con las consideraciones efectuadas en punto a que la calificación legal escogida y, a la postre, la pena impuesta al imputado han significado una sorpresa que le impidió ejercer debidamente su defensa. Ello pues, contrariamente a lo sostenido por mi distinguido colega,*

Poder Judicial de la Nación

entiendo que la subsunción legal efectuada por los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 3 no pudo haber tomado de improviso al prevenido y a su defensa, pues no sólo esta era la adoptada provisoriamente en todas las etapas del proceso (confr. fs 121/127; 252/253 y 372/374 vta.), sino que también se adecuaba a la descripción de los hechos tenidos por ciertos por el Sr. Fiscal General en su alegato.

En efecto, de la sentencia en crisis surge que éste consideró que se habían acreditado los extremos de la imputación contenida en el requerimiento de elevación a juicio, afirmando así que “el 8 de mayo de 2008, a eso de las 19.30 hs., mientras transitaba por la calle Aranguren al 2700, Hugo Miguel Angel Rivero portaba el revólver calibre 38 largo, marca “Smith & Wesson”, nro. 308.944, cargado con seis cartuchos a bala [...] el imputado carecía de autorización legal para tener o portar armas de fuego, así como también el revólver en cuestión, que resultó ser apto para el disparo al igual que las municiones que contenía, no se encontraba registrado en el organismo de control”.

Luego de afirmar las razones por las cuales tuvo por probado tal evento, estimó que el hecho debía calificarse en el delito de portación de arma de guerra atenuada en los términos del art. 189 bis, inc. 2, párrafos 4 y 6 del CP. Ello, pues consideró aplicable la atenuante señalada, “...porque la habría tenido en su poder nada más que por razones de seguridad, podría admitirse que no estaba en planes del imputado la intención de utilizar el revólver con fines ilícitos”.

Ahora bien, comparto plenamente el criterio adoptado en casos similares al presente por la Sala III de esta Cámara, en cuanto a que “... la violación a esta regla [principio de congruencia] se manifiesta ante la falta de identidad fáctica entre el hecho por el que resultara condenado el encausado y el enunciado en la acusación intimada **-ne est iudex ultra petita partium-** ... En efecto, de la correlación que debe verificarse entre los términos en que quedó sustanciada la acusación y el contenido de la sentencia, surge la formulación del principio de congruencia. Queda excluido de dicha exigencia el aspecto jurídico, toda vez que la congruencia no alcanza al título o calificación legal del hecho imputado, pues el tribunal de mérito tiene plena libertad para ‘elegir la norma’ que considera aplicable al caso, y ello así en virtud del principio ‘*iura novit curia*’ ... En esta inteligencia, el Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 401, dispone 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 o medidas de seguridad...’ ... En definitiva, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieran tener presente, ya que si no ocurriese de este modo se vulneraría la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), privándosele al procesado del derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye” (...) “...Tiene dicho el Superior Tribunal de Córdoba que ‘el proceso penal tiende al esclarecimiento de una actividad delictuosa concreta, es decir, de una acción humana a la cual la pretensión punitiva exteriorizada en la requisitoria de elevación a juicio considera como una típica actividad punible. El contenido de la acusación dice de la competencia del tribunal y constituye la hipótesis fáctica que suministra las bases del juicio, en cuyo ámbito tiene que desenvolverse la actividad de los sujetos procesales, de suerte que el debate debe circunscribirse a los hechos en ella incriminados, sobre los cuales, únicamente, es lícito fundamentar la sentencia’ (CNCP; causa nro. 3835, “Cabrerá, Ramón Vito s/ recurso de

casación”, causa nro. 2532, “Peralta, Hilario Marcelo s/ recurso de casación”, rta. el 13/7/2000, entre otras, con cita de B.J.C., T. II, pág. 371, abril 29-957, cit. por Barberá de Riso, M. C., “Proceso oral”, T. I, ed. Lerner, Córdoba, 1993, p. 305/7).

En efecto, de la propia norma analizada surge el límite a la potestad del tribunal de otorgar una calificación legal diferente, “...Si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos...” (art. 401, último párrafo, CP), tratándose de “una situación fáctica que ha sufrido modificaciones de entidad tal durante el debate que su admisión en esas nuevas condiciones en la sentencia vendría a importar mengua al derecho de defensa del perseguido, por ser el hecho por el que se lo habría de juzgar continente, ahora, de ingredientes históricos substanciales no abarcados por la requisitoria o auto de elevación, consecuentemente tampoco por la intimación, y a cuyo respecto, en definitiva, no se respetaron las reglas del debido proceso, por haber sido ajenos al mismo el contradictorio y la defensa verificados durante la audiencia” (cfr: Navarro, Guillermo Rafael - Daray, Roberto Raúl; Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial; Hammurabi; 3a edición; 2008, t. II, 1179)

Ninguno de estos supuestos se dio en el presente caso. El inculcado fue oportunamente intimado de forma clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, que se mantuvo incólume a lo largo del proceso.

Por lo tanto, al haberse respetado la plataforma fáctica contenida en la acusación, no se han visto vulneradas las garantías constitucionales de defensa en juicio y de debido proceso por la circunstancia de que el tribunal haya modificado la calificación jurídica que le fue asignada al hecho en el acto acusatorio -por razones de criterio personal del representante del Ministerio Público Fiscal- aunque de ello derive la aplicación de una pena más severa.

Finalmente, considero pertinente destacar que “...que los señores magistrados deban quedar constreñidos a una evaluación de los hechos, la interpretación del derecho y a la pena pretendida por el fiscal, importa mantener ficticiamente y burlar el principio que sostiene que los jueces resuelven -también llamado poder de decisión, que deriva del ejercicio de la jurisdicción, y en virtud del cual dirimen con fuerza obligatoria la controversia y deciden sobre la existencia del hecho ilícito penal-, habida cuenta que en realidad la solución estaría ínsita y predeterminada, y vendría impuesta por el requerimiento fiscal... tal situación comportaría una inequívoca connotación dispositiva de la acción penal, que al tornar vinculante el alegato final del fiscal de juicio para los jueces encargados -por la Constitución y las leyes- de sentenciar, se traduciría también en una manifiesta afectación del principio del juez natural, en virtud del cual “... nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias ...” (conf. artículo 18 de la Constitución Nacional y artículo 1º del Código Procesal Penal de la Nación)...” (CNCP; Sala III; causa nro. 4281, “Mansilla. Nicolasa A. y otros s/ recurso de casación”, rta. el 18/6/2003)”.

En el mismo orden de ideas, corresponde mencionar la opinión esgrimida en la causa Nro. 11762 de la Sala II de la CFCP- ENSINCK, Guillermo Esteban s/ recurso de casación”, rta. 8/3/10, en cuanto quedó de manifiesto que “De adverso a la tesis

Poder Judicial de la Nación

defensista considero que los jueces, al momento de la imposición de la pena no se encuentran limitados al monto escogido por el representante de la vindicta pública o del querellante al alegar (art. 393 C.P.P.N.) pues sólo los hechos materia de acusación vinculan a la jurisdicción. Ergo el tribunal de juicio puede ir más allá de la pretensión punitiva requerida por la acusación.

Sólo se encuentra ceñido por los límites mínimos y máximos previstos por el tipo penal de que se trate en el caso concreto y por el ineludible deber de fundamentar sus decisiones conforme el art. 123 y 404 inc. 2 del ritual. Es decir, el quantum discernido deberá estar precedido de suficiente fundamentación.

Este es el criterio que he sostenido entre otras in re, “Rosendo, Leonardo Alfredo s/ recurso de casación”, causa n° 8175, rta. el 16 de abril de 2008, Registro n° 11.650 y “Merli, Gisela Carolina s/ rec. de casación”, causa n° 5238, rta. el 26 de junio de 2008, Reg. n° 12.017 ambas de esta Sala.

En prieta síntesis, la jurisdicción no se erige ilimitada, antes bien los jueces se hallan ceñidos en un doble aspecto; por una parte; con relación a la acusación -ya sea privada o pública- por los hechos delimitados por el fiscal o el querellante al alegar y por otra; por la propia ley; ya que al momento de determinación de la pena deberán ajustarse a las escalas penales previstas en las distintas figuras involucradas, a los estándares que dimanen de los arts. 40 y 41 del C.P y obviamente a la fundamentación inherente a todo pronunciamiento jurisdiccional (arts. 123 y 404 inc. 2 del C.P.P.N.).

Y ello no implica una violación al principio de congruencia como alega la impugnante. Al respecto cabe destacar que éste alude a la necesaria simetría entre acusación y defensa en lo concerniente al factum materia del proceso para salvaguardar la garantía de la defensa en juicio, es decir, para evitar que al acusado se lo condene por un hecho que no tuvo en consideración y respecto del cual no pudo ejercer su defensa.

Como advierte D’Albora “la correlación entre acusación y sentencia es esencial para impedir la condena por un hecho diverso al que fue objeto de imputación, sólo así se respeta la inviolabilidad de la defensa en juicio” (Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, 8° edición, Abeledo Perrot, Bs As, 2009, pag. 733).

Ha sostenido el Tribunal Cintero que “en tanto no se alteren los supuestos fácticos del caso, la determinación del régimen normativo pertinente para su solución es facultad judicial, no impugnabile con fundamento constitucional (CS, Fallos 295:749; 303:330 entre otros).

