



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Registrado bajo el Nro. 426 del año 2014

C. 58.788

En la ciudad de La Plata a los 08 días del mes de julio de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui, Jorge Hugo Celesia y Carlos Alberto Mahiques, Juez de la Sala Segunda, con el objeto de resolver en la presente **causa nº 58788** caratulada **“Madero Velazquez Eduardo s/ Recurso de Casación”**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **ORDOQUI- CELESIA- MAHIQUES**.

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal nº 5 del Departamento Judicial La Matanza resolvió condenar a Eduardo Madero Velazquez a la pena de 6 años y 10 meses de prisión, accesorias legales y las costas del proceso, por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego –dos hechos-, portación ilegal de arma de fuego de uso civil y tenencia ilegal de arma de guerra, todos en concurso real.

Contra dicho resolutorio, la Sra. Defensora Oficial del nombrado, Dra. Mariana Laura Polanco interpone el recurso de casación obrante a fs. 32/43 del presente legajo.

Cumplidos los trámites de rigor y encontrándose la presente causa en condiciones de ser resuelta, el Tribunal decidió tratar y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación?

Segunda: ¿Resulta procedente el recurso de casación?

Tercera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera cuestión** planteada, el Señor Juez doctor **Ordoqui**, dijo:

Se hallan reunidos los requisitos de tiempo y forma exigidos normativamente a los fines de otorgar legitimidad al acto de interposición del remedio casatorio, como así también los elementos que hacen a la impugnabilidad objetiva y subjetiva, en tanto se trata de una resolución pasible de ser recurrida en los términos del artículos 401, 450 y 451 del Código Procesal Penal.

Siendo legítimo el interés en la correcta aplicación del derecho y la expectativa de que la sentencia mejore la situación del imputado respecto de la condena, entiendo que el recurso de casación interpuesto resulta admisible, conforme los normado en los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

75, inciso 22 de la Constitución Nacional y 401, 421, 396, 397 y 399 del Código Procesal Penal.

La defensa se encuentra legitimada para hacer uso del recurso interpuesto a tenor de lo establecido en el artículo 454, primer párrafo del código de forma y, por lo tanto, debe declararse admisible y proceder el Tribunal a decidir sobre los fundamentos de los motivos que lo sustentan (artículos 454, primer párrafo, 464, inciso segundo y 465 del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

A la misma **primera cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia**, dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Martín Manuel Ordoqui en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma **primera cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Mahiques**, dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Martín Manuel Ordoqui en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada, el Señor Juez doctor **Ordoqui**, dijo:

I.- Como primer motivo de agravio, el recurrente cuestiona la falta de motivación en la sentencia y la arbitrariedad en la valoración probatoria. Es así que afirma la falta de elementos que acrediten la participación de su asistido en los ilícitos cometidos, el que no tenía conocimiento de los despojos realizados como de la existencia de las armas de fuego utilizadas, ya que su pupilo permaneció todo el tiempo dentro del vehículo Chevrolet Meriva, lo que lleva a la aplicación de lo dispuesto por el art. 1 del CPP, solicitando la absolución. Afirma que nunca tuvo el co-dominio funcional del hecho, debiendo considerar su aporte como participación necesaria, lo que implica una disminución del monto de la pena impuesto.

Por otro lado, señala que luego de detener el vehículo en el que circulaban, se logra incautar en poder de Silva (acompañante) y de entre sus prendas de vestir un revolver calibre 32 largo marca Elba n° de serie P510, sin municiones en su interior, como así también del interior del rodado –sin especificar la ubicación concreta- un revolver calibre 32 largo de color negro marca DV n° de serie 30548 cargado con siete municiones intactas, lo que indica que, a su entender, de ningún modo puede vincularse a sus asistido con la tenencia de un arma de fuego, ni con la portación, teniendo en cuenta que se desconoce a esta altura el lugar preciso de su incautación.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Finalmente, señala la errónea aplicación de lo dispuestos en los artículos 40 y 41 del CP, en el entendimiento de que ante la ausencia de agravantes y la presencia de atemperantes debe imponerse el mínimo legal previsto por los delitos finalmente enrostrados.

