



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

Reg. n° 1480/2019

//n la ciudad de Buenos Aires, a los 21 del mes de octubre del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Eugenio C. Sarrabayrouse y Horacio L. Días, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos por la defensa oficial de _____ Godoy Márquez a fs. 645/660 y por la defensa de _____ Almada a fs. 666/684, en la presente causa n° CCC 23131/2016/TO1/CNC1 caratulada “GODOY MARQUEZ, _____ y otro”, de la que **RESULTA:**

I. El 21 de abril de 2017, el Tribunal Oral de Menores n° 3 de esta ciudad, por unanimidad, resolvió, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “**1.- NO HACER LUGAR** al planteo de nulidad efectuado por las defensas de los encausados _____ GODOY MARQUEZ y _____ ALMADA.- **2.- DECLARAR COAUTOR PENALMENTE RESPONSABLE al menor _____ GODOY MARQUEZ (D.N.I. N° _____), de las condiciones personales consignadas en el legajo, en orden al delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego reiterado –doshechos–, en concordancia con lo normado por los artículos 45, 55 y 166, inciso 2°, párrafo segundo, del Código Penal de la Nación.- 3.- CONDENAR a _____ ALMADA (D.N.I. N° _____), de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de DIECISEIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, en orden a delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego reiterado –dos hechos–, en calidad de coautor, y el delito de portación ilegítima de arma de guerra, en**



carácter de autor, todos en concurso material entre sí, conforme lo reglado por los artículos 5, 12, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 55, 166, inciso 2°, segundo párrafo, y 189 bis, inciso 2°, párrafo 4°, del Código Penal de la Nación (...)”.

Los fundamentos fueron dados a conocer el día 28 de abril del mismo año (cfr. fs. 625/642).

II. Contra esa resolución, las defensas de los imputados interpusieron sendos recursos de casación. Por un lado, el Defensor Público Oficial Damián R. Muñoz, a cargo de la asistencia técnica del menor ____ Godoy Márquez, interpuso recurso de casación afs. 645/660; por su parte, el Defensor Público Oficial Fabio O. Potenza, a cargo de la defensa de ____ Almada, interpuso recurso de casación a fs. 666/684. Ambos recursos fueron concedidos por el tribunal oral (cfr. fs. 684/686) y mantenidos en esta instancia (cfr. fs. 692 y 693, respectivamente).

Para mayor ilustración, sin perjuicio de que oportunamente serán abordados en profundidad, corresponde hacer una breve reseña de los agravios expuestos por los recurrentes.

Conjuntamente, ambas defensas plantearon:

a. La nulidad absoluta de la pericia obrante a fs. 586/590, lo que se proyectaba hacia la calificación legal de los hechos juzgados, que debían calificarse como robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada.

b. La incorrecta valoración de la prueba respecto del hecho identificado como “a” -que damnificó a ____ Alí-, y su consecuente incidencia en la calificación legal. En esencia, sostuvieron que la prueba colectada no permitió arribar a la certeza necesaria para afirmar que el revólver calibre 38 Special “Nere”, secuestrado en autos, haya sido el utilizado en dicho hecho, razón por la cual dicho suceso debió calificarse como robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNCI

c. La incorrecta valoración de la prueba y su incidencia en la calificación del hecho “b”, en tanto el hecho no habría alcanzado el grado de consumación.

En lo que hace a los planteos específicos de cada parte, se advierte que la defensa de Godoy Márquez sostuvo que el menor no realizó aporte concreto alguno en el hecho “a”, por lo que o bien debía absolvérselo de dicha imputación o entender que tuvo una participación secundaria del delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (conforme los planteos señalados previamente en “a” y “b”).

Por su parte, la defensa de ____ ____ Almada, respecto del delito de portación ilegítima de arma de guerra por el que fue condenado el nombrado, sostuvo: a) en primer lugar, que como consecuencia del planteo de nulidad absoluta de la pericia balística de fs. 586/590, no era posible concursar el delito de robo cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada con el delito de portación de arma de fuego, sino que, eventualmente, se trataría de una tenencia de arma de guerra; b) en segundo término, señaló que, en todo caso, existía un concurso aparente de leyes, por lo que debía descartarse el tipo penal del art. 189 *bis*, inc. 2º, párrafo 4º, que quedó desplazado por la comisión del delito de robo con arma de fuego.

Asimismo, se agravió de la mensuración de la pena impuesta por el *a quo*.

III. La Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal le otorgó a los recursos presentados el trámite previsto en el art 465, del Código Procesal Penal de la Nación (cfr. fs. 695).

IV. Ya sorteada esta sala II, en el término de oficina (arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN), los defensores Claudio Armando –en representación de Godoy Márquez– y Mariano Patricio



Maciel –por Almada– presentaron cada uno un escrito por medio del cual profundizaron los argumentos vertidos en sus recursos de casación (cfr. fs. 700/703 y 704/709, respectivamente).

Ambos coincidieron en apuntar que, en función de lo resuelto en el precedente “**Graff**”¹ de esta Sala, de prosperar el agravio relativo a la nulidad de la pericia balística de fes. 586/590, cabía calificar los hechos de autos como robo simple.

V. Convocadas las partes a la audiencia prevista en los arts. 465 y 468, CPPN (cfr. fs. 715), éstas no se hicieron presente (cfr. 722). Por su parte, la Fiscal General Patricia Quirino Costa solicitó, en su escrito de “breves notas”, que se rechacen los recursos interpuestos (cfr. fs. 716/721).

VI. Efectuada la deliberación establecida en el art. 469, CPPN, el tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

Y CONSIDERANDO:

El juez Daniel Morin dijo:

1. Al momento de resolver, los integrantes del Tribunal Oral de Menores n° 3 tuvieron por probados los siguientes hechos, descritos en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 390/395:

“**Hecho A:** acaecido el día 18 de abril de 2016, alrededor de las 20:45 horas, en las inmediaciones de la intersección de las calles Portela y Primera Junta, en esta Ciudad, oportunidad en que _____ **Almada** junto al menor de 16 años de edad _____ **Godoy Márquez** y un sujeto del sexo masculino que aún no ha sido individualizado, mediante intimidación y la utilización de un arma de fuego, interceptaron a _____ Allí, y se apoderaron ilegítimamente de su cartera, la cual contenía en su interior su D.N.I. libreta y otra tarjeta, un teléfono celular marca Nokia, abonado N° _____

¹ Sentencia en fecha 23.09.16, registro n° 752/2016, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

_____, varias tarjetas de crédito y de débito de los bancos Hipotecario y Ciudad de Buenos Aires, un juego de llaves, la suma de cincuenta pesos, un pendrive, dos tarjetas SUBE, tarjetas de la obrasocial, dos llaves candados y un monedero rosado, entre otros efectos. “Para ello los imputados interceptaron a la damnificada en momentos en que circulaban a bordo del vehículo Nissan Tiida, dominio _____, propiedad de _____ Schultze, oportunidad en que uno descendió del vehículo esgrimiendo un revólver calibre 38 Special, marca NERE, número 009752, cargando con dos cartuchos a bala, en condiciones inmediatas de uso, al tiempo que le refirió ‘*dame la cartera*’, despojándola así de dicho elemento para luego ascender nuevamente al automóvil y huir del lugar.

“**Hecho B:** el que tuvo lugar minutos después del mismo 18 de abril, en las inmediaciones de la intersección de las calles Rivera Indarte y Bilbao, de esta Ciudad, oportunidad en que _____ Almada, junto al menor de 16 años de edad _____ Godoy Márquez y a un tercer sujeto aún no individualizado que se encuentra prófugo, interceptaron a _____ San Martín, en circunstancias en que regresaba de la facultad y, mediante el uso de armas de fuego, lo introdujeron en el vehículo arriba mencionado, donde lo despojaron de diversos objetos de valor tales como un reloj marca TOMMY de malla y caja metálica color plateado, una pulsera de acero quirúrgico sin inscripción, una cadenita de acero quirúrgico del que pendía un dije con forma de cruz sin inscripciones –que el nombrado tenía colgada en el cuello–, la suma de quinientos pesos (\$500,00) en efectivo –que se hallaban en el interior de su billetera– y un teléfono celular, marca SONY, modelo ZL, negro, abonado _____.

“Para ello, mientras la víctima se dirigía a su domicilio caminando por el lugar mencionado, dos de los imputados, esgrimiendo una escopeta y un revólver calibre 38 Special, marca



NERE, número 009752, cargado con dos cartuchos a bala, en condiciones inmediatas de uso, descendieron del vehículo marca Nissan Tiida, dominio _____, mientras el tercero quedó al volante del rodado, e interceptaron a _____ San Martín obligándolo a subir al rodado, donde le manifestaron *'dame todo, dame el reloj pulsera, la cadenita y la billetera, dame todo'*, apoderándose así de los bienes arriba detallados.

“Luego de ello, los delincuentes obligaron a _____ San Martín a dirigirse a su domicilio sito en la calle _____, de esta ciudad, y una vez en el lugar, Almada y Godoy Márquez ingresaron a la vivienda portando el revólver descrito en el párrafo precedente y una escopeta marca Pietro Beretta que no era apta para producir disparos, donde redujeron al resto de la familia del damnificado (...), y comenzaron a apoderarse de diversos efectos de valor, en tanto el tercer cómplice aguardaba en el exterior en el rodado.

“En efecto, mientras los progenitores de _____ San Martín – _____ y _____ González– cenaban junto a su hermano – _____, Almada y Godoy ingresaron por el portón del garaje. Una vez allí, encerraron a _____ en el baño de la planta baja al tiempo que amedrentaban a los progenitores de los jóvenes, llegando incluso a agredir con la culata de la escopeta al padre de los mismos, a la vez que le referían *'quiero la plata, quiero la plata. Queremos la plata'*, y le sustraían una cadenita de oro condije y dinero en efectivo, circunstancia en la cual, despojaron también a su esposa de una cadenita de oro con dije, una pulsera y tres anillos –uno de oro– y un reloj.

“Luego de ello, los imputados llevaron a toda la familia al comedor de la vivienda, donde despojaron a _____ de dinero en efectivo y un reloj, mientras continuaban exigiendo la entrega de más dinero, recorriendo la planta baja y entrepiso de la finca,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

apoderándose así de diversos efectos entre los que se encontraban dos aparatos de telefonía celular, uno marca LG y otro SAMSUNG, una tablet marca SAMSUNG blanca, un televisor de 42", negro, una consola de juegos marca PLAY STATION 4 con su control y un monitor de computadora, todo lo cual fueron acumulando en el garaje, como así también de billetes de moneda nacional y de dólares estadounidenses que les entregó el padre de la familia.