Y asimismo que “... en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera fueren las peticiones de la acusación y de la defensa o las calificaciones de carácter provisional, precisar las figuras delictivas juzgadas con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin otro límite que restringir el pronunciamiento a los hechos constitutivos de la materia del juicio; satisfecha esta exigencia, no hay violación de la defensa en juicio (CS, Fallos 310:2094, entre otros).

De modo que los jueces al apreciar los hechos podrán otorgarles una significación jurídica distinta a la postulada por la acusación (iura novit curia) siempre y cuando se mantenga incólume la esencia del hecho intimado”.

*En lo que respecta a la figura de resistencia a la autoridad basta con atenernos a las circunstancias previas a la detención del imputado A*****, pues quedó de manifiesto que*

ello se logró luego de una persecución en la que fue asechado por al menos tres móviles policiales, desobedeciendo en todo momento las órdenes de alto impartidas. Además de que al descender del vehículo sustraído y continuar su huída a pie, oportunidad en la cual se descartó del arma utilizada para el desapoderamiento y para eludir al personal preventor, al ser alcanzado por el oficial de la P.N.A. Fernández, se resistió a su aprehensión agrediéndolo mediante golpes de puño y puntapiés.

Los disparos de arma de fuego contra el personal policial constituyen la agresión prevista en la figura de abuso de armas. En tal sentido, ya hemos dicho que al menos efectuó dos disparos de arma de fuego contra los preventores, más precisamente ello fue corroborado por los dichos de los testigos Escobar y Verón en circunstancias en que intentaban cortarles el paso con el móvil en que circulaban a la altura de la intersección de las calles Iriarte y Luna.

Por otro lado, no se advierten justificantes de su acción, actuando igualmente en contrario a la norma, con un margen de autodeterminación o dirección final de el.-

Tampoco ha sido cuestionada su capacidad para comprender dicha acción, conociendo ciertamente la desaprobación de ella, pese a lo cual las dirigió intencionalmente en sentido contrario a las normas legales.-

TERCERO

1) Para graduar la pena a imponer se tuvo en cuenta la naturaleza y modalidad del hecho ilícito, la agresividad y violencia desplegada en el evento en estudio, el peligro demostrado en su comportamiento, particularmente por la temeridad de las maniobras desplegadas para eludir el accionar policial, las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo, la impresión que de la personalidad que del encausado se formó el Tribunal al momento de debate, las conclusiones que se desprenden del informe socio ambiental, tales como que tiene dos hijos menores de edad, posee estudios primarios completos, y secundarios incompletos hasta tercer año, que tuvo problemas de adicción a estupefacientes habiendo recibido tratamiento y siendo dado de alta, no habiendo recaído en el consumo desde hace seis años, estuvo detenido en otras oportunidades, y recibe contención familiar en su lugar de detención recibiendo visitas periódicas de su concubina, su hija, su madre y hermanos, y las demás pautas de mensuración que establecen los arts. 40 y 41 del Código Penal, por lo que se estimó conveniente la imposición de la pena de siete años de prisión como una justa respuesta penal para este caso. Debiendo también responder por las costas del proceso (art. 29 inc. 3° C.P.), más las accesorias legales previstas en el art. 12 del C.P..

Poder Judicial de la Nación

2) Según se desprende del certificado de antecedentes obrante a fs. 17 del legajo de personalidad que corre por cuerda y del legajo N° 106.223 del J.E.P. N° 1 reservado en Secretaría, en la causa N° 2683 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 25, por sentencia firme de fecha 29 de mayo de 2008, se condenó a la pena de tres años de prisión y costas, por ser resultar coautor de robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse, y a la pena única de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la antes mencionada y de la también pena única de cinco años y diez meses de prisión y costas, dictada con fecha 27 de diciembre de 2005 en la causa N° 31664 del Juzgado Nacional en lo Correccional N° 5, Secretaría N° 75, la cual es comprensiva de la dictada en esa causa de un año de prisión de cumplimiento efectivo, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de usurpación en concurso real con hurto de energía eléctrica, y de la de cinco años de prisión y costas, impuesta por sentencia firme de fecha 06 de julio de 2004 dictada en la causa N° 1775/1880 del TOC N° 11; Declarádoselo reincidente. Se declaró como vencimiento de dicha pena única venció el 14 de enero de 2012. Asimismo, con fecha 14 de marzo de 2011, el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 revocó su incorporación al régimen de salidas transitorias y ordenó su captura, la cual se dejó sin efecto con fecha 04 de septiembre del corriente año, quedando detenido a disposición de esa sede en forma conjunta con la presente causa, siendo que habiéndose realizado un nuevo cómputo de pena, con fecha 25 de junio del corriente año, se declaró como fecha de nuevo vencimiento el día 10 de julio de 2014.

Por lo que, no habiendo transcurrido el plazo previsto en art. 50 del C.P., corresponde declarar al mentado Gamarra reincidente.

En cuanto a la aplicación de dicho instituto, en primer término corresponde recordar que "...la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable..." (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241, 1087; causa E. 73. XXI, "Entel c. Municipalidad de Córdoba s/sumario", fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros y C.N.C.P. Sala I° causa N° 2767, reg. N° 3328, "Duarte Nelia E. y otro s/recurso de queja" rta. el 23 de febrero de 2000); como así también que "la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es la ultima ratio del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad

inconciliable" (Fallos: 303:625; 322:842 y 322:919), de modo tal que una declaración de tal envergadura debe ser considerada *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos, 312:122; 312:1437; 314:407 y 316:2624).

Se dijo además que "... el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 313:410; 318:1256) y que "Los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución (arts. 14 y 28) no son absolutos y están sujetos en tanto no se los altere sustancialmente a las leyes que reglamentan su ejercicio" (Fallos: 310:1945, "Budano, Raúl Alberto c. Fac. Arquitectura", rta. el 9 de junio de 1987).

De ahí que no pueda ignorarse que el Máximo Tribunal de la Nación también tiene dicho que "la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador" (Fallos 302:973) y que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167) ni tampoco puede obviarse que "las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico" (Fallos 295:376) para todo lo cual se deben computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y Garantías de la Constitución Nacional (fallos 312:111, considerando 8°).

Así las cosas, se impone una interpretación de la ley -gramatical, lógica, histórica y sistemática- que armonice su contenido con la Carta Magna y desde esa perspectiva, entiéndese que la letra del art. 50 del Código Penal en modo alguno repugna a la letra de la Constitución Nacional.

Y es que al respecto ya ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena, quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito" (cfr. causa "L'Éveque" Fallos 311:1451) y que " el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de

Poder Judicial de la Nación

la condena anterior, total o parcialmente padecida. Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a la pena privativa de libertad, **independientemente de su tiempo de duración**, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto) del fin de prevención especial de la pena. (Fallos 308:1946; 311:1209).

En lo atinente a este tópico se suele alegar también una pseudá violación del principio de *ne bis in idem*. Al respecto, no puede soslayarse lo dicho en sentido que "El principio representa una garantía de seguridad individual. Por lo tanto sólo ampara a la persona que, perseguida penalmente, haya o no recaído sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, vuelve a ser perseguida en otro procedimiento penal, que tiene como objeto la imputación del mismo hecho (identidad de la persona perseguida = *eadem persona*). Esta identidad en varios procesos es, pues, una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar una nueva persecución, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra a un mismo tiempo.

Empero, cabe advertir que la mera identidad personal no es suficiente. Para que la regla funcione y produzca su efecto impediendo característico, la imputación tiene que ser idéntica, y ello es así cuando tienen por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona (identidad de objeto de persecución = *eadem res*), prescindiéndose, en principio, de toda valoración jurídica del hecho, es decir del *nomen iuris* empleado para calificar la imputación o designar el hecho. (...)

Como corolario de lo expuesto, es dable colegir que esta garantía se ve conculcada si un individuo es sometido ya sea a un proceso por idéntico hecho o a cumplir otra vez pena por el mismo delito. Si alguna de estas dos identidades está ausente no estaremos frente a un supuesto que implique vulneración a dicho principio; por ende entiendo que la declaración de reincidencia no afecta el *ne bis in idem*, ya que principalmente no existe identidad objetiva entre hechos que fueron materias de juzgamiento -los declarados en la sentencia condenatoria anterior y los tenidos en cuenta en el presente proceso-. Y si bien la condena previa es tomada en cuenta para arribar a esa declaración, ello no significa juzgar nuevamente el hecho anterior ya que aquella es considerada con valor de cosa juzgada, sin que sea pasible de modificación alguna. (...)

En consecuencia, el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y, si como se ve, existe un fundamento razonable para hacer la distinción, el

legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso..."(C.N.C.P., Sala II, in re "Magarzo, Walter René s/rec. de casación e inconstitucionalidad", causa n°5379, res. el 14 de marzo de 2005, del voto del doctor W. Gustavo Mitchell).

Que en igual sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal se expidió respecto de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, en numerosos precedentes (cfr. "Collia, Damián y otro s/rec. de casación e inconstitucionalidad", causa n° 4594, res. el 28/02/03, reg.n°5680 de la Sala I; "Grimaldi, Oscar s/rec. de inconstitucionalidad", causa n°1066, rta. el 26/06/97, reg.n° 262 de la Sala III; "Borgo, Julio Fernando s/recurso de casación", causa n° 242, reg.n°548, rta. el 8/03/96, "Montenegro, Oscar Angel s/recurso de casación", reg.474, rta. el 10/11/95 y "Ortíz, Juan Carlos s/rec. de inconstitucionalidad", causa n° 1837, rta. el 11/12/00, reg. N°3047 de la Sala IV).