Por su parte, el defensor de esta sede, Dr. Daniel Sureda mantuvo todo los argumentos expuestos por su inferior, y señala la errónea aplicación del art. 55 del CP en referencia al delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y la infracción del art 189 bis, inc. 2 del CP, cuyo argumentos me remito en honor a la brevedad (cfr. fojas 62 y ss del presente legajo).

II.a- En primer lugar, en contestación al primer agravio del recurrente (motivo nº 1 del recurso; cfr. 32 vta. /35 vta.), entiendo que el mismo no puede tener favorable acogida.

Si bien en la segunda cuestión el Tribunal se limita a describir el hecho imputado y a sostener la prueba del mismo sobre la base de una serie de elementos que solamente menciona, lo cierto es que en la tercera cuestión del veredicto se realiza un análisis completo y abarcador de la prueba, la cual da sustento para fundamentar la afirmación efectuada en la segunda cuestión del veredicto (el hecho disvalioso imputado = materialidad ilícita) y, a su vez, para sostener la participación de los procesados –entre ellos quien recurre la sentencia- en dicho suceso a título de coautores; en otras palabras, el tratamiento de la materialidad se encuentra subsumido en la

cuestión que le sigue. No se olvide, tal como expuso esta Sala en el precedente “Derromedis”, que la sentencia (me refiero al concepto genérico que abarca el veredicto y la sentencia propiamente dicha) es un todo único y que las divisiones, en cuanto al modo de tratamiento de las cuestiones relevantes, están previstas por las leyes de procedimiento (art. 371 del CPP) al sólo efecto metodológico en el abordaje del hecho punible, desde que los distintos capítulos del dispositivo integran un solo acto complejo, esto es, una única sentencia, lo decisivo es, entonces, que todos los extremos de la imputación luzcan acreditados en el fallo de la mano de las circunstancias comprobadas en la causa, con basamento en las pruebas incorporadas legítimamente al proceso que deben ser valoradas con arreglo a los principios de la sana crítica racional; por ello, mientras se mantenga una coherencia lógica en el tratamiento de las cuestiones dogmáticas, el orden puede variar siempre que sea metodológicamente correcto (cfr. causa 55.197 y la cita allí expuesta).

De este modo, en contra de lo que sostiene la defensa, el Tribunal Criminal nº 5 de La Matanza expresó su convicción sincera sobre la prueba de cargo que funda la conclusión de la participación criminal atribuida a Eduardo Madero Velazquez.

Que el sentenciante ha dado el debido fundamento en relación a la responsabilidad del imputado por el hecho que se le achaca. Es así, que valoró lo dicho por el mismo encartado, quien dice que “...pasó a buscar a Silva y a Ruiz y los llevó a Haedo, lugar que no conocía muy bien y que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

motivó que preguntara la forma de arribar”. Esta circunstancia fue advertida por el Juzgador, quien señalo que si a las 10:00 salió con los coimputados en su Meriva y fue directo a Haedo, no se explica entonces como es que Bazán (testigo, supervisor de seguridad del supermercado Día %) vio a Silva y a Ruiz en el Supermercado de Crovara a las 10:30 hs., cuando a decir de Madero Velazquez estaban en su camioneta y en viaje al Mc'Donalds de la localidad de Haedo.

Resalta el sentenciante, que es llamativo que no se hubiese percatado que en su propio vehiculo había al menos un arma de fuego y sumado a que sus compañeros de causa a quienes había trasladado al mentado local comidas rápidas ubicado unos metros mas delante de donde se detuvo el vehiculo, no caminaran en esa dirección, sino en sentido opuesto y menos aun como llegaron al baúl del automóvil los juegos de sabanas sustraídos en el hecho 1.