“Mientras los imputados desplegaron su accionar, _____ San Martín aprovechó un descuido para pulsar el botón que activó la alarma de la empresa ‘Prosegur’, lo cual determinó que instantes después personal de la firma llamara al domicilio, oportunidad en que el nombrado brindó una clave falsa para alertar así a dicha empresa de que diera aviso al personal policial.

“Fue así que luego de unos minutos, arribó al lugar personal policial cuya presencia puso en fuga al delincuente que aguardaba a los procesados en el vehículo y determinó que los dos sujetos que se encontraban en el interior huyeran por los fondos de la vivienda con la parte del botín que pudieron llevar consigo.

“Sin perjuicio de ello, el personal policial interviniente logró dar alcance y aprehender a los imputados quienes en su huida arrojaron las armas utilizadas en el hall de entrada de la vivienda que linda al fondo de aquella donde ocurriera el atraco, ubicada sobre la calle Bialet Massé, razón por la cual los uniformados procedieron a formalizar la detención y el secuestro de los bienes que éstos tenían en su poder, las armas utilizadas y los demás objetos que habían preparado para llevarse previo al arribo de los uniformados.

“**Hecho C:** en las mismas circunstancias de tiempo y lugar arriba señaladas, se imputa a _____ Almada el haber portado sin la debida autorización legal, un revólver calibre 38 Special, marca NERE, número 009752, cargado con dos cartuchos a



bala, en condiciones inmediatas de uso, siendo que conforme a la normativa legal resulta clasificada como arma de guerra”.

2. Nulidad del peritaje balístico obrante a fs.

586/590

Como se adelantó, ambas defensas postularon la nulidad absoluta del peritaje balístico practicado sobre dos cartuchos calibre .38 Special, a fin de determinar si éstos podían ser disparados por el revólver calibre .38 Special, marca Nere, número 009752 (todos ellos elementos secuestrados en autos cfr. fs. 22), y si eran aptos para sus fines específicos. La queja principal de los recurrentes se apoyó en la falta de notificación de la realización de dicha medida.

Corresponde abordar en primer lugar este agravio, debido a que una eventual declaración de nulidad respecto de la prueba cuestionada proyectaría sus efectos sobre los restantes cuestionamientos esgrimidos respecto de la calificación legal de los hechos juzgados.

2.1. El Tribunal Oral rechazó la nulidad planteada por las defensas bajo los siguientes argumentos:

a. El art. 170, inc. 2º, CPPN, es taxativo en cuanto a la oportunidad y la forma de oposición de las nulidades producidas en los actos preliminares del juicio, las que podrán ser opuestas bajo pena de caducidad, inmediatamente después de abierto el debate. De la misma forma, el art. 376, CPPN, establece que “[i]nmediatamente después de abierto por primera vez el debate, serán planteadas y resueltas, bajo pena de caducidad, las nulidades a que se refieren el inciso 2º, del art. 170...”.

Tales extremos no fueron atendidos por los recurrentes, quienes no plantearon cuestiones previas en el acto de apertura del debate, ni realizaron manifestación alguna cuando, al finalizar la prueba testimonial, se dispuso la incorporación por lectura del peritaje balístico de fs. 586/590, entre otras pruebas.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

b. De los libros de recibos del tribunal, surgía que la defensa oficial a cargo de la asistencia de Godoy Márquez tuvo en su despacho el expediente completo, los días 1 de diciembre de 2016 y 21 de febrero de 2017. En la primera oportunidad, fue a los efectos de ofrecer prueba, cuando el fiscal ya había requerido la instrucción suplementaria cuyo resultado ahora se cuestiona; para la segunda vez, ya se había ordenado la realización de la medida (10 de febrero de 2017, fs. 441/441vta.), por lo que si bien no se notificó dicho decreto vía cédula, tuvo conocimiento pleno de lo ordenado, por lo que la omisión quedó subsanada.

Respecto de la defensa particular que asistía en aquel momento a Almada, expresaron que a fs. 442 se dejó constancia del libramiento de una cédula electrónica a la Dra. Irma Juana Sosa. De tal forma, no era atendible su objeción vinculada a la falta de notificación de las conclusiones del informe, ya que la norma legal prevé que la sanción de nulidad se refiere a la realización del peritaje, a efectos de que las partes puedan proponer peritos.

c. También se subsanó aquella omisión con el libramiento de las cédulas electrónicas que notificaron a ambas defensas del proveído de prueba y la fijación de fecha de debate (cfr. fs. 445).

d. El pleno conocimiento que tenían las defensas sobre el peritaje balístico atacado, del que expusieron punto por punto en sus alegatos (en referencia a la alocución del Dr. Muñoz, defensor de Gódoy Márquez).

e. No se advierte el perjuicio que se habría provocado, pues el peritaje se limitó a examinar dos cartuchos y su propia aptitud, como así también si podían ser disparados por el arma incautada, sin que hubiera sido cuestionado por la defensa que se trató del material secuestrado. Asimismo, destacó que se trató de la



ampliación del peritaje realizado a fs. 168/173, en el que, ante la escasez de material, se utilizaron cartuchos testigo.

2.2. Esencialmente, ambas defensas –cuyos planteos sobre este tópico fueron idénticos, diferenciándose únicamente en el hecho de que la defensora particular de Almada sí fue notificada vía cédula electrónica (cfr. fs. 442) de la realización de la medida–, cuestionaron que:

a. El acto se llevó a cabo sin la debida intervención de la defensa, de conformidad con lo establecido en los arts. 166, 168 y 258, CPPN. Señalaron que se omitió notificar su realización (sólo en el caso de la defensa de Godoy Márquez) y su resultado, afectándose el debido proceso legal y el derecho a controlar la prueba de cargo.

b. Específicamente, la nulidad absoluta encontraba fundamento en que obturó la posibilidad de asistir al acto –definitivo e irreproducible–, de proponer peritos de parte, recusar a los que se nombren, solicitar puntos de pericia y/o hacer examinar sus resultados por otro perito, conforme establece el art. 200 y 258, CPPN.

c. Tomaron conocimiento del resultado del examen pericial luego de la audiencia celebrada el 5 de abril de 2017, a raíz de que el tribunal mencionó que esa prueba –de la que no habían sido notificados– se incorporaba por lectura. Fue así que, en el ínterin, cuando se reanudó la audiencia el 19 de abril, se expuso sobre el peritaje en los alegatos.

d. Lo dispuesto en el art. 170, CPPN, en cuanto a la oportunidad del planteo de la nulidad, no resulta oponible por tratarse de una nulidad absoluta, la que puede ser planteada en cualquier estado del proceso.

e. Es contradictorio el argumento del tribunal oral, que por un lado señala reglas de oportunidad y caducidad –art. 170, CPPN–, y luego resalta que las defensas no manifestaron oposición





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

alguna al tomar conocimiento de que la prueba cuestionada se incorporaba por lectura. Esto último es una aceptación tácita de que se trataba de una nulidad absoluta pasible de ser planteada en esa oportunidad.

f. Frente al argumento del *a quo* de que la omisión fue salvada por haber tenido el defensor oficial el expediente a su disposición, señalaron que tampoco se observaron las normas procesales que regulan las formas que deben seguirse para la notificación personal en el despacho de la defensoría -art. 148, CPPN-, ni en general, las prescripciones del art. 152, CPPN.

g. El conocimiento de que el fiscal había solicitado la medida como instrucción suplementaria no relevaba al tribunal oral del deber de notificación que estipula el código ritual. Por otro lado, la notificación del proveído de prueba en nada subsana la omisión denunciada, ya que dicha resolución (cfr. fs. 444) no detalló las pruebas que se incorporarían por lectura.

Concluyeron que, sin perjuicio de que la medida era una ampliación de la practicada en instrucción sobre las armas secuestradas, conocer acerca de la aptitud de las municiones secuestradas resultaba vital para tener por configurado el tipo de robo con arma de fuego.

2.3. El art. 258, CPPN, impone, en efecto, el mandato de notificar la resolución que ordena producir la prueba pericial “al ministerio fiscal, a la parte querellante y a los defensores antes que se inicien las operaciones periciales, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple”.

Tal como expresé anteriormente en “**Segundo**”², no es posible, entonces, soslayar que si el legislador ha conminado con la invalidez del acto el defecto en hacer saber a las partes del proceso de manera fehaciente acerca de la diligencia, es porque encontró un

² Sentencia en fecha 8.06.18, registro n° 656/2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin.



particular interés en que todas ellas tengan ocasión de ejercer sus derechos al momento de llevarse a cabo. Esa solemnidad, empero, guarda precisamente allí su razón de ser, esto es, en garantizar a las partes, y en este caso puntualmente a la defensa, la posibilidad de controlar la prueba: proponer peritos, puntos de pericia o en su caso comparecer a la diligencia, si esa fuera su voluntad y resultara pertinente. No se trata de un mero afán formalista dirigido a brindar una herramienta para nulificar actos procesales que no generen perjuicio a la parte impugnante o que representen una lesión que le sea directamente atribuible a esta última.

Lo esencial es que el tribunal de juicio no haya derivado una eventual sentencia de condena, exclusiva o primordialmente, de una prueba de cargo que la defensa no haya tenido oportunidad adecuada de controlar.

En ese contexto, cabe resaltar que, tal como puso de relieve el *a quo*, el Defensor Oficial Damián Muñoz, a cargo de la asistencia del menor Godoy Márquez, tuvo el expediente completo a su disposición –en su despacho– en dos oportunidades. La primera vez, luego de que la fiscal realizara el ofrecimiento de prueba de fs. 421/422, en el que solicitó, como única instrucción suplementaria, el peritaje balístico ahora cuestionado. La segunda vez, luego de que el tribunal ordenara, efectivamente, la realización de dicha medida (cfr. decreto del 10/02/2917, fs. 441).

En ese contexto, la crítica de la defensa en punto a que tampoco se habría dejado constancia de ello en el expediente, en los términos del art. 148, CPPN, no pone en crisis un aspecto sustancial, esto es, el efectivo conocimiento de la parte respecto de la realización del peritaje balístico, con la consiguiente oportunidad útil de fiscalizar y/o intervenir en la pericia cuya nulidad ahora pretende.