Por lo expuesto, entendemos que el art.50 del C.P. resulta ajustado a la Carta Magna al no violar los principios disposiciones constitucionales aludidas.

Cabe aclarar que por el momento no nos expediremos respecto la cuestión atinente a la aplicación de lo dispuesto en el art. 58 del C.P., en razón de no haber sido tratada por las partes.

El juez Adrián Martín dijo:

I. Razones de la disidencia

Definida la cuestión por el voto coincidente de mis colegas, debo decir que coincido con ellos exclusivamente en la forma en que valoró y se tuvo por acreditado el intento de desapoderamiento, en lo que hace al tramo inicial del suceso imputado; y también en las consideraciones de valoración de prueba y acreditación del último momento de dicho suceso.

Sin embargo, debo dejar plasmada las razones por las cuales considero que A***** debió haber sido condenado por el delito de robo con armas en grado de tentativa, y por ende a un monto punitivo de mucha menor entidad. Ello es, a mi criterio, de tal manera puesto que lo resuelto por la mayoría del tribunal afectó el principio de congruencia y la exigencia de la imparcialidad judicial.

II. Afectación al principio de congruencia y al principio de imparcialidad: A los fines de explicitar las evidentes razones por las cuales durante el proceso se afectó el principio de congruencia con claro perjuicio a la estrategia de la defensa, corresponde en primer término destacar que al momento de formular su alegato, la fiscal aseveró que disentía con el requerimiento de juicio exclusivamente en lo que hacía a considerar que A***** había tenido poder de disposición sobre

Poder Judicial de la Nación

el vehículo. En efecto, adviértase que la representante del MPF dijo, en lo pertinente, que "...por la poca duración que ha tenido la persecución desde que Vivas da aviso a la fuerza de seguridad, sino por todo el despliegue que si bien por momentos puede ser que fuera perdido de vista entre la intervención de uno y otro agente policial, lo cierto es que siempre la autoridad policial lo tuvo al alcance, porque desde el momento que se van comunicando por "tranking" y HT quiere decir que **A***** nunca tuvo la libre disposición del rodado**. Por otro lado se realizó la persecución con un cuatriciclo, con coches, hubo un operativo cerrojo, y duró muy poco tiempo...".

Dicha afirmación se sustentó en elementos de prueba incorporados al juicio, por lo que el razonamiento de la acusadora se presentó coherente y motivado. Es decir, su explicación por la modificación fáctica no ha sido arbitraria, y por ende su alegato no podría haber sido declarado nulo lo que, de hecho, no ocurrió.

Es inmediata consecuencia de ello que, aún cuando no compartiera el criterio, el tribunal no podía exceder el límite impuesto por la acusación sin afectar derechos del imputado y, además sin usurpar el rol del acusador abandonando así la imparcialidad judicial.

Adviértase que no estamos ante una discrepancia en la calificación legal -lo que motivaría también un largo debate en lo relacionado a la afectación del principio de congruencia-, sino que lo que ha modificado el tribunal es la base fáctica. En efecto, a pesar de que la acusación tuvo por acreditado el intento de desapoderamiento y que **el imputado nunca tuvo efectivo poder de disposición sobre la cosa**, el tribunal consideró que sí había podido disponer. Evidentemente esa modificación no es exclusivamente jurídica, sino abiertamente fáctica.

En tal sentido, la mayoría del tribunal ha modificado el objeto procesal que, motivadamente, acotó la acusación y con ello afectó no sólo el principio de congruencia sino también el de imparcialidad.

En lo que hace al principio de congruencia, debe destacarse lo resuelto por los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en la causa "Amodio" (Fallos 330:2658), y que fuera luego reiterado en disidencia por ellos -con adhesión del juez Fayt en algún caso-, entre otras, en las sentencias dictadas en las causas "Curio, Carmelo" (C. 1817. XLIII) del 3 de junio de 2008, "Carello Salcedo, Patricio" (C. 964. XLIII) del 24 de junio de 2008, "Fagúndez, Héctor Oscar" (F.452.XLIII), "Frías, Roque Francisco" (F.127.XLIII), "Cuenca, Blanca Nidia" (C.1560.XLII) y "Trinidad Noguera" (T. 502. XLIII), estas últimas cuatro del 12 de agosto de 2008 -entre las más antiguas-; y las dictadas en las causas "Igelsias, Pablo" (I. 130. XLVI), "Molina, Roxana" (M. 630. XLVII), "Retamar,

Alcides" (R. 90. XLVII) y "Spinelli, Marcelo" (S. 591. XLVII) todas éstas del 29 de noviembre de 2011 -entre las más recientes-.

El caso "Amodio", los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, expresaron en el considerando 15º, respecto del principio en análisis, que "...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 decisión del fallo penal". Asimismo expresamente añadieron en el considerando siguiente que "...toda vez que el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella -al punto de que en autos el juez correccional que dictó la condena decidió anular el alegato acusatorio formulado por la parte querellante precisamente por el hecho de que había omitido solicitar pena-, cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita".

En ese sentido, valga reseñar también a modo de ejemplo, el caso resuelto por la sala II de la CNCP en la causa "Vaca, Claudia Susana", resuelta el 04 de noviembre de 2004, donde un tribunal condenó a la imputada por el delito de encubrimiento pese a que había sido acusada por la tenencia de estupefacientes. Allí sostuvo la CNCP que "...la identidad fáctica a la que hace referencia el principio de congruencia ha sido infringida, toda vez que en la acusación no figura la acción de «ocultar las pruebas de la ilegítima tenencia del material por parte de Díaz», que fuera el acontecimiento medular para dar sustento a la condena por el delito previsto en el art. 277, inc. 1º, apartado "b" del Código Penal. Surge evidente que aquí se está, no frente a una simple modificación de la calificación jurídica de los hechos que fueron materia de acusación, sino ante diferencias sustanciales de las plataformas fácticas expuestas en ambas piezas procesales las que acarrearán diversas calificaciones jurídicas que se amoldaban a cada uno de los hechos descriptos..." (voto del juez David al que adhirieron los jueces Madueño y Fégoli).

Sin perjuicio de ello, también cabe mencionar que, aun soslayando esa grave situación referida, no llego a comprender de qué manera pueden compatibilizarse dos afirmaciones que allí se efectúan. Obsérvese que, por un lado, se asevera que el robo ha quedado consumado, ya que el imputado habría tenido un excesivo tiempo para disponer de una cosa de grandes dimensiones como lo es un vehículo; y por otra parte, se asevera que ese extenso tiempo no opera -al menos para hacer jugar el principio de la duda- para concluir que no se puede tener por acreditado que el elemento con el que amedrentó al damnificado fuera un arma cargada y en condiciones de uso.

Poder Judicial de la Nación

III. Hecho acreditado: En primer lugar debe tenerse en cuenta el hecho por el cual mediara acusación fiscal en el debate que, como es sabido, circunscribe el ámbito de la jurisdicción del tribunal.

Al respecto la fiscal sostuvo que el día 01 de septiembre de 2013, alrededor de las 03:00 horas "...A***** le sustrajo al señor Vivas el taxi que conducía como chofer, en las inmediaciones de Irala y California..."; que "...A***** abordó el taxi cerca de la plaza Constitución... y luego de transitar algunas cuadras al llegar a Irala y California, A***** desde la parte de atrás se le avalanzó y le sustrajo el taxi apuntándolo con el arma que si bien no fue vista en ese momento por el taxista, se la blandió sobre la cintura. Dicha arma luego de la persecución y la detención fue secuestrada en el égido de la villa Zabaleta"; y que "...por la poca duración que ha tenido la persecución desde que Vivas da aviso a la fuerza de seguridad, sino por todo el despliegue que si bien por momentos puede ser que fuera perdido de vista entre la intervención de uno y otro agente policial, lo cierto es que siempre la autoridad policial lo tuvo al alcance, porque desde el momento que se van comunicando por *tranking* y HT quiere decir que A***** nunca tuvo la libre disposición del rodado. Por otro lado se realizó la persecución con un cuatriciclo, con coches, hubo un operativo cerrojo, y duró muy poco tiempo...".

También tuvo por cierto la fiscal que "...luego del operativo cerrojo logran detener a A*****, sin antes haber tenido que evitar una seria de resistencias a los funcionarios, dado que todo el despliegue que se instauró fue de alguna manera repelido o tratado de detener por A***** durante toda la secuencia del robo y su intento de fuga, hasta que se bajó del taxi y comenzó a correr unos doscientos metros por el interior de uno de los pasillos de la villa Zabaleta".

Es decir que la fiscal mantuvo la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de juicio, pero modificándola en punto a la efectiva posibilidad de disposición de A***** del taxímetro.

En consecuencia, y con esos límites a la jurisdicción, considero que ha quedado demostrado que A***** abordó a Vivas y lo obligó a bajar del vehículo, luego de amedrentarlo verbalmente y apoyarle en la cintura un objeto que el damnificado no pudo ver si tocar. Adviértase que Vivas respondió a la pregunta tendiente a establecer "...si pudo percibir la forma del objeto que le apoyaban en la espalda al momento del hecho, manifestó que sintió algo que le apretaba, no pinchar, sentir una presión, pero no lo vio ni lo tocó".