De este modo, afirma el sentenciante que el Sr. Madero Velazquez no pudo resultar ajeno a los hechos, “...sino que por el contrario, mediante un acuerdo previo, deliberado que incluye el reparto de tareas, esto es, los dos primeros ingresaban a los locales mientras el ultimo los trasladaba y se quedaba a pocos metros del lugar, amen de guardar el botín en su rodado mientras los otros ingresaban a la segunda tienda, y transportar las armas las

que por su ubicación y modo estaban a disposición de todos, tomaron participación de los sucesos en cuestión” (fs. 11 vta.).

En suma, coincido con el magistrado que la actividad llevada a cabo por el Sr. Madero Velazquez, era esencial y determinante, lo que permitió la concreción de los dos atracos y la consecuente rápida huida del lugar de los hechos.

De ese modo, se advierte (como lo he expresado ut supra) que el Tribunal ha citado el plexo probatorio que ha tenido en cuenta fundándose así su convicción sobre la materialidad y la participación de Madero Velazquez en el hecho, explayándose sobre las conclusiones obtenidas de su mérito, lo cual abastece sobradamente la exigencia de motivación del artículo 106 del Código Procesal Penal.

En este orden de ideas, es dable destacar que los diversos medios de prueba no constituyen en manera alguna compartimientos estancos, es decir no puede analizarse ninguno de ellos sin efectuar incursiones en otros. “Uno y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos... Por más que se cuente, de un lado, con buenos testimonios y de otro, con indicios precisos, si se hallan en desacuerdo, nada se ha avanzado. Las pruebas no deben ser consideradas aisladamente, sino solo entre ellas: porque, cuantas veces una prueba sea contradicha o siquiera resulte invalidada por otra, deja de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

certificar” (Francois Gorphe, “Apreciación judicial de las pruebas”. Ed. Temis. Bogotá-Colombia. 1989).-

Por otro lado, conforme la descripción de los hechos imputados, advierto que la imputación referida a los ilícitos contra la seguridad pública – sea el tipo de tenencia o el de portación atribuidos al encausado- engloban toda la dinámica delictiva, bien sea antes de cometer los dos robos, durante o después y hasta el momento en que fueron aprehendidos. Sirva esto para desechar la propuesta del defensor de esta Sala.

El verbo típico consiste en “tener” y tiene un arma quien puede disponer de la misma pese a que no la mantenga corporalmente en su poder (cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A. C., Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, t. III, 1ª ed., La Ley, Bs. As., 2013, p. 416 y su remisión a p. 413); de allí que no pueden surgir dudas que Madero Velazquez tenía el arma calibre 32 largo de color negro marca DV nº de serie 30548, pues la misma se encontraba dentro del vehiculo utilizado para los atracos, al momento en que el imputado conducía el automotor y el grupo fue aprehendido. Ello no resulta óbice para adjudicarle la tenencia compartida y afirmar la libre disponibilidad de la otra arma de fuego (calibre 32 largo marca Elba número de serie P510), ya que en definitiva estaba adentro del automóvil y el que la tenía era el consorte de causa que formaba parte del grupo criminal formado para la realización de los ilícitos. En definitiva, resulta

“...indiferente que el sujeto la lleve sobre su persona o en el vehículo donde viaja, o la tenga en su domicilio o en cualquier otro lugar donde la puede coger cuando quiera” (MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, 19ª ed. completamente revisada y puesta al día, tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 822).