Por su parte, la defensa particular de Almada fue notificada expresamente de la realización de la medida en cuestión,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

mediante el sistema de notificaciones electrónicas, dejándose expresa constancia de ello a fs. 442.

De allí se sigue que ningún perjuicio se originó a ambas defensas –ni lo invocan–, que conocieron la existencia de la manda judicial de practicar la pericia previo a su conclusión y que pudieron a partir de ese momento ya sin lugar a dudas proponer expertos o puntos de pericia.

Se advierte además, que si bien aludieron a que el examen realizado es irreproducible –por haberse utilizado los únicos dos cartuchos de bala calibre .38 secuestrados– y que, a través de su resultado, el tribunal pudo fundar la calificación legal prevista en el art. 166, inc. 2º, párrafo segundo, los recurrentes no han cuestionado que para la realización del peritaje se hubiere utilizado un material distinto al que efectivamente fue secuestrado en el marco del proceso, es decir, no introdujeron duda alguna relativa a que no se hubiera respetado la cadena de custodia del material finalmente peritado.

De esta forma, las defensas no alcanzaron a demostrar qué curso de acción hubieran tomado, del que habrían sido impedidas, producto del acto que atacan; esto es, no sindicaron el menoscabo sufrido por el derecho de defensa al que genéricamente aluden.

En tales términos, recordando, asimismo, que como criterio general la nulidad es un remedio excepcional que cede siempre ante los principios de conservación y trascendencia, pese al reclamo de las defensas, el expediente demuestra que se ha podido desplegar una defensa amplia y eficaz, por lo que el agravio esgrimido en ambos recursos sobre este punto, no puede prosperar.

3. **Errónea aplicación de las reglas de la participación criminal respecto del menor Godoy Márquez en el hecho “A”**



Para acreditar materialmente el hecho “a”, el tribunal oral valoró los dichos de la damnificada _____ Alí, quien relató la forma en que fue abordada por los imputados, y el testimonio de _____ Schultze, quien se encontraba secuestrado en el baúl del vehículo Nissan Tiida, dominio _____, de su propiedad, en el que se movían los agresores. Asimismo, tuvo en cuenta lo que surge de las actas de fs. 4 y 22 –en las que se asentó el secuestro del revólver calibre 38 Special “Nere” y de la escopeta marca “Pietro Beretta”–. A su vez, se incorporó por lectura el acta de fs. 289, que describe la actuación policial del personal de la “Delegación Departamental de Investigaciones en Función Judicial La Matanza”, en el hallazgo del rodado antes referido, en cuyo interior se encontró la cartera de la nombrada Ali y otras pertenencias allí descritas.

Así, valoró que Alí contó cómo el día del hecho, cuando iba a buscar a su hijo que se encontraba en el club “_____”, sito en Portella y Bilbao de esta ciudad, vio parar un auto color gris del que descendió una persona joven, quien le exigió que le entregara su cartera, y ante su negativa la zamarreó y le apuntó con un arma en su hombro. Describió el arma como “una chica”, aclarando que no era una escopeta. La nombrada comentó también que recuperó su cartera –fue contactada al día siguiente desde la DDI de Morón, a tal efecto–, pero no su celular marca “Nokia”, un *pendrive*, tarjetas, dinero –unos cincuenta pesos– y algunas credenciales.

Por su parte, consideraron que el testigo Schultze relató que mientras lo tenían secuestrado en el interior de su automóvil, escuchó gritos de tres mujeres que en sucesivas incursiones fueron despojadas de sus carteras, con el mismo *modus operandi*, uno de cuyos casos fue el de la señora Alí.

3.1. Al referirse al grado participación y responsabilidad de Godoy Márquez y Almada en los sucesos imputados, de los que resultaron víctimas tanto _____ Alí como los integrantes de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

la familia San Martín, el *a quo* afirmó, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“...no quedan dudas que los encartados ____ Godoy Márquez y ____ Almada fueron los ejecutores de ambos hechos delictivos, nos encontramos ante una empresa u organización criminal destinada a realizar hechos delictivos, de ahí que ambos participaron de consuno en ambos hechos ilícitos. En el primero que damnificó a la Sra. Alí, fue Almada quien descendió del rodado para acometer a la nombrada mediante la utilización del revólver aludido anteriormente, despojándola de la cartera, en tanto que Godoy Márquez y el tercer sujeto no identificado permanecieron en el interior del rodado en apoyo y en custodia del Sr. Schultze quiense hallaba privado de la libertad en el interior del rodado.

(...)

“Lo sustentado en cuanto a la organización o empresa delictiva, encuentra su fundamentación principalmente en los dichos del testigo Schultze quien describió el modus operandi que utilizaron los sustractores mientras lo tenían secuestrado en el baúl del rodado de su propiedad, uno de ellos conducía el mismo y nunca descendió del vehículo, en tanto que al menos en tres ocasiones en que se detuvo el rodado, escuchó los gritos de tres mujeres al ser despojadas de sus carteras, las cuales vio vaciar en el interior del rodado...”.

En función de ello, consideró que ambos imputados eran coautores de los delitos robo agravado por el uso de arma de fuego, cometido en dos oportunidades.

3.2. La defensa oficial de Godoy Márquez sostuvo que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, de los dichos de ____ Alí -víctima y único testigo del hecho sindicado como “a”- resultaba claro que el nombrado no tuvo participación activa en ese suceso que merezca reproche penal. Dijo que tal como quedó conformada la plataforma fáctica y como estableció la sentencia, el



rol protagónico en el hecho fue desempeñado exclusivamente por _____ Almada.

Resaltó que si bien es cierto que Godoy Márquez permaneció en el automóvil, lo hizo sentado en el asiento del acompañante, circunstancia que conducía necesariamente a reafirmar que su aporte en el hecho investigado fue absolutamente irrelevante. Agregó que al no haber sido ni siquiera visto por la víctima, tampoco se convirtió en una figura intimidatoria para aquélla. Destacó, en definitiva, que la sentencia no pudo establecer en qué consistió su aporte esencial.

Por tales razones, postuló la absolución del imputado por ese hecho o, subsidiariamente, que se lo considere partícipe secundario del delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no se pudo acreditar –conforme el planteo que desarrollará en el siguiente título–.

3.3. Del análisis de las constancias de la causa, se advierte que acierta la defensa en cuanto señala que la propia sentencia no pudo establecer en qué consistió el aporte esencial llevado a cabo por Godoy Márquez en el hecho que tuvo por víctima a Alí, el que, tal como afirmó el decisorio, fue ejecutado por _____ Almada.

En efecto, al examinar el grado de participación de los imputados en los sucesos endilgados, los sentenciantes descansaron en la idea de la existencia de una “empresa u organización criminal destinada a realizar hechos ilícitos”. Sin embargo, aun cuando con base en ello pudiera predicarse la existencia de un plan común, lo cierto es que el *a quo* no especificó en qué consistió la colaboración objetiva realizada por Godoy Márquez y cómo es que éste tuvo codominio del hecho llevado adelante por Almada, requisitos para establecer la existencia de una coautoría funcional.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

No quedaron dudas, porque así se estableció a través de los testimonios de Alí y de Schultze, que mientras Almada descendió del vehículo e increpó a la nombrada, Godoy Márquez estuvo sentado en el vehículo, ubicado en el asiento del acompañante. Así, que hubiera permanecido en “custodia”, junto con el tercer sujeto no identificado, del Sr. Schultze –quien se encontraba privado de su libertad en el interior del rodado– no constituye aporte alguno al hecho que aquí se juzga.

Por otro lado, la referencia realizada en la sentencia en punto a que permaneció en “apoyo” –mientras Almada descendía y atacaba a su víctima–, no encuentra verdadero respaldo en las constancias de la causa y el *a quo* no ofreció razón alguna a fin de explicar en qué consistió tal apoyo o cuál fue su naturaleza (material, psicológica).

Así, no habiendo especificado el tribunal oral la sustancia del aporte imputado a Godoy Márquez, no resulta tampoco posible un análisis desde el prisma ofrecido por el art. 46, CP.

Por las razones expuestas, sobre este punto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso y, en consecuencia, absolver a ____ Godoy Márquez del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego, del que fue víctima ____ Alí (hecho identificado como “a”).

4. Incorrecta valoración de la prueba y su incidencia en la calificación legal del hecho “a”

El Tribunal Oral sostuvo que los hechos encontraban encuadre normativo en el art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP, considerando que los despojos padecidos por ____ Alí y la familia San Martín se produjeron mediante la utilización de dos armas de fuego, una escopeta y un revólver. Subrayaron que la primera resultó no ser apta para el disparo –aunque fue utilizada como arma impropia en el culatazo sufrido por ____ San Martín–,



en tanto que el segundo resultó ser apto para el disparo de funcionamiento anormal, y la munición que contenía tenía aptitud suficiente, de conformidad con los peritajes balísticos realizados.

Tuvieron en cuenta los testimonios de los damnificados en cuanto a que era Almada quien empuñaba el revólver, mientras que el menor Godoy Márquez era quien portaba la escopeta.

Asimismo, señalaron que se contaba con el acta de secuestro del armamento aludido, en el porche de la finca sita en calle _____ -escopeta, cfr. fs. 1 vta.-, y en _____ -revólver, cfr. fs. 12 vta./13-, de lo que también dieron cuenta en sus declaraciones durante el debate los testigos Sosa y Medina.

4.1. De los recursos de casación interpuestos, surge que ambas defensas –en el caso de Godoy Márquez, en subsidio del planteo desarrollado en el punto “3.2”– plantearon que el hecho “a” debía quedar calificado como robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse acreditada, fundamentalmente, porque –a juicio de los impugnantes– no fue posible acreditar dicha aptitud, ya que al exhibir –durante el debate– la fotografía del arma secuestrada en autos, la víctima Alí no estuvo en condiciones de reconocer si aquella había sido la que vio cuando fue abordada por Almada. Tal circunstancia, sostuvieron, impedía arribar a la certeza necesaria para afirmar que esa arma haya sido utilizada en el hecho imputado.

4.2. Este agravio presentado por ambas defensas –aunque, en virtud de la solución propuesta en el punto “3.3”, su solución únicamente incumbiría al imputado Almada– no puede prosperar.

Sucintamente, cabe resaltar que la prueba producida en el juicio ha acreditado suficientemente que el revólver calibre .38 Special marca “Nere” secuestrado, fue aquél utilizado por Almada en el hecho que tuvo por víctima a la señora Alí.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

Si bien es cierto que la nombrada no pudo reconocer, en la fotografía de fs. 25 exhibida, si ese fue el revólver empuñado por el imputado, existen otros elementos, incluso en su propia declaración, que conjuntamente abonan la postura sostenida por los sentenciantes.

En primer lugar, la víctima dijo que el joven que la atacó descendió de la parte de atrás del auto y que la apuntó con un arma “chica”, que no era una escopeta (acta de debate, fs. 614). Por otro lado, el testigo Schultze relató con precisión que los tres delincuentes que lo abordaron y que luego lo metieron en el baúl de su auto, llevaban una escopeta y un revólver. Aclaró que el que iba al volante siempre estuvo sentado allí y no llevaba armas. El más chico, sentado en el asiento del acompañante, tenía una escopeta, mientras que el tercero, sentado a su lado en la parte de atrás del vehículo “tenía un 38”. Afirmó a su vez que “sabe algo de las diferencias de las armas y la exhibida era un revólver”. Como corolario de ello, reconoció las armas a las que hizo referencia en las fotografías de fs. 25/30 (acta de debate, fs. 608 vta./609).

Por otro lado, tal como puso de relieve el *a quo*, _____ San Martín y los miembros de su familia coincidieron todos en que Almada llevaba el revólver y el menor Godoy Márquez una escopeta. De la misma forma, el tribunal se apoyó en las declaraciones de los preventores Medina y Sosa, siendo que, en particular este último, hizo referencia a que el revólver lo arrojó Almada momentos antes de su detención.

Como puede apreciarse, el cuadro probatorio reunido en autos ha sido suficiente para acreditar, razonadamente, que Almada tuvo consigo el revólver calibre .38 secuestrado, exhibido en un primer momento a Alí, previamente a Schultze –quien reconoció el armamento–, y posteriormente tanto a _____ San Martín y al resto de su familia. La circunstancia de que el arma fuera arrojada por el imputado momentos antes de su detención y que éste fue el único



revólver secuestrado, no da lugar al cuadro de dudas que insinúa la defensa.

Por tales motivos, sobre este punto, propongo al acuerdo rechazar los recursos de casación interpuestos.

5. Incorrecta valoración de la prueba y su incidencia en la calificación del hecho “b”. Grado de consumación

Sobre este punto, corresponde realizar una breve reseña para un mejor entendimiento de lo acontecido en autos.

En el requerimiento de elevación a juicio de fs. 390/395, el hecho identificado como “b”, del que fueron víctimas _____ San Martín y su familia, fue calificado como robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa.

No obstante ello, tras la producción de la prueba en el debate, el fiscal general interviniente amplió la acusación sobre ese hecho, considerando que había quedado consumado en virtud de que había desaparecido el teléfono marca “Sony ZL”, propiedad de _____ San Martín.

Tras ello, se le recibió declaración indagatoria a Godoy Márquez, quien manifestó que “...el celular siempre estuvo en su bolsillo y cuando me detuvieron no sé qué pasó...” y que “...en sus bolsillos llevaba balas de escopeta y no sabe qué hizo la policía, si las encontró”. Por su parte, Almada expresó que del hecho imputado “no sabe nada” (acta de debate, fs. 617).

5.1. En su resolución, el tribunal oral señaló que en el hecho padecido por el joven San Martín, éste refirió que no recuperó su celular, marca Sony ZL, “...del cual se produjo la efectiva disposición al igual que del chaleco del padre que vestía el encartado Almada al momento de la detención”.

En ese marco, los sentenciantes sostuvieron que “caía en saco roto” lo sostenido por el imputado Godoy Márquez en cuanto a





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

la duda que introdujo al expresar que siempre tuvo el teléfono celular en sus bolsillos. Consideraron que esa circunstancia fue introducida luego de haberse ampliado la acusación fiscal, cuando ya habían prestado declaración todos los damnificados, cuando ya había hecho uso de su derecho de negarse a prestar declaración indagatoria, por lo que todo ello llevaba a tomar sus dichos "...como un mero acto para mejorar su situación procesal, sin que exista elemento alguno que asevere o corrobore sus dichos". De tal forma, entendieron que el hecho había quedado consumado, por no haber aparecido el teléfono celular aludido "...en razón de la disposición efectiva del mismo por parte de los sustractores".

5.2. En los recursos interpuestos, ambas defensas indicaron que no cuestionarían la materialidad ni participación de los imputados en el hecho, más sí que el suceso no se consumó.

A ese efecto, resaltaron especialmente lo manifestado por Godoy Márquez en punto a que el celular se encontraba en su bolsillo junto con los cartuchos de la escopeta que portaba.

Señalaron que resultaba lógico que ante la posible ampliación de la imputación, el nombrado considerara necesario aclarar lo relativo al teléfono celular y los cartuchos. En esa línea, arguyeron que carecía de sentido, en clave de estrategia defensiva, que el imputado se manifieste sobre ese punto con anterioridad, cuando el requerimiento de elevación a juicio nada decía respecto de la consumación del hecho.

Asimismo, apuntaron que si bien resultaba indiscutido, por los dichos de la víctima, que el teléfono celular no apareció, había quedado demostrado que "...hubo una solución de continuidad desde que GODOY MARQUEZ y su compañero intentaron huir por la parte trasera de la casa hasta que finalmente resultaron detenidos por el personal policial...", lo que conducía a afirmar que el hecho no se



consumó, ya que no hubo una real disposición de los bienes sustraídos y los imputados tampoco fueron perdidos de vista.

Por otro lado, sostuvieron que aun aceptando que en la huida pudo haberse descartado el teléfono, "...repositó exclusivamente en la responsabilidad policial la circunstancia de no haber efectuado correctamente el rastillaje por la zona a fin de dar con él".

Al respecto, puntualizaron que su declaración, el preventor Medina Walter relató que al ingresar por primera vez a la casa de la familia San Martín, pudo ver un cartucho de escopeta tirado en el piso superior del inmueble, pero que cuando regresó a buscar el cartucho no lo encontró.

Así, los defensores destacaron que frente a la versión de Godoy Márquez se encontraba la negligencia del personal policial durante el procedimiento, "con el consecuente extravío del cartucho", circunstancia que sembraba un estado de duda tal que debía ser resuelto en favor de los imputados, y que conducía a sostener que el hecho quedó en grado de conato.

5.3. De las constancias de la causa, principalmente del testimonio de la propia víctima, surge que minutos después de las 20:45 hs., luego del hecho que tuvo por víctima a Alí, los imputados Almada y Godoy Márquez interceptaron a _____ San Martín en la vía pública y lo introdujeron al interior del rodado en el que se movían. Allí lo despojaron de una cadenita, un reloj pulsera, dinero en efectivo y de su celular marca "Sony ZL". Posteriormente lo obligaron a que los lleve hasta su domicilio, al que finalmente ingresó flanqueado por Almada y Godoy Márquez, mientras el tercer sujeto no identificado quedó en el rodado al mando del volante.

A grandes rasgos, dado que no se encuentra controvertida la materialidad de este suceso, corresponde señalar únicamente que ya en el interior del a finca sita en _____, reunieron a la familia San Martín en el living, bajo la custodia del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

menor que llevaba la escopeta, mientras Almada subía y bajaba de la planta superior de la casa acumulando distintos bienes en el garaje, con miras a llevárselos. Ésta situación habría durado unos cuarenta minutos, según el testimonio del joven San Martín (acta de debate, fs. 610 vta.).

Finalmente, tras la llegada del personal policial, encabezada por el preventor Walter Medina –desplazado por haberse reportado el uso del botón de alarma en el domicilio–, los imputados se dieron a la fuga. Ello lo hicieron por el fondo del inmueble, a través del piso superior, desde el que pudieron acceder al patio trasero de la casa lindante, a través del cual tuvieron acceso –descolgándose desde una medianera– a la calle Biale Massé, opuesta a aquella por la que habían ingresado. Allí se detuvo a Godoy Márquez, a la altura 536 de Biale Massé (croquis de fs. 23) y a Almada, sobre el 508 de la calle Cranwell (croquis de fs. 11).

De lo relevado, surge que los acusados lograron sacar de la esfera de custodia de _____ San Martín, el celular marca Sony ZL de su propiedad, cuando fue introducido en el vehículo Nissan Tiida, antes de que resolvieran ir hasta el domicilio del nombrado. Al ser detenidos, se secuestró en poder de los imputados distintos elementos previamente sustraídos al damnificado y los miembros de su familia, como asimismo, algunos pertenecientes a _____ Schultze, a excepción del teléfono celular antes referido (cfr. actas de secuestro de fes. 4, 8 y 22, incorporadas por lectura al debate).

Frente al cuadro descrito, no hace mella lo afirmado por la defensa en punto a que el menor habría tenido consigo el aparato al momento de su detención y que su desaparición estaría vinculada más a la negligencia policial en el procedimiento que a un efectivo poder de disposición. Máxime, cuando en autos existe una hipótesis plausible y razonable, con base en el testimonio de _____ San



Martín, en cuanto a que su celular quedó en el interior del rodado donde le fue sustraído (acta de debate, fs. 610 vta.), cuyo conductor se dio a la fuga tras el arribo del personal policial.

Sobre esta base, resulta claro que Almada y Godoy Márquez lograron la efectiva disposición del teléfono celular sustraído a San Martín.

Por tales motivos, este agravio debe ser rechazado.

6. Errónea aplicación del art. 55, CP. Aplicación del principio de subsidiariedad tácita

El tribunal oral tuvo por acreditado, a través de los testimonios de _____ Alí y de la familia San Martín, que Almada detentó al momento de llevarse a cabo los hechos endilgados, el revólver calibre .38 Special, marca “Nere”, cargado y en condiciones de uso inmediato –según los peritajes balísticos de fs. 168/172 y 586/590–sin que tuviera debida autorización para ello, de conformidad con los informes del Registro Provincial de Armas de fs. 166 y 261 y del Registro Nacional de Armas de fs. 167 y 193, incorporados por lectura en la audiencia (ver acta de debate, fs. 616 vta.).

En razón de ello, condenó a _____ Almada por considerarlo autor del delito de portación ilegítima de arma de guerra, en concurso material con los delitos de robo con arma de fuego reiterado –dos hechos– antes discutidos.

6.1. La defensa del nombrado planteó dos objeciones de distinta naturaleza.

En primer lugar, sostuvo que en virtud de la nulidad absoluta del peritaje balístico de fs. 586/590 –ver punto “2”–, y su consecuente efecto sobre la calificación legal, no era posible concursar el delito de robo cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada con el delito de portación de arma de fuego. Indicó que toda vez que el delito de portación presupone que el arma





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

que se traslada se encuentre en condiciones inmediatas de uso, conforme la nulidad de la pericia mencionada, el delito eventualmente a atribuirse no podía ser otro que el de la tenencia de arma de guerra.

En segundo lugar, sostuvo que el encuadre jurídico dado por el tribunal no era correcto, ya que en realidad se estaba ante un concurso aparente de leyes. En lo sustancial, apuntó que en el caso bajo análisis quedó debidamente acreditado "...la inexistencia de elemento alguno que le otorgue a la portación del arma algún tipo de autonomía respecto de la figura prevista en el art. 166 inciso 2 apartado 2 del CP...", por lo que "...el peligro abstracto que significa la portación de un arma de guerra quedó absorbido por el peligro que se concretó en la afectación de la propiedad de las víctimas, mediante la utilización de la misma". Sobre el punto, citó doctrina y jurisprudencia de esta cámara.

6.2. Ahora bien, como ya lo sostuve en el precedente "**Orona**"³ de esta Cámara, considero que, como regla general, no corresponde concursar un delito de peligro abstracto o común –como el de portación de arma de guerra y de uso civil, sin la debida autorización legal– con el de puesta en peligro concreto de bienes jurídicos individuales –como el robo con arma de fuego–, por darse entre ambas figuras una unidad de leyes o concurso aparente, por aplicación del principio de subsidiariedad tácita.

Ello así, pues la acción de llevar, sin la debida autorización legal un arma de fuego cargada en la vía pública, o sea, en condiciones inmediatas de uso, sólo puede adquirir la categoría de delito si lo que se pretende es criminalizar el campo previo a la tentativa o, dicho de otro modo, los actos preparatorios de un delito concreto a fin de reforzar, por esa vía, la prohibición de la comisión de delitos con armas de fuego.

³ Sentencia en fecha 11.07.16, registro n° 514/2016, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin.



Por tal razón, si se verificara un principio de ejecución de ese último delito, tal como ocurre en el caso con el delito de robo agravado por su comisión con armas de fuego, se producirán los desplazamientos de los tipos previstos en los arts. 189 bis, inc. 2º, tercer y cuarto párrafo, CP por aquél otro que haya sido ejecutado. El tipo penal que prohíbe la portación de armas constituye, en definitiva, un hecho anterior cocriminalizado que queda desplazado por subsidiariedad tácita por la tentativa del hecho posterior.

En consecuencia, y toda vez que el caso bajo examen se subsume en la regla expuesta, corresponde hacer lugar al agravio interpuesto por la defensa y descartar la aplicación del delito tipificado en el art. 189 bis, inc. 2º, cuarto párrafo, CP, que el tribunal oral de menores hizo concursar materialmente con los delitos de robo agravado por su comisión con arma de fuego, reiterado en dos oportunidades.

De allí que el nuevo encuadre legal de los hechos juzgados debe ser el de robo agravado por su comisión con arma de fuego, reiterado en dos oportunidades, en concurso real.

7. Determinación de la pena impuesta a

Almada

Al mensurar la pena a imponer y tras repasar distintos aspectos de la vida de ____ __ Almada, de los que informa su legajo para el estudio de la personalidad, el *a quo* tuvo en cuenta, como agravantes: su activa participación en los sucesos imputados; la violencia innecesaria desplegada en cada uno de ellos; que fue él quien detentó el arma de fuego cargada y en condiciones de uso inmediato; el haber secuestrado a ____ __ San Martín y haberlo compelido, tras golpes y amenazas, para que lo condujera a su domicilio; el haber llevado a una persona menor de dieciocho años de edad y volcarlo a la senda delictiva; y la nocturnidad.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

Como atenuantes, valoró el grado de instrucción educacional de Almada, su juventud y que no registra antecedentes penales.

7.1. El impugnante postuló que la sentencia carecía de la debida fundamentación.

En primer lugar, señaló que los jueces no explicaron suficientemente por qué razón se apartaron del mínimo legal de la escala aplicable al caso y que el modo en que se individualizaron las sanciones excedió la proporcionalidad y la menor culpabilidad del imputado, dada su mayor vulnerabilidad.

En segundo orden, en una crítica directa a los extremos tenidos en cuenta por el tribunal oral para determinar la pena, indicó que la decisión violó la prohibición de doble valoración –como derivación de la garantía de *ne bis in ídem*–. Sostuvo que ello se vio cristalizado al haberse valorado como agravante la modalidad de ejecución del hecho y, en particular, la circunstancia de que Almada empuñó un arma, cuando dicho elemento es, en rigor, un elemento del tipo penal atribuido.

Asimismo, cuestionó que se valorara como agravante “*el haber llevado a una persona menor de dieciocho años de edad y volcarlo en la senda delictiva*”, cuando tal circunstancia no fue objeto de debate y no se probó en el juicio la falta de autonomía del coimputado o la existencia de una amenaza para la ejecución conjunta del hecho, ni la existencia de un especial deber de garante en relación con él. Además, argumentó que de las características del hecho atribuido quedaba claro que el menor obró con libertad y plena autonomía; y que no podía ignorarse que Almada tenía sólo dos años más que Godoy Márquez.

Finalmente, reclamó que no se le imponga a su defendido una pena mayor al mínimo legal aplicable.



7.2. En primer lugar, cabe descartar la crítica del recurrente referida a que no se explicó por qué se impuso una pena por encima del mínimo legal de la escala aplicable en autos (6 años y 8 meses, art. 166, inc. 2º, párrafo segundo, CP), ya que para así proceder, el *a quo* ha brindado razones suficientes, en virtud de la calidad de las agravantes consideradas.

En ese marco, la consideración de la activa participación de Almada en los hechos juzgados, la violencia desplegada en cada uno de ellos, el haber “secuestrado” al joven San Martín y haberlo obligado, mediante golpes y amenazas, para que lo condujera a su domicilio, encuentran respaldo en la naturaleza de la acción, el daño y el peligro causados, extremos previstos en el art. 41, inc. 1º, CP.

La nocturnidad, por su parte, fue correctamente distinguida como agravante, conforme al precedente “**González**”⁴.

Por otro lado, tampoco existe error por parte de los sentenciantes al ponderar que era Almada quien llevaba el arma de fuego cargada y en condiciones inmediatas de uso, pues como el propio tribunal señaló, se trató de evaluar específicamente la real participación de cada uno de los imputados en los delitos cometidos. Así, no se ha incurrido en una doble valoración pasible de ser censurada, pues la referencia del *a quo* al arma de fuego buscó poner de relieve que fue el nombrado y no su consorte de causa quien empuñaba el revólver, en las condiciones descritas.

Ahora bien, la decisión del tribunal oral de agravar la pena a Almada por “*haber llevado*” a un menor de edad al hecho y “*volcarlo*” a la senda delictiva, merece ser observada.

En este punto, se advierte que el *a quo*, al expedirse sobre la calificación legal de los hechos juzgados, recalcó que “...en atención a la postura mayoritaria de la Cámara de Casación Penal”, no aplicaría la agravante prevista en el art. 41 *quater*, CP, pero que

⁴ Sentencia en fecha 23.02.17, registro n° 112/2017, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

valoraría ello en la mensuración de la pena (cfr. fs. 640 vta.). Pues bien, desde ese mismo prisma, corresponde realizar algunas apreciaciones.

En el precedente “**Benavídez**”⁵, al resolver dejar sin efecto la aplicación de la agravante en cuestión, expresé que los jueces que conformaron la mayoría del fallo atacado, no analizaron las circunstancias que dieran cuenta de que hubo un aprovechamiento o descarga de responsabilidad, por parte de los restantes imputados, sobre el menor de edad. En esa línea, hice notar que el menor había actuado en paridad de condiciones con sus consortes de causa.

Pues bien, un razonamiento similar lleva a descartar la agravante cuestionada. Es que de la misma manera, en el caso bajo estudio, los jueces no han explicado los motivos para considerar que Almada “*llevó*” al menor Godoy Márquez y lo “*volcó*” a la senda delictiva, ni indicaron sobre qué circunstancias, de las discutidas en el juicio, reposó dicha apreciación. Por lo demás, tal como resaltó la defensa, de la plataforma fáctica reconstruida en la sentencia surge que el menor obró con autonomía y en paridad de condiciones con Almada.

Tampoco puede dejar de mencionarse que al momento de la comisión de los hechos, Godoy Márquez contaba con dieciséis años y dos meses de edad, aproximadamente, mientras que Almada tenía dieciocho años y ocho meses, por lo que no existía una gran disparidad de edad entre los nombrados como para inferir que éste último pudo haber ejercido algún tipo de autoridad o influencia sobre el menor.

Por las razones expuestas, la agravante examinada debe ser tachada por no estar debidamente fundada.

8. De conformidad con el nuevo encuadre legal propuesto para los hechos juzgados (ver punto “6.2”), lo expresado

⁵ Sentencia en fecha 23.02.17, registro n° 113/2017, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin.



anteriormente sobre las circunstancias atenuantes y agravantes aplicables al caso, lo atinente a la naturaleza del hecho y el daño causado, habiendo tomado conocimiento personal del imputado (art. 41, CP, fs. 729), estimo apropiado imponerle a la pena de **TRECE (13) AÑOS DE PRISIÓN**, accesorias legales y costas.

9. Por las razones expuestas, propongo al acuerdo: **I. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa de ____ __ Godoy Márquez y **ABSOLVER** al nombrado por el hecho identificado como “a” en la sentencia; y rechazar los restantes agravios introducidos (arts. 456, 465, 468, 469, 470, CPPN). **II. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa de ____ __ Almada, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia atacada en cuanto se afirmó la existencia de un concurso material entre las figuras de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, con los delitos de robo calificado por su comisión con armas de fuego –dos hechos–. En consecuencia, **ESTABLECER**, que la calificación legal de los hechos juzgados queda subsumida en los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego, reiterado en dos oportunidades, en concurso real, y **MODIFICAR** la pena dictada a ____ __ Almada por la de **TRECE AÑOS DE PRISIÓN**, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 166 inciso 2°, segundo párrafo, CP; 456, 465, 468, 469, 470, CPPN); y rechazar los restantes agravios introducidos. Sin costas en esta instancia (531 y 531, CPPN).

El juez Horacio L. Días dijo:

I. Que como bien se destaca en las resultas del presente acuerdo, las defensas de los condenados Godoy Márquez y Almada han interpuesto sendos recursos de casación.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

En la impugnación articulada por el primero de los antes nombrados se pretende que esta cámara analice cuatro (4) agravios, a saber: a) la nulidad absoluta del peritaje del arma, como elemento de valoración probatorio, el cual obra a fs. 586/590; b) la incorrecta valoración probatoria efectuada en relación con el hecho identificado en la sentencia cuestionada mediante la letra “a” y, consecuentemente con ello, su incidencia en la calificación legal, toda vez que se sostiene que no era posible afirmar que el revolver secuestrado en autos fue utilizado en tal suceso; c) la incorrecta valoración probatoria efectuada por el *a quo* respecto al hecho identificado en su resolución con la letra “b”, gracias a la cual se tuvo por acreditado que ese acontecimiento fue consumado y no tentado; y d) el grado de participación del condenado Godoy Márquez en el hecho sindicado como “a”.

Asimismo, en la segunda impugnación, la defensa del referido Almada también articuló una serie de agravios, aunque en su caso fueron un total de seis (6) puntos. En efecto, además de compartir las tres primeras cuestiones mencionadas en el párrafo anterior a través de las letras a), b) y c), como agravios específicos de este recurso también se planteó lo siguiente, a saber: d) que en virtud de la nulidad absoluta del referido peritaje balístico correspondía entonces descartar la figura de la portación de arma de guerra y reemplazarla por la simple tenencia; e) que en todo caso la manera por medio de la cual deben concursarse estas dos figuras es la del concurso aparente de leyes, de modo tal que debe descartarse el tipo penal del art. 189 *bis*, inciso segundo, párrafo cuarto, del CP, el cual queda desplazado por la comisión del delito de robo con arma de fuego; f) que ha sido incorrecta la mensuración de pena practicada por el *a quo*.

II. Recurso de casación interpuesto por el condenado Godoy Márquez



Como ya se dijo en el acápite anterior, en esta impugnación se han articulado un total de cuatro (4) agravios, los cuales serán tratados consecuentemente en el mismo orden como han sido presentados en forma precedente.

a) Que en relación con la nulidad del peritaje solicitado, lo primero a destacar aquí es la normativa que resulta aplicable al presente caso, la cual ha sido invocada por la parte para cuestionar precisamente la legitimidad de esta medida.

En efecto, como bien se señala en el voto que lidera el presente acuerdo, todo el planteo gira en torno a criticar la falta de notificación de la realización de la mencionada medida de prueba, en los términos de lo que establece el segundo párrafo del art. 258 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Es que, como indica ese texto legal, cuando el juez ordena la producción de una prueba pericial y, consecuentemente con ello, designa a un perito para llevarla a cabo, debe notificar de esta decisión al Ministerio Público Fiscal, a la parte querellante y a los defensores antes de que se inicie el acto pericial, bajo pena de nulidad. Ello, siempre y cuando no haya suma urgencia o la indagación sea extremadamente simple; ya que en tal supuesto, y bajo la misma sanción, se notificará a las partes de la realización del mentado acto pericial, pudiendo examinar sus resultados por medio de otro perito y pedir –si es posible– su reproducción.

Así las cosas, advierto que en el presente caso, a fs. 423, se ordenó –con carácter urgente– que se remitieran al RENAR las armas y los cartuchos secuestrados en esta causa, en virtud de la instrucción suplementaria solicitada precedentemente por la fiscalía; providencia que fue expresamente notificada a los dos defensores de ambos acusados, conforme surge de fs. 425 y 426.

De igual manera, también se le hizo saber a ambos letrados –por idéntico medio (véase a este fin las constancias de las





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

respectivas cédulas obrantes a fs. 445 y 446)– del proveído de prueba que luce a fs. 444, en el cual se dejó taxativa constancia que se incorporaría por lectura la demás prueba pericial.

Por lo tanto, la parte que ahora reclama la inutilización de esta medida probatoria a través de su declaración de nulidad absoluta no sólo tuvo la posibilidad de participar en el criticado examen pericial, por cuanto fue anoticiada que tendría lugar la medida en cuestión, sino que luego también fue puesta en aviso que esa prueba se incorporaría por lectura al debate, sin que la mencionada defensa haya planteado en ninguna de esas oportunidades su intención de participar en la producción de dicha medida o que se haya opuesto luego a su utilización como prueba en el juicio oral y público.

En consecuencia, la defensa del señor Godoy Márquez sí fue notificada que se realizaría un examen pericial, de manera tal que no es cierto que se haya obturado la posibilidad de asistir a dicho acto procesal ni de proponer peritos de parte, recusar a los nombrados, solicitar puntos de pericia y/o examinar sus resultados por otros peritos. Y es por ello, entonces, que tampoco puede sostenerse aquí la existencia de una nulidad, cualquiera sea el carácter que pretenda asignársele a ésa, por cuanto la defensa –como se dijo– estaba anoticiada de que, por expreso pedido de la fiscalía, se produciría un nuevo examen pericial como instrucción suplementaria antes del debate.

Finalmente, tampoco puede aducirse que no se dio acabado cumplimiento a la manda contenida en el mencionado segundo párrafo del art. 258 del CPPN; por cuanto, como ya se explicó, la obligación que tiene el juez interviniente es la de notificar (entre otros) a la defensa, antes de que se inicien las operaciones periciales, de su misma realización: extremo que, en este caso, se



cumplimentó en la mencionada providencia de fs. 423, toda vez que allí se adelantó que se llevaría a cabo el mentado peritaje.

Y por lo demás, la notificación del proveído de prueba, aún a pesar de no haber detallado específicamente cuáles eran las pruebas que se incorporarían por lectura, resultó útil a los fines de poner en conocimiento de las partes que el referido peritaje sería incorporado a la audiencia de juicio oral y público, toda vez que las defensas ya sabían que se llevaría a cabo esa instrucción suplementaria y dado que en el respectivo proveído de prueba sí se incluyó específicamente a la peritación como un elemento a incorporar y a valorar en el debate.

Concluyendo, es indudable que esta parte ha contado con todas las oportunidades establecidas por el rito para participar, oponerse y/o criticar la existencia misma o el alcance de la mencionada prueba, sin que haya hecho uso –en su debido momento– de tales facultades procesales.

En estos términos es que adhiero a la solución propuesta por el magistrado que lidera el presente acuerdo en el punto 2.3) de su exposición.

b) Que por compartir las razones brindadas por el juez Morin en el apartado 4.2) de su voto, y de conformidad con las explicaciones que he tenido oportunidad de señalar –*ex plurimis*– en el caso “Rolón, Miguel Ángel s/abuso sexual” (expediente n° CCC 39411/2010/TO1/2/CNC1 y registro número 996/2016 de la Sala III^a de este tribunal de casación, fechado el pasado 13 de diciembre de 2016), en materia de duda razonable y presunción de inocencia, adhiero a la solución allí propuesta y, en consecuencia, considero que debe rechazarse el planteo incoado por el recurrente a través del cual se sostuvo que no estaba acreditado que el revolver secuestrado en autos haya sido el utilizado en el suceso identificado en la resolución a través de la letra “a”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

c) Que a igual solución negativa arribo también en lo atinente al pedido formulado por este impugnante para que se considere que el hecho individualizado en la sentencia con la letra “b” quedó tentado, toda vez que comparto y hago míos los argumentos brindados a este respecto por mi colega preopinante en el punto 5.3) de su voto.

d) Que en cambio, en relación con el cuestionamiento vinculado al grado de participación del condenado Godoy Márquez en el hecho sindicado como “a”, voy a apartarme de la solución propuesta por el juez Morin y, por ende, entiendo que debe confirmarse también la sentencia impugnada en lo que hace a este punto.

En efecto, respecto a esta materia debo recordar que – como integrante de esta misma sala– tuve la oportunidad de fallar en la causa n° 44.133/2015/TO1, caratulada “Díaz, Rodrigo y Bergara Pérez, Sebastián Atilio s/homicidio” (registro n° 817/2018), el pasado día 11 de julio de 2018; ocasión en la cual analicé la problemática vinculada a la coautoría.

Es que en tal precedente sostuve que si lo obrado era producto de una decisión tomada en conjunto, como puede ser en este caso la creación del riesgo jurídicamente desaprobado consistente en perpetrar una serie de robos, lo hecho por cualquiera de los partícipes puede cargarse a “la cuenta de todos ellos”.

En tal sentido, recordé las enseñanzas del profesor Helmut Frister, en cuanto indica que “...la coautoría fundamenta una responsabilidad por la actuación en común, que no se puede derivar por completo de las reglas sobre autoría única. Así, mediante la conjunción con otras personas, en todos los órdenes de la vida, los hombres tienen la posibilidad de llevar a cabo proyectos en común [...]. **Quien se pone de acuerdo con otros para realizar un proyecto tiene que asumir que se le impute como acciones propias**



los aportes de los demás. La libertad de hacer acuerdos en común produce la responsabilidad por la obra realizada en común”

(FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4ª Edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, revisión de la traducción de María de las Mercedes Galli, 1ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 538; la negrita me pertenece).

Por lo tanto, lo importante a evaluar en estos casos es si nos encontramos ante una comunidad en la decisión; o sea, si todos han contravenido el mandato legal mediante un actuar conjunto, de forma tal que la acción de uno no se explica de manera acabada sin tener en cuenta el actuar de los demás. O, dicho en otros términos, que la acción conjunta tiene un contenido simbólico diferente al significado de cada una de las acciones entendidas por separado.

Asimismo, otra vez mediante una cita del nombrado catedrático alemán (FRISTER, Helmut, *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, traducción de José R. Béquelin, María de las Mercedes Galli y Marcelo Sancinetti, 1ª edición, Editorial Hammurabi, 2017, p. 128), señalé en el mentado precedente la posibilidad de “...legitimar la punibilidad del coautor, sobre la base de que mediante su intervención en el hecho cometido en común contradice de manera individual la norma lesionada, resultando ello apropiado para fundamentar la responsabilidad por el hecho total, puesto que no se deduce de la contradicción individual a la norma de una acción propia —como en el caso del autor único—, sino de la intervención en una acción común”.

Así las cosas, siguiendo esta línea de pensamiento, concluí en el referido fallo “...que para que exista la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por el hecho total —la coautoría— debe verificarse que «...la intervención en una acción en común tenga en la vida social el mismo significado simbólico que una acción individual y que ese significado no necesariamente dependa de que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

por medio de la intervención se preste un aporte efectivo para el resultado de la acción común» (Ídem, p. 128)”.