También tengo por acreditado que A***** intentó huir del lugar con el vehículo y que, paralelamente Vivas volvió sobre sus pasos para dar aviso de lo sucedido a un agente de Prefectura Nacional que había cruzado metros antes. Quedó

establecido que en ese momento logró dar aviso a un patrullero y que al tomar contacto con ellos, le indicaron que caminara hacia la avenida, en clara alusión a la Avda. de Patricios, distante a algo más de cien metros. Al llegar a la esquina, indicó Vivas, que fue nuevamente alcanzado por ese móvil policial y que después de un brevísimo intercambio de palabras, al momento en que el móvil se alejaba, frenó y volvió unos metros informándole a Vivas "subí que lo tenemos localizado".

Asimismo considero acreditado que los agentes del móvil que recibieron la noticia inicial por parte de Vivas, modularon la situación y eso generó a implantación de un "operativo cerrojo", según explicó con mucha claridad el oficial Escobar. Dicho operativo procuró, según señaló el testigo, que todos los móviles disponibles de la Prefectura y también de la comisaría 32ª de la PFA, se colocaran en las vías de salida posibles de la zona hacia la cual se dirigía A***** con el vehículo.

A ello debe añadirse que la distancia existente entre la intersección de las calles Irala y California, hasta el puente donde es observado por primera vez el vehículo no es superior a los 1600 metros, tal como surge de una simple consulta de un plano de la ciudad (coincidente con los que obran a fs. 16 y 296). Evidentemente el tiempo que demanda realizar un recorrido cercano a un kilómetro y medio en un vehículo en horas de la madrugada, es muy escasa. Adviértase que el propio testigo Vivas dijo que "...desde que desciende del auto, hace señas y tiene contacto con la policía, pasaron cuatro o cinco minutos hasta que dijeron que ya lo habían identificado".

Parte de estas situaciones son las que valorara la fiscal para acotar la plataforma fáctica y explicar por qué razones A***** no tuvo efectivo poder de disposición del vehículo, máxime cuando no disponía de numerosas vías de escape para alejarse del lugar. En suma, es evidente que A***** no tuvo posibilidad efectiva de disponer del vehículo.

También tengo acreditado que en el curso de la persecución que se desencadenara momentos después de lo descripto con anterioridad A***** continuó circulando con el vehículo a alta velocidad, a pesar de la orden de alto impartida en varias oportunidades por personal de Prefectura Naval Argentina y Gendarmería Nacional. Tengo acreditado que durante la persecución A***** efectuó dos disparos de arma de fuego contra dicho personal de seguridad, como así también le propinó golpes de puño y patadas al oficial Fernández, todo ello a los fines de perpetrar su fuga. Este último tramo de la imputación lo considero acreditado por los elementos enumerados en el voto precedente coincidiendo, en lo sustancial, con su valoración.

IV. Calificación legal: Así como la fiscal definió el objeto procesal, y en particular como consideró acreditados

Poder Judicial de la Nación

todo el hecho -desde el momento en que A***** abordó el taxímetro hasta que fue aprehendido-, debo decir que coincido con la acusación en lo que hace a la calificación legal propuesta, a excepción del concurso real adjudicado.

En cuanto a la calificación de robo con armas, coincido con mis colegas en cuanto a que si bien Vivas no pudo ver de qué se trataba el objeto que le apoyara A***** en la cintura, el hecho de haber hecho uso del arma para procurar la impunidad hace que el agravante previsto en el art. 166.2 CP sea aplicable.

Esta conclusión es jurídicamente adecuada porque considero -al igual que lo hace la fiscal- que el robo no se había consumado y, por ello, el uso del arma en ese contexto hace aplicable la agravante. Por el contrario, si el robo hubiera quedado consumado -como creen mis colegas en violación al límite de la jurisdicción impuesto por la acusación- el uso del arma no podría agravar un robo sino que configuraría un delito independiente.

Ahora bien, es por el motivo que el uso del arma integra el tipo de robo agravado que esa utilización como así también la fuerza ejercida para evitar la aprehensión quedan subsumidas en aquella figura. En tal sentido el concurso no es real sino sólo aparente.

V. Determinación de la pena: Al respecto, me remito a lo señalado en cuanto a las pautas para determinar la pena a las que indicara en la sentencia de la causa n° 3537 "Cerqueira, Diego y Blasco, David s/robo agravado", y n° 3542 "Serrano, Miguel A. y Diaz, Andrés M. s/ robo agravado" -ambas del registro de este tribunal-.

En tal sentido destaco que considero que por imperativo legal y constitucional -ante la ausencia de otra pauta normativa- corresponde establecer como punto de ingreso en la escala penal, el mínimo de ella. A partir de ese punto de ingreso deberá, según este criterio, habilitarse mayor poder punitivo alejándose del mínimo de la escala exclusivamente ante la existencia de agravantes contenidos en el injusto y, por otra parte, reducir esa habilitación punitiva de concurrir pautas atenuantes, sean éstas últimas del injusto o de la culpabilidad.

En el caso de estudio advierto como agravantes respecto: a) que lo que se procuró desapoderar fue un vehículo de alquiler, lo que genera una mayor indefensión del damnificado que para cumplir su función debe dar la espalda al pasajero, b) que el desapoderamiento aconteció en un lugar muy poco transitado en horas de la madrugada, lo que aumentaba la indefensión del nombrado Vivas, y c) que el arma de fuego no fue sólo exhibida, sino que fue utilizada en dos oportunidades aumentando el riesgo de afectación del bien jurídico integridad física del personal policial.

Respecto de la situación personal del imputado, existen algunas circunstancias que operan como atenuantes. Entre ellas se cuenta que posee estudios secundarios incompletos, que ha estado prisionizado en varias oportunidades -incluso muy alejado de su núcleo familiar, que entre las veces que fue encarcelado se cuentan algunas de ellos antes de cumplir la mayoría de edad, que ha tenido un largo período de consumo conflictivo de estupefacientes, y que no ha tenido trabajos estables.

Todo ello ha operado negativamente en un aumento de su vulnerabilidad social, y por ende al sistema penal. En suma, considero que debe imponerse a A**** la pena de tres años y cuatro meses de prisión, con costas (arts. 29.3, 42, 164.2 CP).

VI. Declaración de reincidencia -disidencia-: Por las razones que indicaré seguidamente considero que no debe disponerse a su respecto una agravación de la pena que le impida pretender la obtención de la libertad condicional, y por ello propongo no aplicar la disposición del art. 50 CP.

a. Cuestión de la constitucionalidad de la reincidencia: Tanto en el ámbito académico como en el ámbito judicial he sostenido que el instituto de la reincidencia no supera el tamiz constitucional y convencional¹. En este tribunal he indicado y fundamentado ello desde la causa "Cerqueira"², que el instituto de la reincidencia afecta las previsiones del derecho penal de acto, vulnera la garantía contra el doble juzgamiento y evade la prohibición de considerar una presunta "peligrosidad" en el ámbito penal.

También consideré que los fallos de la CSJN son resoluciones que, según se deriva de nuestro sistema jurídico y conforme lo ha dicho la misma Corte, resultan válidos únicamente para el caso concreto (Fallos 33:162), máxime cuando la llamada "doctrina del leal acatamiento" no se deriva de ninguna norma jurídica. En el caso citado de la CSJN, se aseveró que "...es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se

¹ "Un importante paso sobre el cual seguir construyendo un Código Penal menos irracional Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación «Gramajo, Marcelo E» respecto de la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 CP)", publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, n° 7/2007, ed. Lexis Nexis, 2006, p 1271/1289, también publicado en Doctrina Judicial (DJ 2006-3), Editorial La Ley, año 2006, p 443/563; "Otra incursión del "peligrosismo" en el Estado de Derecho Algunas notas sobre la inviabilidad de la doctrina del fallo "Lemes" (TSJ CABA) a la luz de la doctrina del fallo "Gramajo" (CSJN)", publicado en Revista Justicia Porteña, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 2, año n° 2, p 24/37; "Una forma de reincidencia más imperfecta... y más inconstitucional: la figura agravada de portación de armas por contar con antecedentes penales -Comentario al fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "Lemes s/infr. art. 189 bis 2.8 del CP"-", publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, volumen 22, p 389/444, también publicado en Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana -2009-, Ed. Cátedra Jurídica, Buenos Aires, p 261/330, y en "Frónesis. Revista de filosofía jurídica, social y política", vol. 18, n° 3, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 2011; "Tendencia expansionista de un sistema penal autoritario. Un análisis de la agravante previsto en el art. 189 bis (2) octavo párrafo del Código Penal (según ley 25.886)", publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, n° 8/2006, ed. Lexis Nexis, 2006, p 1461/1483, y "¿Más sobre la reincidencia?. Notas sobre el peligrosismo, los eufemismos, los vivos, los muertos y sus espíritus", publicación de la DGN, 2014 en prensa.

² Publicada en la Revista Pensamiento Penal n° 134 del 02 de noviembre de 2011, accesible públicamente a través del link <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/arma-utileria->

Poder Judicial de la Nación

hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen á su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan ó no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos”.

Sin embargo, no puedo desconocer que la CSJN ha resuelto con fecha 27 de mayo de 2014 el caso Arévalo” (A. 558. XLVI) en el cual, con una fundamentación acotada y algo críptica, tanto en sus remisiones como en sus omisiones, que el instituto de mención es constitucional. En esa línea explicativa, también corresponde indicar que en este fallo la CSJN no se remitió a todas las conclusiones de los precedentes citados, sino que exclusivamente lo hizo para afirmar que el agravante por reincidencia resultaba constitucional. En efecto, obsérvese que la CSJN indica en escueta sentencia “que **la cuestión relativa al planteo de inconstitucionalidad** del régimen de agravación de la pena por reincidencia resulta sustancialmente análoga a la resuelta... y a ellos corresponde **remitir, en lo pertinente**” (énfasis agregado).

En consecuencia, cabe derivar que el caso “Arévalo” no se ha adentrado en otros tópicos tales como el tiempo mínimo de cumplimiento de pena, o si las cuestiones relativas a la forma en que desarrolló la pena privativa de libertad deben considerarse, máxime después de haber dictado una serie de fallos sobre los que volveré luego.

Ante estas situaciones descriptas, y a los fines de no circunscribir los análisis, considero que es pertinente ampliar el análisis del caso, e iniciar el estudio desde la adecuación normativa del caso a la figura solicitada por el MPF, para recién luego de ello, en el caso de ser necesario, continuar con el consiguiente control de constitucionalidad.

b. Requisitos infraconstitucionales del instituto de la reincidencia: Según la doctrina y jurisprudencia legitimante de este tipo de habilitación de poder punitivo, se exigen una serie de requisitos para el agravamiento de la pena que pretende el MPF. Entre tales exigencias se cuenta que el imputado haya cumplido pena privativa de libertad, es decir con sentencia firme. Sin embargo, también es necesario adentrarse en otros tópicos.

Buena parte de aquella jurisprudencia, justifica su declaración en el “fracaso del tratamiento penitenciario”, asumiendo como premisa implícita que el Estado no posee en ese pretendido fracaso ninguna responsabilidad. Adviértase que sólo

mediante tal razonamiento es concebible que se realicen ciertas afirmaciones, como por ejemplo que "...el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...", o que del mero dato "objetivo y formal" pueda derivarse un pretendido "desprecio", para lo cual en la nueva condena corresponda "...ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario...".

En esa misma línea de fundamentación, la propia CSJN del caso "Gómez Dávalos" sostuvo que "...el principio de igualdad tampoco obsta a que el codificador contemple de diferente manera situaciones que considera distintas, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable...".

A ello cabe agregar que la propia CSJN, en su actual composición, resolvió una serie de casos de gran trascendencia en los cuales se introdujo a la cuestión de la ejecución de la pena privativa de libertad, a punto de considerar que en algunos supuestos ella se tornaba cruel, inhumana y degradante.

Sólo a modo de ejemplo basta referir que en el caso "Giménez Ibáñez" (Fallos 329:2440) aseveró que "...la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 constitucional". Ello abona la interpretación que, aún desde la óptica de la CSJN, no es posible considerar la coetánea vigencia en todos los casos posibles de una pena a prisión perpetua con la figura de la reincidencia.

Asimismo, y aún con más claridad respecto a las necesidades de adentrarnos en cuestiones sobre las que luego volveré, deviene relevante lo afirmado por la CSJN en el caso "Maldonado" (Fallos 328:4343) donde destacó que "...el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial".

En suma, no podría derivarse de los dichos de la CSJN que un juez no puede analizar en el caso concreto si ha habido violaciones a los derechos humanos que lo lleven a considerar que una nueva pena agravada devendría una de las consideradas crueles, inhumanas o degradantes. Una interpretación tan amplia de las afirmaciones de la CSJN no podría ser cumplida sin vulnerar el sistema de protección de derechos humanos y, comprometer además la responsabilidad internacional del Estado.

Poder Judicial de la Nación

En este marco tampoco puede olvidarse que la CSJN, con esta composición, dictó otros fallos sumamente relevantes en un sentido garantizador respecto de las condiciones de encierro, los que no pueden sino ser tenidos muy en cuenta para analizar aspectos indisolublemente ligados a ellos. Al respecto basta mencionar los casos "Romero Cacharane" (Fallos 327:388) y "Verbitsky" (Fallos 328:1146), a lo que deben añadirse las decisiones de los órganos internacionales con rango constitucional³ que la propia CSJN dijo que debían tenerse como guía para la resolución de todos los casos del derecho interno (Fallos 315:1492, 318:514, 332:709, entre muchos otros).

Recuérdese que en el primero de los casos citados en el párrafo anterior la CSJN dijo que "...uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía".

En el mismo sentido, en el caso "Verbitsky" la CSJN, con cita del caso "Badín" (Fallos 318:2002) aseveró que "...si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa". En ese mismo fallo la CSJN afirmó que "la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente", y con cita de Ricardo Núñez agregó que "las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal". Asimismo también sostuvo en esa oportunidad que el mandato constitucional "...impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral".

En consecuencia, aseveró que las carencias presupuestarias no pueden justificar trasgresiones que

3 Entre otros fallos de la CorteIDH vale hacer mención a los siguientes: sentencia en el caso "Bulacio vs. Argentina", sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, Nº 100; medidas provisionales respecto del Brasil, en el caso "Cárcel de Urso Branco", del 7 de julio de 2004; caso "Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay", del 2 de septiembre de 2004, Serie C, Nº 112; y caso "Penitenciarías de Mendoza", del 22 de noviembre de 2004.

subviertan el Estado de Derecho, atribuyéndole al poder judicial la función de limitar y valorar las políticas que se excedan del marco constitucional.

Por su parte, en el caso "Lavado" (Fallos 329:3863) en cuanto a la situación carcelaria de la provincia de Mendoza, y a las "medias provisionales" que había dispuesto la Corte IDH, la CSJN afirmó que más allá del debate sobre la competencia debía adoptar las medidas conducentes que tiendan a sostener la observancia de la CN.

Desde otra arista, tampoco es de menor relevancia que la CSJN, con esta misma composición en lo sustancial, haya avanzado sobre casos relacionados al cumplimiento por parte del Estado de derechos económicos, sociales y culturales, y en especial respecto de niños, niñas y adolescentes.

En particular, se observa el caso "Q C, S Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" (Fallos 335:452) sobre el que volveré más adelante, pero respecto del cual basta con señalar que la CSJN sostuvo que los principios constitucionales obligan al Estado a desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos, y en especial respecto del grupo de los menos favorecidos.

En suma, y aún desde la propia jurisprudencia de la CSJN, en su actual composición, y en lo que hace a derechos económicos, sociales y culturales, no existe ninguna posibilidad de considerar que la aplicación del agravante por reincidencia tenga una amplitud y abstracción tal que resulten igualmente sustentables en casos donde ha sido el propio Estado quien ha violado los derechos de quien ahora es responsabilizado penalmente.

En ese sentido, es sólo concebible pretender atribuir responsabilidad al ahora imputado, si el Estado aseguró el disfrute de los derechos que debía garantizar, según las obligaciones asumidas a nivel legal, constitucional y convencional. Ante ello, y como cuestión previa, se deben analizar una serie de situaciones, entre ellas: a) cuánto es el tiempo mínimo que el imputado aquí debería haber cumplido como condenado, b) de qué manera se desarrolló esa privación de libertad, y c) si el Estado cumplió o no con las obligaciones asumidas respecto del resguardo de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial en la infancia del ahora imputado.

c. Implicancias del sistema acusatorio de enjuiciamiento en este tópico: Considerando que no hay ninguna duda que la declaración de reincidencia implica una forma de agravar la pena (tal como la propia CSJN lo asume en el citado caso "Arévalo"), es que debe evaluarse qué implicancia tiene el pedido punitivo del MPF en relación al sistema de enjuiciamiento.

Al respecto, y tal como lo ha señalado la CSJN

Poder Judicial de la Nación

durante la última década (Fallos 320:1891, 321:201, 327:5853, 328:1491, 328:3399, 330:2658 -disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni-, entre muchos otros)- el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente obligatorio es el acusatorio, por lo que cobra superlativa relevancia para estudiar el caso el principio que indica que la carga de la prueba para habilitar poder punitivo recae en el acusador, y que ante la imposibilidad de que ello acontezca, el estado de inocencia impide al juez avanzar en sentido punitivo.

Ha dicho Ferrajoli que "...la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás..." añadiendo que "...la garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzieta*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un prepuesto de la carga de la imputación de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio." (Ferrajoli, Luigi; "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal"; ed Trotta, 2ª ed., 1997, traducida al español por Perfecto Andrés Ibáñez y otros, p 567).

En consecuencia, y por imperativo del sistema acusatorio de enjuiciamiento, deberá el acusador demostrar todas y cada una de las circunstancias sobre las que basará su petición punitiva, y en particular en estos casos que el agravamiento no es catalogable como una discriminación ilegítima. Ello, no sólo es una obligación que se deriva del sistema de enjuiciamiento acusatorio constitucionalmente dispuesto, sino que además es ineludible requisito para contradecir, en el caso concreto, las habituales condiciones de detención que existen en el sistema penitenciario.

d. Finalidad convencional de la ejecución de la pena:

La CADH y el PIDCyP, entre otros instrumentos internacionales, establecen que el fin de la pena es la "reforma y readaptación social". Sabido es que esa ideología de la prevención especial positiva con auge hace algunas décadas ha sido criticada con razón por parte de la doctrina (cfr. entre muchos otros: Zaffaroni, Raul - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro; "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Bs. As., 2000, pp 59/61).