De todos modos, conforme el resultado arrojado por la prueba, lo único que podemos aseverar con certeza es que el contacto que tuvo Madero Velazquez con las armas fue dentro del automóvil (conforme surge del acta de procedimiento, aprehensión y secuestro de fs. 1/2 vta) y, dado que “...*sus ocupantes poseen una razonable expectativa de intimidad y por lo tanto de no injerencia estatal, constitucionalmente amparada por la norma antes mencionada [art. 19 CN], por lo que toda afirmación respecto de que, en el caso, el tenedor del arma se hallara en un lugar público o de acceso público, resultaría violatoria de aquel recaudo magnamente establecido*” (cfr. voto del Dr. Mancini en causa 19732), no puede imputársele una portación a la simple tenencia, por lo que, a mi criterio, compartiendo lo dicho por mi colega en la mentada causa, no se puede afirmar la configuración del delito en cuestión – portación- en el interior del vehículo por no tratarse de un lugar público o de acceso público; de todo modos como dije, si se encuentran abastecidos los recaudos del tipo de tenencia.

b.- En consecuencia, propongo a mi colega, hacer lugar parcialmente al recurso de casación impetrado y casar parcialmente la sentencia de fojas 2/20, modificar la calificación legal impuesta a robo agravado por el uso de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

arma de fuego –dos hechos-, tenencia ilegal de arma de guerra y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y consecuentemente adecuando el monto de la pena impuesta a Eduardo Madero Velazquez, que se fija en seis años y nueve mese de prisión, accesorias legales y costas del proceso. Sin costas en esta instancia, atento al resultado parcialmente favorable (art 531 CPP).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

He de disentir respetuosamente con la solución propiciada por mi distinguido colega preopinante.

Al tratar la tercera cuestión del veredicto, el sentenciante consideró acreditado que Silva, Ruiz y Madero Velázquez mediante un acuerdo previo, deliberado que incluyó el reparto de tareas, cometieron los hechos 1 y 2. Así, determinó que en función de dicho acuerdo los dos primeros ingresaran a los locales mientras el último los trasladaba y se quedaba a pocos metros del lugar, amén de guardar el botín en su rodado mientras los otros ingresaban a la segunda tienda, y transportar las armas las que por su ubicación y modo estaban a disposición de todos.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que la determinación de cuándo varias personas tienen un arma de fuego en el sentido típico y cuándo no, es una cuestión eminentemente fáctica que sólo puede ser objeto

de un análisis casuístico, en cuyo marco no parece posible formular reglas generales, sino apreciar, en atención a las circunstancias concretas que rodean las conductas de cada una de las personas que detentan el arma y quiénes solamente la tienen dentro de su esfera de disponibilidad.

Si bien comparto la conclusión a la que arribó el a quo de considerar que la perpetración del robo agravado fue el resultado de una decisión común de ejecutar el hecho, entiendo que la coautoría funcional no puede extenderse a los delitos de tenencia ilegal de arma de guerra y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en tanto los elementos probatorios reunidos no permiten afirmar que consumado el robo existió una decisión común referida a la disponibilidad o tenencia posterior de las armas de fuego.

Se desprende de la materialidad ilícita que se tuvo por acreditada que consumado el robo el consorte de Madero Velazquez decidió mantener el arma en su poder constituyendo de esta forma una nueva acción que hace recobrar la vigencia de la prohibición de tener un arma de fuego, ya que renace el peligro de lesionar el bien jurídico protegido.

Ello se ve reforzado por el hecho que no se comprobó que el acusado haya tenido un efectivo poder de disposición sobre el arma.

La tenencia exige un componente material dado por la noción de disponibilidad y un elemento subjetivo que refiere esa disponibilidad al sujeto activo en el sentido de que pueda disponer de la cosa en cualquier momento.

Para que la tenencia sea compartida debe existir una situación real, efectiva y práctica por la cual dos o más personas pueden acceder al arma.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el caso, surge del acta de procedimiento que al acompañante del acusado individualizado como César Luis Silva se le incautó de entre sus ropas un revólver calibre 32 largo, color plateado, marca Elba n° P510 sin municiones, determinándose posteriormente en la pericia que se trataba de un calibre 38 apto para el disparo. Asimismo, en el documento se dejó constancia que se procedió a requisar el rodado en cuestión y se secuestró un revólver calibre 32 largo, de color negro, marca DV n° 30548 con siete municiones en su tambor.