De este modo, recordadas que fueron las principales ideas que sostengo en esta materia, a la luz de las circunstancias que han sido probadas en la sentencia aquí impugnada, lo cierto es que de la mecánica de tales sucesos no hay dudas de que en este caso ha existido un plan diseñado por quienes participaron en todos y cada uno de los hechos aquí probados, con el fin de cometer una seguidilla de conductas delictivas consistentes en desapoderar a un número indeterminado de personas, valiéndose para ello de algunos medios en común (un automóvil y, al menos, un arma de fuego).

Así, la distribución de roles evidenciada en cada hecho y el asentimiento que ha mediado por parte de todos y cada uno de los integrantes que tomaron parte en ellos, por medio del cual los acusados Godoy Márquez y Almada, además del restante sujeto que aún no pudo ser individualizado, les han dado un poder al otro para actuar indistintamente a nombre de todos y cada uno de ellos, es una evidencia incuestionable de la existencia en este caso de un actuar conjunto por parte de esos tres individuos, en lo que hace a ambos y a cada uno de los accionares delictivos que conformaron los acontecimientos cuya materialidad se tuvo por probada. Tales extremos permiten entonces sostener la existencia en este caso de una coautoría en cabeza de los dos condenados.

A dicha conclusión se arriba también si se tiene en cuenta, por sobre todas las cosas, que ninguno de ellos ha retirado su aporte, lo que implica un asentimiento al accionar global de todos; manteniéndose una anuencia tácita y constante que nunca jamás los aquí involucrados rechazaron de manera expresa y clara.

En síntesis, ello es así, pues concretamente –y a diferencia de lo sostenido por el recurrente– no es cierto que no haya tenido participación alguna en el hecho identificado con la letra “a”,



por cuanto su permanencia dentro del automóvil, sentado en el asiento del acompañante, no puede ser desvinculado de lo ocurrido luego en el hecho denominado “b”, en el sentido antes explicado de que existió una comunidad en la decisión para acometer ataques contra la propiedad privada de terceros. Y tampoco es verdad, a pesar de lo dicho por el impugnante, que el *a quo* no haya explicado cuál fue el rol del condenado en relación con este mismo hecho, dado que expresamente indicó “...que Godoy Márquez y el tercer sujeto no identificado permanecieron en el interior del rodado en apoyo y en custodia del Sr. Schultze quien se hallaba privado de la libertad en el interior del rodado” (cfr. las fs. 639).

En definitiva, en virtud de las consideraciones volcadas a lo largo del presente acápite, es que considero que debe rechazarse en su totalidad el recurso de casación interpuesto por la defensa de Godoy Márquez; con costas, atento el resultado del presente trámite (arts. 456, 457, 470, 471 –los dos últimos *a contrario sensu*–, 530 y 531 del CPPN).

III. Recurso de casación interpuesto por el condenado

Almada

En el primer acápite de este voto se indicó que la defensa del nombrado Almada también había interpuesto una impugnación en contra de la sentencia condenatoria dictada en autos, la cual contenía un total de seis (6) puntos de agravio. Por lo tanto, la exposición que se hará a continuación, seguirá ese mismo orden.

a) Como bien lo explicó mi colega Morin, los argumentos dados por sendos recurrentes en lo atinente a la nulidad del peritaje balístico practicado como instrucción suplementaria por el tribunal de juicio son similares y concordantes, por lo que corresponde que me remita a lo ya dicho precisamente en el punto a) del acápite anterior.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

Sin perjuicio de ello, debo agregar acá también que, como acertadamente lo recuerda en su voto el juez preopinante, expresamente la defensa particular de este acusado fue notificada mediante cédula electrónica de la realización de la medida en cuestión, conforme surge de fs. 442.

Por lo tanto, además de todo lo señalado anteriormente, esta última circunstancia constituye un elemento adicional para rechazar esta pretensión.

b) La misma suerte correrá el siguiente punto de agravio, esto es la incorrecta valoración probatoria efectuada en relación con el hecho identificado en la sentencia cuestionada mediante la letra “a” y, consecuentemente con ello, su incidencia en la calificación legal, al entender que no era posible afirmar que el revolver secuestrado en autos fue utilizado en tal suceso, de conformidad con las explicaciones ya brindadas en el punto b) del acápite anterior, y toda vez que nuevamente este recurrente expresó argumentos similares y concordantes a los señalados por la defensa del condenado Godoy Márquez.

c) Tampoco podrá prosperar el planteo consistente en peticionar que el hecho identificado en la sentencia con la letra “b” quede en grado de conato, de acuerdo a lo ya señalado en el punto c) del acápite anterior y dado que otra vez este recurrente no expuso argumentos diferentes a los ensayados por la defensa del restante condenado.

d) Asimismo, como consecuencia lógica de lo dispuesto en el punto a) de este mismo apartado, atento a que no se hizo lugar a la solicitud de nulidad absoluta del mentado peritaje balístico es que corresponde entonces descartar la aplicación de la figura de la simple tenencia de arma de fuego y confirmar, por ende, en este sentido la calificación legal asignada por el *a quo*.



e) Luego, en lo que tiene que ver con la manera de concursarse estas dos figuras, ya que el impugnante pretende la aplicación aquí del llamado concurso aparente de leyes, lo que llevaría a tener que descartar el tipo penal del art. 189 *bis*, inciso segundo, párrafo cuarto, del CP, al quedar desplazado por la comisión del delito de robo con arma de fuego, tengo ya dicho que “[l]a conducta punible se satisface desde el punto de vista objetivo por el hecho de que el agente lleve el arma de fuego en la vía pública o lugares de acceso público, en condiciones de disponibilidad inmediata para producir disparos y por la falta de autorización para la portación. El delito no está constituido simplemente con la demostración de una situación fáctica de proximidad física; por el contrario, remite a una conducta material que se basa en la relación de disponibilidad directa que tiene el agente sobre el arma en condiciones de ser disparada. El supuesto de hecho subjetivo de la conminación legal reposa en que esa relación debe haber sido constituida voluntariamente por el agente, por lo que desde el punto de vista de la autoría, presupone que éste tiene dominio sobre la decisión de llevar el arma y en todo caso sobre la decisión de cesar en la portación, por el conocimiento de que es un arma de fuego, en su caso, de las características que la definen como arma de [uso civil], y de sus condiciones de disponibilidad inmediata para producir disparos” (causa n° 47.753/2014, caratulada “Barriento, Javier Alberto s/tenencia de arma de guerra”, registro n° 479/2015, decidida el 22 de septiembre de 2015 por la Sala Iª de esta cámara).

Se trata, como he tenido oportunidad de explicar en mi voto emitido como juez de la Sala IIIª de este mismo tribunal en la causa n° CCC 53971/14/TO1/CNC1, “Díaz Leonardo Demián s/portación de arma de uso civil” (registro n° 390/2015, de fecha 1° de septiembre de 2015), cita mediante del doctrinario alemán Friedrich Schroeder, de un delito de peligro abstracto, aun cuando sea un delito





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/T01/CNC1

de aptitud, pues en el bien jurídico (supraindividual) “seguridad pública”, no es posible ver ese concreto objeto de bien jurídico, más allá de la propia noción de seguridad pública. Por lo tanto, exige para su configuración una apreciación por parte del juez en cuanto a la peligrosidad de la conducta; siendo entonces que el peligro se decide *ex post*, en tanto se trata de un criterio normativo.

De allí que lo que debe probarse es que el arma secuestrada era apta para el disparo, al momento del hecho, con los proyectiles que se incautaron, y no con otros. Y tal extremo, como ya se referenció en el voto que me antecede (a donde me remito), se encuentra totalmente acreditado.

En consecuencia, este agravio también será rechazado.

f) Finalmente, en lo concerniente a la mensuración de pena, comparto los argumentos desarrollados por mi colega preopinante en los cuatro (4) primeros párrafos que integran el punto 7.2) de su exposición, por medio de los cuales se desbaratan todas las razones brindadas por el recurrente en lo atinente a este punto de agravio; con excepción, claro está, de aquellas relativas a la circunstancia agravante de haber llevado a un menor de edad y de haberlo volcado en la senda delictiva. Es que, como explicaré a continuación, al abordar este extremo debo apartarme de lo señalado por el juez Morin.

En efecto, si bien tengo dicho en relación con la agravante determinada por el art. 41 *quater* del CP, consistente en la intervención de un menor de dieciocho (18) años de edad en el hecho delictivo, que para que resulte aplicable la agravante en cuestión no basta la mera existencia de un menor que intervenga en el hecho bajo análisis, sino que debe acreditarse además la ultraintención del autor de aprovecharse de la condición de minoridad –la cual obviamente también debe conocer – que reviste el otro sujeto interviniente en el hecho delictivo (cfr. las causas n° 46306/2013/T01/CNC1, caratulada



“Villodres, Daniel Esteban y otro s/ robo con armas”, resuelta el 5 de agosto de 2016 por la Sala III^a, Reg. n° 592/16, y n° 74.757/2014/TO1/CNC1, caratulada “Cáseres, Javier Sebastián y otros s/ robo con armas”, decidida el 15 de noviembre de 2016 por la Sala 1^a de este tribunal, Reg. n° 919/2016), lo cierto es que para valorarse la participación de un menor en el hecho como una de las circunstancias agravantes establecidas por el art. 41 del CP no necesariamente deben encontrarse reunidos los mismos extremos requeridos para aplicar el mencionado art. 41 *quater* de igual cuerpo normativo.

Ello es así, por cuanto a diferencia de lo establecido en esta última norma (y cuyo alcance acabo de recordar), en la primera de estas disposiciones se hace referencia a circunstancias genéricas del hecho, como puede ser la intervención en ése de un menor de edad y sin que necesariamente se cumplan los requisitos propios del otro artículo antes citado.

Así las cosas, en contraposición con lo sostenido por mi colega Morin, entiendo que en razón del estado de minoridad que poseía Godoy Márquez al momento de los hechos no puede considerarse que haya actuado con autonomía y en paridad de condiciones con Almada, más allá de que entre ellos haya existido una diferencia de sólo dos (2) años y seis (6) meses de edad, desde el momento en que para nuestro ordenamiento jurídico vigente –a la luz de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el recordado precedente “Maldonado”– la culpabilidad de los menores ante un hecho delictivo es siempre más leve que la de un mayor de edad, lo que conlleva forzosamente el reemplazo de la respectiva escala penal aplicable al caso por la establecida en materia de tentativa.

Es por tal motivo, entonces, que sí puede inferirse de parte de Almada algún tipo de autoridad o influencia sobre el menor





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

Godoy Márquez, quien al no contar con la maduración psíquica suficiente (conforme lo establece el mismo sistema normativo argentino, tal y como se acaba de mencionar) no pudo obrar con autonomía y en paridad de condiciones con Almada; extremo que permite afirmar –como lo hizo el *a quo* en la sentencia aquí impugnada– que fue llevado por este último hacia la comisión de delitos.

Por lo tanto, descartados todos los cuestionamientos incoados por el impugnante y toda vez que la dosificación de pena practicada por el tribunal de juicio luce concordante con los criterios que he venido sosteniendo en la materia, entre otros, en el precedente “Coniglio/Ausqui s/ robo” (causa n° 2236/2359, resuelta el 16 de abril de 2007 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 21), y en las sentencias dictadas por esta cámara en las causas n° CCC 59670/2014/TO1/CNC2, “Jaunarena, Alan Gabriel s/recurso de casación” (Registro n° 998/2017, fechada el 12 de octubre de 2017, de la Sala 1ª) y CCC 8843/2015/TO1/CNC1, “Cardozo, Leandro Ariel s/ Robo” (Registro n° 1070/2017, del 27 de octubre de 2017 y de esta sala), es que corresponde rechazar este agravio.

IV. Que en definitiva propongo al acuerdo rechazar sendos recursos de casación, confirmando en su totalidad la sentencia impugnada; con costas, atento el resultado del presente trámite (arts. 456, 457, 470, 471 –los dos últimos *a contrario sensu*–, 530 y 531 del CPPN).

Así lo voto.

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. Con relación al agravio, planteado en ambos recursos, referido a la nulidad del peritaje balístico de fs. 586/590, adhiero al voto del juez Daniel Morin (punto 2) y a las consideraciones del juez Días sobre el punto.



En este sentido, además de compartir en líneas generales lo dicho por los colegas, entiendo que dos son los puntos centrales para rechazar el planteo: se trató de una medida dispuesta en el marco de una instrucción suplementaria, de la cual tomó conocimiento la defensa pública y de la cual fue notificada expresamente la defensa particular; pero, y esto a mi juicio es lo más importante, no hay ninguna crítica relevante a la forma en que se realizó el peritaje, además de que fue analizado en los alegatos durante el juicio.

En definitiva, no advierto la vulneración del derecho de defensa de los acusados alegada en los recursos, lo cual conduce al rechazo de este agravio.

2. Sobre la participación del menor Godoy Márquez en el hecho “a”, también concuerdo con el voto del colega Morin (punto 3).

En efecto, la falta de explicación por parte del *a quo* sobre el alcance y significado del supuesto aporte o “apoyo” a Almada por parte de Godoy Márquez (fs. 639), quien durante la ejecución de ese suceso permaneció en el asiento del acompañante dentro del auto en el que se desplazaban (según surge de los dichos del testigo Schultze), conduce a la absolución del entonces menor por este delito.

Por lo demás, a la luz de lo sostenido en las causas **“Lagos”**⁶, **“Martínez”**⁷ y **“Santos Leguizamón y Coronel”**⁸ (entre muchas otras) sobre los criterios que deben regir las reglas de la participación criminal, no aprecio cómo el haber permanecido en custodia del nombrado Schultze, quien resultó ajeno al hecho “a”, pudo haber facilitado o siquiera repercutido en su concreta ejecución. Resulta aquí también aplicable lo dicho en el precedente **“Guerra”**⁹.

⁶ Sentencia del 30.8.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 663/16.

⁷ Sentencia del 2.6.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 428/17.

⁸ Sentencia del 7.7.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 573/17.

⁹ Sentencia del 29.11.18, Sala I, jueces Días, García y Sarrabayrouse, registro n° 1563/18.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

3. En lo atinente a la valoración de la prueba, adhiero al examen y a las conclusiones a las que arriba el juez Morin (puntos 4 y 5 de su voto).

Tal como sostuve en los precedentes “**Taborda**”¹⁰, “**Marchetti**”¹¹, “**Castañeda Chávez**”¹², “**Guapi**”¹³, “**Fernández y otros**”¹⁴ y “**Díaz**”¹⁵ (entre muchos otros), la consistencia de la duda no se justifica en sí misma, sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y, a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.

En este supuesto, según surge de la explicación brindada en el voto que lidera el acuerdo y que acompaño, no advierto elementos que permitan afirmar que la argumentación y las inferencias realizadas por el *a quo* conduzcan a dudar razonadamente sobre la utilización del revólver secuestrado en el hecho “a”, ni sobre el grado de consumación del hecho “b”, como para justificar la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Únicamente cabe dejar asentado que si bien considero correcto el razonamiento referido a que el hecho se consumó y que la sentencia fundó razonablemente este aspecto en la falta de recuperación del teléfono celular sustraído a _____ San Martín, no comparto la apreciación de que el descargo de Godoy Márquez fue un “mero intento de mejorar su situación procesal” por el momento en el que fue brindado. Tal como dije en “**Escobar**”¹⁶ y reiteré en

¹⁰ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

¹¹ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

¹² Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

¹³ Sentencia del 24.11.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 947/16.

¹⁴ Sentencia del 10.11.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 1136/17.

¹⁵ Sentencia del 27.2.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 132/18.

¹⁶ Sentencia del 18.6.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 168/15.



“**Hamilton**”¹⁷, para descartar la versión que brinda el imputado no basta con señalar ese calificativo, pues se trata de una fórmula vacía que nada dice en cuanto al valor concreto de la declaración, en tanto no la relaciona con prueba alguna. Además, tampoco puede ser relevante el momento del debate en que el acusado declara, pues se trata del ejercicio de su derecho constitucional a contradecir la imputación que se le formula.

Con esta aclaración, concuerdo con mis colegas en que corresponde confirmar la sentencia en lo que a estos aspectos se refiere.

4. Acerca del concurso entre los delitos de robo agravado y portación de arma de guerra en el caso de Almada, también adhiero al voto que lidera este acuerdo (punto 6).

En efecto, en los casos “**Bareiro**”¹⁸, “**Giménez**”¹⁹, “**Cicopieri**”²⁰, “**Ortellado**”²¹, “**Barriento y Luna**”²², “**Zárate y Capón**”²³ y “**Sanabria y Toledo**”²⁴ (entre otros) señalé que entre la portación de un arma de fuego y la realización de otro delito correspondiente a la faz consumativa del *iter criminis* media un concurso aparente de leyes; por eso es que la primera es absorbida por la segunda.

Concluyo, entonces, que en la sentencia ha existido una errónea aplicación de la ley sustantiva en los términos del art. 456 inc. 1º, CPPN –al decidir el concurso material– y que corresponde excluir la figura de portación de arma de fuego de ese encuadre jurídico asignado (art. 470, CP).

¹⁷ Sentencia del 10.6.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 737/19.

¹⁸ Sentencia del 26.11.15, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 696/15.

¹⁹ Sentencia del 7.12.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 979/16.

²⁰ Sentencia del 30.11.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 1250/17.

²¹ Sentencia del 5.9.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 793/17.

²² Sentencia del 5.7.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 798/18.

²³ Sentencia del 7.8.18, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 917/18.

²⁴ Sentencia del 25.3.19, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 290/19.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

Esta decisión torna inoficioso el tratamiento del planteo sobre la procedencia de la figura de tenencia de arma, más allá de que ya se haya descartado –por las razones expuestas en el punto anterior sobre la acreditación de los hechos– el encuadre en el delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada.

5. En cuanto a la pena a imponer a raíz del cambio de calificación postulado en el punto 4 de este voto, adhiero a la propuesta del juez Morin (punto 7), pues comparto su examen sobre las agravantes y atenuantes del caso. Por ende, teniendo en cuenta también la impresión y el conocimiento personal de Almada en la audiencia celebrada en esta instancia en los términos del art. 41, CP (cuyo registro audiovisual observé), coincido en que la pena de trece años de prisión resulta adecuada.

6. En virtud de lo expuesto, concuerdo con el juez Morin en hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por las defensas, casar parcialmente el punto 2 de la sentencia recurrida y absolver a Godoy Márquez por el hecho identificado como “a”. Asimismo, corresponde casar parcialmente el punto 3 de la misma resolución únicamente en lo que respecta a la calificación legal de los hechos, que queda establecida como robo agravado por eluso de un arma de fuego reiterado en dos oportunidades que concurren materialmente entre sí, y fijar la pena de Almada en trece años de prisión. Sin costas (arts. 40, 41, 45, 55 y 166 inc. 2º segundo párrafo, CP; 456, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

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

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa de ____ Godoy Márquez y **ABSOLVER** al nombrado por el hecho identificado como “a” en la



sentencia; y rechazar los restantes agravios introducidos (arts. 456, 465, 468, 469, 470, CPPN).

II. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa de ____ ____ Almada, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia atacada en cuanto se afirmó la existencia de un concurso material entre las figuras deportación de arma de guerra sin la debida autorización legal, con los delitos de robo calificado por su comisión con armas de fuego -dos hechos-. En consecuencia, **ESTABLECER**, que la calificación legal de los hechos juzgados queda subsumida en los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego, reiterado en dos oportunidades, en concurso real, y **MODIFICAR** la pena dictada a ____ ____ Almada por la de **TRECE AÑOS DE PRISIÓN**, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 166 inciso 2°, segundo párrafo, CP; 456, 465, 468, 469, 470, CPPN); y rechazar los restantes agravios introducidos. Sin costas en esta instancia (531 y 531, CPPN).

Se deja constancia que el juez Morin participó de la deliberación y emitió su voto en el sentido indicado, pero que no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399, CPPN).

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13, CJNN y Lex100) y remítase al Tribunal Oral de Menores n° 3, quien deberá notificar personalmente a los imputados, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

HORACIO L. DIAS
-en disidencia-

Ante mí:





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 23131/2016/TO1/CNC1

PAULA GORS
Secretaria de Cámara

Fecha de firma: 21/10/2019
Alta en sistema: 22/10/2019
Firmado por: HORACIO L. DIAS,
Firmado por: EUGENIO C. SARRABAYROUSE
Firmado(ante mi) por: PAULA GORS, Secretaria de Cámara



#29005373#237831323#20191015133644059