Sin embargo, las penas de prisión siguen siendo la forma impuesta con más habitualidad por la legislación para sancionar delitos. Ante esa situación fáctica, corresponde en primer lugar que las agencias judiciales hagan efectiva esa cláusula convencional procurando, por un lado, tratar de evitar e impedir, de la forma más eficiente posible, las otras afectaciones que, con la privación de libertad, trae aparejada

la prisionización. Por otra parte, también es ineludible redefinir la disposición convencional como un derecho del condenado y, desde allí, ofrecer la posibilidad con acciones concretas de disminuir la vulnerabilidad social que la enorme mayoría de las personas prisionizadas poseen. Esa es la única forma de procurar compatibilizar las disposiciones de los arts. 5.2, 5.3 y 5.6 de la CADH.

Previo a avanzar en esta línea debe destacarse que es conocido por todos que la enorme mayoría de las personas abarcadas por la criminalización secundaria son quienes pertenecen a los sectores más vulnerables de la población. Sólo por indicar breves referencias, extraídas del informe realizado por el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 2012, basta señalar lo siguiente: de los aproximadamente 60000 prisionizados en el país (incluyendo los más de 30000 que están en prisión *gozando* de su estado de inocencia), 4000 de ellos no tenían instrucción formal, otros 14000 poseían ciclo primario incompleto, y otros 22000 lo habían completado sin ingresar en la educación secundaria. De aquellos aproximadamente 60000 prisionizados también cabe decir que, al momento de ser detenidos más de 43000 no tenían empleo, o poseían uno sólo de tiempo parcial. También es posible destacar que de la población referida, más de 25000 no tenía ni profesión, ni oficio al ser detenido; que en prisión más de 42000 no participan de programas de capacitación laboral, y que 30000 no tienen capacitación escolar.

Sería viable también referirse a los informes de otras organizaciones internacionales, gubernamentales o no gubernamentales, respecto del estado edilicio de las cárceles, del cumplimiento en la prestación de un adecuado derecho a la alimentación, salud, educación, trabajo y esparcimiento, y la prohibición de torturas y tratos crueles (cfr. en ese sentido entre muchos otros cabe citar a nivel nacional los de la Comisión Provincial por la Memoria -CPM-, el Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS-, la Defensoría General de la Nación -DGN-, la Procuración Penitenciaria, la Asociación Pensamiento Penal -APP-; y también en el ámbito internacional respecto de nuestro país los de la Comisión Interamericana de DDHH entre otros).

Sin pretensión de exhaustividad cabe destacar lo reseñado por Nicolás Laino y Gabriel Anitua al puntualizar que en el año 2011, en el ámbito federal la PPN registró 399 hechos de tortura y/o malos tratos, de las cuales 390 tuvieron lugar en unidades del Servicio Penitenciario Federal (SPF), añadiendo que ese año la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Hechos de Tortura y Otras Formas de Violencia Institucional de la DGN recibió en sólo diez meses información de 400 situaciones de tortura y/o malos tratos, de las cuales 273 habrían tenido lugar en unidades del SPF. Indicaron los autores que de esas situaciones se ha individualizado a las requisas, los ingresos y las sanciones en celdas de aislamiento

Poder Judicial de la Nación

como los momentos con mayor cantidad de hechos de violencia institucional (en Anitua, G. - Zysman, D. -comp- "La tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave", Ed. Didot, Bs. As., 2013)

En ese trabajo también se refirió que en 2011 la CPM denunció 7089 hechos vinculados a torturas y/o malos tratos, incluyendo allí desde faltas de atención médica, afectaciones al vínculo familiar y situaciones de aislamiento, hasta problemas de alimentación o infraestructura, y también golpes. En ese informe la CPM dio cuenta además de 10458 hechos violentos notificados por el Servicio Penitenciario Bonaerense a la justicia, cifra que implicó un incremento de la violencia intracarcelaria en un 31% con relación al año anterior y en un 49% para el período 2008-2011. Al respecto cabe recordar que la CorteIDH ha insistido en que "...frente a personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia" (CorteIDH caso "Mendoza c. Argentina, párr. 188 y sus citas).

En este mismo marco, ha sido el propio Comité contra la Tortura el que efectuó diversas observaciones respecto de la situación en Argentina. Vale destacar que en las observaciones del año 2004 (CAT/C/CR/33/1) expresó su preocupación por las numerosas alegaciones de tortura y malos tratos cometidas de manera generalizada y habitual por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (punto 6.a), la escasa cantidad de condenas frente al elevado número de denuncias por actos de tortura y malos tratos, así como los retrasos injustificables y la asimilación a delitos menos graves en la investigación de esos casos (punto 6.b y 6.c), el hacinamiento y las malas condiciones materiales de los establecimientos penitenciarios - falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiado- (punto 6.h), y las represalias, intimidaciones y amenazas recibidas por quienes denuncian actos de tortura y malos tratos.

No ha sido esa la única manifestación en tal sentido, también el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), órgano de aplicación PIDCyP expresó preocupaciones similares tanto en su informe del año 2000 (CCPR/CO/70/ARG, del 11 de marzo de 2000) como en el del 2010 (CCPR/C/CO/ARG/4, 22 de marzo de 2010), añadiendo que el abuso de la prisión preventiva producía situaciones de hacinamiento y favorecía los malos tratos en las instituciones de encierro, e instando a que dicha institución fuera utilizada como medida de último recurso y que se recurra al uso de medidas alternativas a ella (párr. 16).

Tampoco es menor las cinco condenas que Argentina posee ante la CorteIDH por violaciones al derecho a la integridad personal, como así también las distintas medidas provisionales dictadas por ese mismo órgano por la violación de

los derechos humanos, en particular por las torturas y los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles de la provincia de Mendoza.

Asimismo no puede dejarse de relevar los diversos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), tanto en informes de fondo en los casos contenciosos, las medidas cautelares, como los informes por país temáticos en los que se aborda el tema de las torturas. En la misma línea de denuncia y recomendación se destaca el hecho de que en junio de 2010 el Relator Especial sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH emitió un duro comunicado con relación a los lugares de privación de libertad de la provincia de Buenos Aires.

Más recientemente aún es el informe del Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT) del 27 de noviembre de 2013 (CAT/OP/ARG/1), elaborado en base a la visita realizada poco tiempo antes, donde se inspeccionaron centros de detención federales y de la Provincia de Buenos Aires. En dicho informe el SPT observó, sin perjuicio de los esfuerzos que ha realizado el Estado en los últimos años, que "...muchas de las deficiencias en la gestión y el trato a los internos arrastran la impronta de una estructura del sistema penitenciario marcadamente militarizada y de perfil corporativo..." y que prima "...un régimen de encierro sistemático, en que las posibilidades de muchos de los internos para compartir y socializar en grupo son bastante limitadas" (párr. 35).

Asimismo llamó la atención sobre la cantidad de "...personas encarceladas en centros muy alejados de sus familias, lo que les aísla forzosamente de un elemento vital de apoyo y contención", que "...la realización de frecuentes traslados a lugares distantes de la provincia y puntos distintos del país afecta tanto a los internos como a sus familias, obstaculiza el contacto con su tribunal y abogado y la buena marcha de las actividades realizadas por los internos en las unidades...", que "...los traslados son usados como una forma de castigo o represalia, y que se realizan sin informar a las familias y en condiciones degradantes debido al mal estado de los vehículos y las largas horas que los internos deben permanecer en los mismos, a veces incluso sin alimentos", que se advierte un porcentaje muy alto de privados de libertad sin sentencia condenatoria que, además se hallan alojados conjuntamente con personas condenadas. Sobre este tópico el SPT destacó que las propias autoridades "...provinciales y federales reconocieron la persistencia de una práctica excesiva de la prisión preventiva y serias deficiencias del procedimiento penal para tramitar los casos en legal tiempo y forma, a pesar de las medidas adoptadas en los últimos años para descongestionar los tribunales" (párr. 45), lo cual genera situaciones en las que "...los detenidos cumplen o sobrepasan en prisión preventiva la duración de la condena finalmente impuesta".

Poder Judicial de la Nación

El SPT también observó "...la insuficiencia de los servicios médicos en los servicios penitenciarios federal y provincial" destacando la falta de medicamentos, de personal médico adecuado -en especial para las mujeres-, e incluso de asistencia médica de urgencia, en algunas unidades. En tal sentido, recordó que "el Estado debe garantizar la asistencia médica efectiva en todas las cárceles durante las 24 horas del día, 7 días a la semana ", que "todo examen médico, incluyendo los de ingreso a las unidades penales, debe efectuarse respetando estrictamente el derecho a la privacidad y a la confidencialidad" y que "...a pesar de que se ha avanzado hacia la independencia del servicio médico..., aún sigue estando bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Seguridad y trabaja en estrecha relación con el propio servicio penitenciario [lo que] parece limitar la capacidad de independencia... para registrar posibles señales de tortura y malos tratos..."

En cuanto a las condiciones materiales de las unidades penitenciarias visitadas, advirtió que en algunas de ellas "...las celdas no reunían las condiciones mínimas para albergar personas...". En ese sentido destacó la falta de higiene, la falta de vidrios en las ventanas, la existencia de ratas y de cucarachas, la falta de ventilación, el hacinamiento, la existencia de cucarachas, piojos y excrementos en las celdas de aislamiento, la inexistencia acceso a servicios sanitarios en estas celdas, la habitualidad de inundaciones por las alcantarillas, entre otras cuestiones.

En lo que hace a la alimentación señaló que observó que en algunas unidades ella es de insuficiente cantidad y baja calidad. Respecto a las actividades educativas y laborales, advirtió que si bien ellas variaban sustancialmente según la unidad penitenciaria, "...en general, distan de ser satisfactorias". Recalcó el Subcomité las quejas sobre el "...poco acceso a actividades formativas o laborales, particularmente aquellas actividades que puedan jugar un papel decisivo en crear oportunidades para los reclusos cuando recobren su libertad". En el informe también se relevó el uso del régimen de aislamiento, incluso por razones distintas al comportamiento de quienes están encarcelados, y que ello suele realizarse sin el control judicial, y en condiciones edilicias aún peores que las relevadas respecto de las restantes celdas.

El SPT relevó también lo relacionado con las visitas familiares, destacando que resultan breves, esporádicas y desigualitarias en su asignación. Asimismo relevó quejas de vejámenes y malos tratos sufridos por los familiares cuando acudían a las visitas, en especial en lo que hace a "...revisiones invasivas, incluyendo desnudos completos, palpaciones y hasta flexiones, que eran practicadas a toda persona, incluso menores, bebés y mujeres embarazadas".., añadiendo que se refirieron insultos y amenazas por parte del personal penitenciario encargado de hacer las requisas, que

inhibirían cualquier intento de denunciar dichos tratos so pena de represalias contra los familiares privados de libertad.

El SPT afirmó que recibió testimonios reiterados y concordantes vinculados con "...robo o sustracción de pertenencias, amenazas, extorsiones para tener acceso a mayor seguridad o mejor trato a cambio de dinero, ingreso y venta de estupefacientes, agresiones físicas, provocación de peleas y conflictos entre internos con fines de diversión o control con la aquiescencia del personal penitenciario, traslados internos a pabellones más conflictivos o de aislamiento, reducción de porción alimentaria y de visitas, así como acceso privilegiado a programas educativos y laborales". Al respecto aseveró el Subcomité que "esta dinámica de amenazas y riesgos, la falta de un sistema eficaz para denunciar e investigar abusos y el temor a sufrir represalias por haber denunciado hacen que una persona privada de libertad, aunque en el mejor de los casos no haya sido víctima directa de hechos violentos, viva en un constante temor de sufrir algún tipo de agresión hacia sí misma, su familia o sus pertenencias".

No es menor que a partir de un suceso en particular, y la forma en que se actuó ante esa situación, el Subcomité concluya que aquello lo "...induce a pensar que las autoridades penitenciarias se conducen como un estado dentro del Estado". En ese sentido, en el informe se indica la preocupación por "...el uso recurrente y sistemático de armas y exceso de fuerza por parte del sistema penitenciario", y por "...el número de muertes tratadas como suicidios y las causadas por incendios, así como la falta de investigación para aclararlas y deducir responsabilidades".

Ante la situación relevada el SPT concluyó "...que la tortura y los malos tratos forman parte de una situación de violencia estructural en condición de encierro y constituyen prácticas fuertemente arraigadas en la manera de proceder del personal penitenciario en Argentina", añadiendo que las autoridades judiciales y gubernamentales explicaron que el sistema de prevención era incipiente y que aún había mucho por hacer (párr. 84).

En consecuencia, si la ley penal alcanza casi siempre a los más vulnerables -muchas veces porque esa misma condición les ha impedido construir su invulnerabilidad al sistema-, el encierro estatal debería, al menos, ofrecerles la posibilidad que les negó en sus infancias, adolescencias y juventudes, es decir, de disminuir esa vulnerabilidad. Sin embargo, ello no suele ocurrir.

En efecto, no es posible desentenderse de un "secreto a voces" que ciertas prácticas judiciales se empeñan en invisibilizar: la realidad carcelaria. Basta con ingresar a un establecimiento penitenciario, escuchar con atención a una persona detenida en ellos, u observar los legajos en trámite ante los juzgados de ejecución penal para advertir las prácticas que operan en ese ámbito, aún a pesar de los intentos

Poder Judicial de la Nación

de muchos operadores del sistema penal por reducir las cuotas más aberrantes que han constituido a la cárcel en forma estructural.

Como se señaló ya el gobierno de la cárcel y de toda institución total, transita con habitualidad por la lógica de premios y castigos, entre ellos malos tratos, torturas, muertes, aislamientos, requisas, disminución o anulación del régimen de visitas, déficit alimentario, política de traslados, privación de acceso a la educación, etc. (cfr entre otros PPN, Informe anual 2010). En suma, no hay más que transitar por algunos ya clásicos libros de la criminología para comprender que esas situaciones no responden a especiales situaciones coyunturales latinoamericanas, aunque sí se advierte en muchos casos una especial cuota de crueldad en esos márgenes planetarios, lo que debe ser considerado específicamente ante pedidos de mayor gravedad punitiva como la que aquí formula el MPF.

En ese marco la exigencia convencional sobre el fin de la ejecución de la pena de prisión, debe ser contextualizada, no sólo porque el derecho no puede desentenderse de cuestiones extranormativas, sino porque la propia CADH establece que es obligación de los Estados garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas, debiendo para ello adecuar su derecho interno, tanto en lo que hace a medidas legislativas como las de otro carácter. Entre estas últimas es ineludible considerar la obligación de modificar las prácticas de cualquier agencia estatal si ellas conllevan afectación de derechos.

Ahora bien, en el caso de estudio se advierte una situación de grave vulnerabilidad respecto de la cual el Estado asistió pasivamente durante muchos años, y luego de ello intervino activamente ante la comisión de un delito, y lo hizo prisionizándolo pero sin respetar sus derechos básicos.

Tiempo después el mismo Estrado, ante la comisión de otro delito, pretende desligarse de la responsabilidad de lo hecho por las propias agencias estatales, y requiere que se añada un plus de privación de libertad.

e. Particularidades del caso concreto. Poco de lo referido precedentemente resulta ajeno al caso que nos ocupa. Advierto que el imputado posee una cantidad de circunstancias que -aún soslayando la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la figura de la reincidencia- indefectiblemente deben considerarse en el sentido referido y que, en términos jurídicos deben llevar a la **inaplicabilidad del agravamiento de la pena solicitado por el MPF en los términos de los arts. 50 y 14 CP.**

Obsérvese que, además de las circunstancias atenuantes de la culpabilidad, indicadas en el momento de la determinación de la pena, el imputado durante sus

prisionizaciones anteriores (considerando sólo lo que fue explicitado en el legajo de ejecución del JEP 1 de la Capital Federal n° 28896, y n° 106223) tuvo numerosas situaciones que deben ser evaluadas.

1. Respecto de la ejecución de la condena impuesta por el TOC 11 con fecha 6 de julio de 2004 (legajo 28896):

a) fue trasladado sin previo aviso, ni siquiera al juez de ejecución, a muchos kilómetros de su familia, y en especial de sus hijos, sin importar lo establecido en el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño. En tal sentido obsérvese que estaba detenido en el CPF II desde septiembre de 2003 y que a fs. 12 del legajo hay constancia donde se informa que en octubre de 2005 había sido trasladado a Rawson (Chubut) y que además se le había aplicado una medida cautelar en el marco de un proceso sancionario de 24 horas en celda de aislamiento, a lo que luego se añade que se lo sancionó a dos días en tal condición, todo sin conocimiento de la defensa y sin control judicial previo. También hay constancias en el legajo que fue nuevamente trasladado al CPF II a pedido de un juzgado y que, en ese contexto solicitó quedarse en la zona aledaña a la Ciudad de Buenos Aires debido a evidente acercamiento familiar, lo que se agravaba porque su hermano estaba detenido en la Ciudad y se hallaba gravemente enfermo (fs. 165). No es menor destacar que los traslados combinados con alta vulnerabilidad social implican una forma sumamente contundente de romper lazos familiares. En esa línea de observación no es menor destacar que la pareja del imputado y sus hijos viven en un contexto económico que no permite sino satisfacer mínimamente las necesidades del grupo familiar (cfr. fs. 231 del legajo de ejecución). A ello el juez de ejecución evita resolver el pedido y sólo le sugiere al director del SPF que "evalúe la solicitud" (fs. 167). El SPF sin una comunicación o disposición alguna que se haya incluido en el legajo para conocimiento del juez y el defensor, trasladó a A***** nuevamente a Rawson. De hecho a fs. 205, con fecha 23 de mayo de 2007 surge un acta que se realiza con el nombrado en la U6 del SPF. Pocos datos surgen explícitamente del legajo, pero en el informe de fs. 231/2 A***** declara respecto de su grupo familiar que su hermano murió de VIH en febrero de ese año.

b) fue objeto de sanciones disciplinarias sin ninguna intervención de la defensa, y sin intervención judicial previa a su aplicación y ejecución. De hecho muchas de esas sanciones le implicaron una disminución en las calificaciones y pocas de ellas fueron tardíamente recurridas por la defensa, debido a que no se les comunicó tal situación (cfr. fs. 12, 22, 23/4, 173, 180).

c) fue liberado en términos de libertad condicional varios meses después de que le correspondiera esa libertad por la sola razón de la ineficacia de los órganos estatales que no obtenían de sus mismas agencias la información relacionada al

Poder Judicial de la Nación

cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa en cuestión. Obsérvese que la defensa requirió el inicio de los trámites pertinentes con más de tres meses de antelación al cumplimiento del plazo de los dos tercios de la condena en detención. Asimismo el juzgado dispuso la realización de los informes por parte del SPF, y reiteró tal solicitud dos veces más. Además el mismo imputado debió interponer un habeas corpus ante el juez federal de Rawson (cfr. fs. 54, 66, 72, 95 y 96) para obtener alguna clase de respuesta a su solicitud de libertad. Adviértase que los informes penitenciarios fueron realizados recién el 23 de mayo de 2007, remitidos al juzgado el 30 de ese mes, recibidos en el juzgado el 4 de junio. A partir de allí, previas vistas e informes se dispuso su libertad condicional recién el 18 de agosto de 2007 (fs. 262/3), es decir, dos meses más tarde de lo que correspondía. Asimismo en dicha resolución se dispuso un control y apoyo pospenitenciario, del cual sólo existe constancia de que A***** se presentó una pocas veces y luego de que el legajo fue archivado (fs. 272).

d) Vinculado al tópico anterior, y como elemento sumamente relevante para no poder considerar el agravamiento pedido por el MPF debe destacarse que de lo que surge del legajo A***** nunca fue incorporado al período de prueba. Obsérvese que la resolución que dispone su libertad condicional cita el informe del Consejo Correccional del SPF del legajo que da cuenta de que estaba en la fase de consolidación del período de tratamiento.

2. Respecto de la ejecución de la condena impuesta por el TOC 25 con fecha 29 mayo de 2008 (legajo 106223):

a) al igual que en la ejecución de la pena de la causa referida en el punto anterior, A***** fue trasladado, sin previo aviso ni siquiera al juez de ejecución, a muchos kilómetros de su familia, y en especial de sus hijos, sin importar lo establecido en el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño. En tal sentido obsérvese que estaba detenido en el CPF II y que a fs. 41 del legajo la pareja del detenido es quien le informa al juzgado que a principios del mes de febrero de 2009, había sido trasladado a Resistencia (Chaco), y que además el motivo del traslado fue que previamente se lo llevara al Hospital Perón de Marcos Paz por tener cinco heridas profundas. Un mes y medio después, el juzgado requirió que el SPF le informara si en esas condiciones el detenido estaba con alta médica para de ser trasladado (fs. 77). Ello nunca fue respondido recién en el mes de julio (fs. 115) donde se da cuenta de que A***** fue tratado pero indica que mantiene "síntomatología dolorosa", ante lo cual es derivado al servicio de traumatología del Hospital Perradno, donde se ordenan estudios. Paralelamente A***** solicitó en varias oportunidades (marzo, mayo y agosto de 2009) el traslado a una colonia penal

(fs. 75, 83, 105, 120). Ello no se cumplió, y en septiembre se labra un acta donde A***** "solicita dejar sin efecto el pedido" (fs. 129). La próxima actuación en el legajo es de diciembre de ese año y radica en su progreso a la fase de fianza (fs. 135).

b) vinculado al tópico anterior fue objeto de lesiones, no sólo en el CPF II sino también en la U7 SPF, pese al deber de custodia que el Estado tiene respecto de toda persona privada de libertad. Entre ellas vale mencionar el hecho de que su madre, en mayo de 2009, denunciara que A***** habría sido atacado y lesionado con palos. El juzgado de ejecución dispuso extraer testimonios de la denuncia y remitirla al juzgado federal con competencia en Rawson (fs. 94), y no al de Resistencia como, en todo caso hubiera sido pertinente. Sin perjuicio de ello, respecto de la salud de A***** no hay pedido de informe alguno.

b) fue objeto de sanciones disciplinarias sin ninguna intervención de la defensa, y sin intervención judicial previa a su aplicación y ejecución. En particular uno de esos procesos (cfr. incidente "sanción 20/01/09") es de mayor interés, ya que en él se le aplicó la medida cautelar de aislamiento por un plazo de 24 horas (fs. 3), prorrogado luego por otras 24 horas (fs. 4), pero luego se decidió dejar sin efecto el sumario (fs. 19). En ese caso el descargo efectuado por A***** -sin intervención de ningún defensor- fue que lo que lo motivó a golpear la puerta del lugar donde se realizaba la visita íntima con su pareja, radicaba en que ella se había descompuesto, ya que padece una afección, que se registraba una temperatura de 36° C y que la puerta estaba cerrada desde afuera. Llamativo es que para clarificar esta situación se haya tenido que aguardar tres días, y que A***** hubiera tenido que estar aislado durante todo ese tiempo.

c) el 16 de abril de 2010 A***** solicitó, mediante habeas corpus, la salida transitoria debido a que ya había superado holgadamente el requisito temporal para ello. Ese pedido lo debió reiterar en otras dos oportunidades en el mes de mayo, y el juez de ejecución recién el 17 de septiembre de 2010 resolvió el pedido. A ello debe añadirse que la resolución del juez, en contra del informe favorable del SPF (fs. 190), fue denegar el pedido. Para ello alegó que el domicilio aportado para concurrir en las salidas era el de su grupo familiar y que resultaba ser el mismo que poseían cuando salió en libertad condicional en la causa anterior. De ello dedujo el juez que el grupo familiar no era lo suficientemente "continente". Ello obligó a que A***** cambiara el domicilio y que el mismo juez, pero el 22 de febrero de 2011, sí dispusiera las salidas requeridas (cfr. fs. 247/250).

En suma, solamente sería válido analizar el planteo del MPF si este hubiera alegado y acreditado durante el tiempo en que estuvo prisionizado, el Estado compensó sus propias

Poder Judicial de la Nación

deficiencias, alejándose de los patrones habituales de vulneración de ciertos derechos que el mismo Estado reconoce en diversos informes ante organismos protectores de derechos humanos.

Muy por el contrario, lo que demuestran los informes de su legajo, las afirmaciones que hiciera en la audiencia realizada -no controvertidas por la acusación-, y el legajo de ejecución de las penas anteriores, es que si hubo una mínima reducción de su alta vulnerabilidad social ha sido lograda exclusivamente a partir de su esfuerzo personal, y a pesar de las agencias estatales.

En definitiva, aún sin adentrarme a la cuestión de la constitucionalidad de la reincidencia, me pregunto de qué manera es posible que, desde otra agencia del mismo Estado, se pretenda agravar la pena de prisión impidiendo la obtención de la libertad condicional, sin recaer en un discurso perverso que además entrafía la imposición, en este caso, de una pena cruel, inhumana y degradante en los términos del art. 5.2 de la CADH.

En efecto, la CorteIDH ha afirmado que "...en la imposición de una pena se deben analizar las características propias del delito y del acusado de modo de que aquella no se transforme en una sanción inhumana e injusta; los artículos 4, 5 y 8 de la Convención obligan a los tribunales a dictar sentencias individualizadas, efectuando una conexión racional y proporcional entre el inculpado, el delito y el castigo impuesto" (CorteIDH, caso Hilaire Constantine y Benjamín y otros c. Trinidad y Tobago', resuelto el 21 de junio de 2002).

En este contexto, no es un dato irrelevante que el SPT de cuenta, en varios tópicos del informe del año 2013, que las autoridades federales y provinciales hayan dado cuenta del inicio de actividades y mecanismos para evitar o paliar las violaciones denunciadas. Ello es relevante porque implica un reconocimiento de la situación por parte de las agencias estatales, lo que conlleva que el MPF primero, como peticionante, y luego la agencia judicial, deban acreditar que al imputado no se le han lesionado seriamente sus derechos para avalar un agravamiento punitivo.

En suma, si el MPF se quisiera mantener la validez de esos anquilosados argumentos peligrosistas, y soslayando la anticonvencionalidad de la figura, debería acreditar una serie de situaciones para pretender una habilitación punitiva que evite la libertad condicional. En este caso ello no sólo no aconteció, lo que hubiera bastado para denegar el pedido en el contexto de la acreditada situación carcelaria general, sino que se demostró lo diametralmente opuesto, por lo cual corresponde **no hacer lugar** al pedido del representante del MPF respecto de la **aplicabilidad de los arts. 14 y 50 CP, a los fines de evitar la imposición de un agravamiento de pena cruel, inhumano y degradante (arts. 75.22 CN en función de los arts.**

5.2 y 5.6 de la CADH). Por ello deviene innecesario analizar la constitucionalidad en abstracto de la figura de la reincidencia.

Así lo voto.-

Por todos estos fundamentos, y de acuerdo con lo establecido en los arts. 398, 399, 400, 401, 402, 403, 530, 531 y 533 del ritual, el Tribunal dictó el veredicto de fs. 392 en el que por mayoría, se

RESOLVIÓ:

I.- CONDENAR a **CÉSAR FABIÁN A*******, de las demás condiciones personales descriptas en el encabezamiento, a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS**, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego, en concurso real con resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de armas (arts. 29 inc. 3°, 45, 104, 166 inc. 2° párr. segundo y 239 del Código Penal).

II.- DECLARAR REINCIDENTE al mencionado **CÉSAR FABIÁN A******* (art. 50 del C.P.).

Hágase saber, tómesese razón, firme que quede, comuníquese y oportunamente, archívese.

Ante mí:

En la misma fecha, siendo las 13:30 horas, se dio integra lectura de la presente en la Sala de Audiencias de este Tribunal, quedando así las partes debidamente notificadas. CONSTE.