En consecuencia, considero que el hecho de que el arma de fuego calibre 38 fuera secuestrada de entre las prendas de Silva impide afirmar que Madero tuviera indistintamente el arma a su disposición.

Por otra parte, en atención al principio in dubio pro reo, con mayor razón debe descartarse la portación con respecto a la restante arma de fuego que resultó secuestrada en tanto en el acta de procedimiento si bien se detalló que se encontraba en el vehículo nada se dijo de la ubicación exacta del adminículo como para afirmar que, teniendo en cuenta que eran tres los ocupantes del rodado, existió una portación compartida del arma de fuego, máxime si se tiene en cuenta la conclusión a la que arriba mi colega el Dr. Ordoqui cuando determina que lo único que se puede aseverar con certeza es que el contacto que tuvo Madero Velázquez con las armas fue dentro del automóvil.

Resta añadir que dejo a salvo mi opinión en lo que respecta a la consideración del vehículo como lugar público, ya que atento a la solución a la que arribo no viene al caso extenderse sobre el punto.

En función de lo expuesto, dado que no se encuentran suficientemente acreditadas las exigencias típicas subjetivas correspondientes a los delitos de tenencia y portación ilegal de armas de fuego previstos en el art. 189 bis, la aplicación del art. 1 del C.P.P. relativo a la duda beneficiante debe conducir a la absolución del imputado en relación a los delitos de tenencia ilegal de arma de guerra y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, correspondiendo se lo condene como coautor de robo agravado por el uso de arma de fuego (dos hechos en concurso real) a la pena de seis años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas. Sin costas en esta instancia.

Arts. 45, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo y 189 bis del C.P. y arts. 1, 210, 373, 448, 530, 531 y cctes. del C.P.P

A la misma **segunda cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Mahiques**, dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Martín Manuel Ordoqui en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **tercera cuestión** planteada, el Señor Juez



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

doctor **Ordoqui**, dijo:

Visto lo resuelto en la segunda cuestión y según los fundamentos expuestos por la mayoría de los jueces votantes, corresponde: **a)** declarar formalmente admisible el recurso de casación impetrado por la defensa; **b)** hacer lugar parcialmente al recurso de casación impetrado y casar parcialmente la sentencia de fojas 2/20, modificando la calificación legal a robo agravado por el uso de arma de fuego –dos hechos-, tenencia ilegal de arma de guerra y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil; y **c)** consecuentemente adecuar el monto de la pena impuesta a Eduardo Madero Velazquez, que se fija en seis años y nueve mese de prisión, accesorias legales y costas del proceso. Sin costas en esta instancia (art 531 CPP).

Así lo voto.

A la misma **tercera cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Martín Manuel Ordoqui en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma **tercera cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Mahiques**, dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Martín Manuel Ordoqui en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Vista la forma como han quedado resueltas las cuestiones planteadas en el Acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

R E S U E L V E:

I.- Declarar formalmente **admisible** el recurso de casación impetrado por la defensa.

II.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación impetrado y casar parcialmente la sentencia de fojas 2/20, modificando la calificación legal a robo agravado por el uso de arma de fuego –dos hechos-, tenencia ilegal de arma de guerra y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil.

III.- Consecuentemente **adecuar el monto de la pena impuesta** a Eduardo Madero Velazquez, que se fija en seis años y nueve mese de prisión, accesorias legales y costas del proceso. Sin costas en esta instancia (art 531 CPP).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Arts. 45, 166 inc. 2 segundo párrafo y 189 bis del C.P. y arts. 210, 373, 448, 530, 531 y cctes. del C.P.P

Regístrese, notifíquese y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

Fdo: Martín Manuel Ordoqui - Jorge Hugo Celesia

Ante mí: María Andrea Espada

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA