

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

Causa N° 2036-00/15 “Contreras, Fausto Germán s/ art. 189 bis CP”

/n la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 7 días del mes de julio de 2015, se reúnen los miembros de la Sala de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. Elizabeth A. Marum, Marcelo P. Vázquez y Jorge Atilio Franza, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor oficial, obrante a fs. 219/25vta. del presente, del que

RESULTA:

I.- El presente proceso penal tiene por objeto investigar el hecho que tuvo lugar “... *el día 3 de febrero de 2015, siendo aproximadamente las 10.15 horas, en la intersección de las calles Sanabria y Nogoya de esta ciudad, oportunidad en la que un sujeto de sexo masculino, identificado a la postre como **Fausto German Contreras**, mayor de edad, procedió a subirse al vehículo de alquiler marca Fiat, modelo Siena, dominio FSU-616, el cual era conducido por el Sr. Hugo Héctor Sánchez, solicitándole que lo lleve hasta la intersección de la calle Sanabria y la Av. Beiro, lugar en el que descendió en un Kiosko, luego de ello retomó el vehículo de alquiler, ocasión en la que Sanchez pudo observar que el imputado extrajo de sus ropas un elemento similar a un arma de fuego. Luego le indicó que siguiera su recorrido por la calle Gualeguaychu hasta la altura catastral 2545 de esta ciudad (lugar en el que se verificó que reside según los dichos de su padre), donde una vez arribado le ordenó parar. Tras su descenso, el Sr. Sanchez continuó circulando con el vehículo por las inmediaciones de la zona hasta dar aviso a personal policial que se encontraba en la intersección de las calles Sanabria y Tinogasta, quienes pudieron dar con el encartado a unos pocos metros en la intersección de las calles Sanabria y Nogoya de esta ciudad. En ese momento le procedieron a efectuar un cacheo de seguridad, en la inteligencia de que el mismo podría contar con un arma de fuego en sus ropas, verificando que en su bolsillo delantero derecho del pantalón contaba con un revolver calibre .22 con la inscripción pasper bagual Nro. 318737, conteniendo una bala en su recamara...*”

La conducta fue encuadrada en un primer momento como constitutiva del delito previsto en el art. 189 bis, apartado (2), último párrafo del Código Penal, el cual establece un agravante especial para el delito de portación de cualquier arma, al verificarse que el imputado posee antecedentes penales por delitos dolosos contra las

personas o con el uso de armas. Conforme se desprende del requerimiento de elevación a juicio a fs. 129/134 fs. Sin embargo, posteriormente el Fiscal de Grado calificó nuevamente el hecho en el art. 189 *bis*, apartado 2, inciso 1 del CP –tenencia de arma de fuego-. Ello así, atento a la prueba recabada, igualmente se mantuvo la misma base de descripción fáctica, según se desprende de la celebración del acuerdo del art. 266 del CPPCABA a fs. 189/190vta en el que se acordó la imposición de una pena principal de diez meses de prisión y pesos mil de multa de cumplimiento efectivo.

II.- El día 27/04/2015, la titular a cargo del Juzgado N° 28, Dra. Graciela Dalmas, rechazó el acuerdo de avenimiento al que arribaran las partes a fs. 189/190vta. Argumento la negativa en que existe una “diferencia entre el hecho plasmado en el requerimiento de elevación de juicio (portación) - y los que son reconocidos por el imputado – y la nueva calificación legal (tenencia)”. Plantea que fijado el objeto procesal en el requerimiento de elevación a juicio, la conformidad prestada por el imputado sobre otro hecho deviene fuera de los presupuestos legales establecidos en el artículo 266 del CPPCABA por lo que entiende que corresponde su rechazo.

Sostuvo que, de ser una conducta calificada en el art. 189 *bis*, apartado (2), último párrafo -correspondiente a la portación de un arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, con el agravante de antecedentes penales-, paso a ser una conducta calificada en el 189 *bis*, apartado (2), inciso 1 -una tenencia de arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal-. Explicó que la fiscalía ha modificado la calificación legal sin fundar los motivos del cambio de calificación, sobre todo si la base fáctica no cambio.

Por otra parte, destacó que es insoslayable la conducta típica seleccionada, ya que Contreras llevaba en el bolsillo de su pantalón, un arma con un proyectil en la recámara. Agregó que la misma, fue considerada apta para el disparo y con funcionamiento anormal, en razón de que puede dispararse de forma accidental, por ende genera más riesgo.

III.- El titular de la defensoría N° 5, interpone recurso de apelación contra la resolución *ut supra* de mención. Critica la decisión de la Jueza porque rechazó el instituto y fundó su decisión en que se realizó un cambio en la calificación legal más favorable al Sr. Contreras. Ahora bien, en contraposición sostuvo que lo dispuesto en el art. 266 del CPPCABA prevé la posibilidad de atribuir al hecho una calificación legal

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

más beneficiosa para el imputado.

Asimismo, expresa que la Juez en un primer momento plasmó que “la base fáctica no cambio” al referirse a la recalificación de la conducta. Sin embargo, luego se contradice y soslayó que no se puede homologar debido a la existencia de una diferencia fáctica entre los hechos Aclaró que en las presentes se ha constituido una única plataforma fáctica sobre la cual se ha apoyado la acusación fiscal, tanto en oportunidad de la celebración de la audiencia a tenor de las previsiones del art. 161 del CPPCABA, como al confeccionarse la requisitoria fiscal.

Por otra parte, de adquirir firmeza el resolutorio en crisis, el encartado será alcanzado por un poder punitivo más fuerte. Así es que, habida cuenta de que para el delito de portación de arma de fuego sin la debida autorización legal en su escala agravada -art. 189 *bis*, apartado (2), último párrafo- exige la aplicación de una pena mínima de cuatro años de prisión. Mientras que, en el acuerdo de avenimiento rechazado por la *a quo* le permite cumplir una pena de diez (10) meses de prisión.

A su vez, critica la decisión porque viola al principio de imparcialidad de la Juez, toda vez que, la misma sustituyó la función del titular de la vindicta pública pues efectuó una valoración de prueba. Por las razones de mención sostiene que la resolución recae en un supuesto de arbitrariedad.

Por otra parte, soslayó que la *a quo* rechazó el acuerdo y omitió celebrar la entrevista con el imputado, a fin de verificar si el imputado ha comprendido el alcance del acuerdo de avenimiento.

Por último solicita que se revoque la resolución en crisis.

IV.- Arribadas las actuaciones a esta Sala, el Fiscal de Cámara Norte, dictaminó que debe hacerse lugar el recurso de apelación interpuesto por el Defensor Oficial y revocarse la resolución en crisis. Esgrime que está de acuerdo con lo manifestado por la defensa y que la decisión de la magistrada viola al sistema acusatorio (13 CCABA). Asimismo, sostuvo que la Judicante no está autorizada a revisar los términos del acuerdo celebrado por las partes y muchos menos el modo en que la fiscalía consideró los hechos para solicitar la pena aplicable. A su vez, respecto a la calificación legal, sólo puede ser modificada por la juez. Por otra parte, esgrimió que el requerimiento de elevación a juicio debe incluir la calificación legal atribuida al hecho pero no indica que deben expresarse las razones de tal subsunción, tal como lo exige la

a quo.

V.- Conferida la vista a la defensa de Cámara, mantiene el recurso interpuesto y hace suyos lo expresado por su colega de grado. Agrega que el acuerdo no significó una alteración del hecho probado, sino su calificación legal, facultad que es propia del titular de la acción pública en el marco de aplicación de este procedimiento especial con el consentimiento del imputado. Finalmente refiere que la resolución en crisis carece de sustento jurídico y debe ser revocada (ver fs. 234/235)

VI.- Pasan los autos a resolver, a fs. 236.

PRIMERA CUESTION

El recurso presentado se encuentra fundado y ha sido presentado en forma oportuna. Asimismo la resolución que rechaza el acuerdo de avenimiento celebrado entre las partes es de aquellas expresamente declaradas apelables, conforme lo dispuesto por el art. 266 in fine CPP; por lo que el recurso es formalmente admisible.

SEGUNDA CUESTION

Ingresando en el análisis del fondo del asunto traído a conocimiento del tribunal, relativo al rechazo de la solicitud de homologación del acuerdo de avenimiento firmado por el imputado, corresponde adelantar que se habrá de revocar la resolución en crisis por los argumentos que a continuación se expondrán.

En primer lugar, el art. 266 CPP establece que el acuerdo de avenimiento “debe contener los requisitos del requerimiento de juicio, o remitirse a ese acto si ya se hubiera formulado y la conformidad del/ la imputado/a, con asistencia de su defensor/a, la que importará la aceptación sobre la existencia del hecho o de los hechos reprochados y su participación, con la calificación legal adoptada y con la pena solicitada”.

En el caso, y tal como fue descripto el hecho en las resultas, la base fáctica tomada en cuenta para arribar al acuerdo de juicio abreviado no fue mutada en el acuerdo suscripto, pues es idéntica a la efectuada en la audiencia prevista en el art. 161 CPP y en el requerimiento de elevación a juicio. De modo que, a diferencia de lo afirmado por la magistrada de grado, existe correspondencia fáctica entre el hecho requerido a juicio y el acuerdo celebrado con el imputado.

En cuanto a la calificación legal, si bien, tal como señala la juez de grado

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

ha variado, pues en la requisitoria la conducta fue encuadrada en el art. 189 bis, apartado 2, último párrafo del CP, y al celebrarse el acuerdo se calificó nuevamente el hecho en el art. 189 bis, apartado 2, inc. 1 del CP, lo cierto es que ello obedeció, tal como se señala en el avenimiento, a la prueba recabada en las presentes actuaciones, lo que llevaba a subsumir el hecho en un caso de tenencia y no de portación.

En efecto, según se desprende del informe pericial, obrante a fs. 114/116, si bien el revólver de simple y doble acción, calibre 22 largo rifle, marca bagual-8, nro. 318737, resultó al momento del examen pericial “apto para producir disparos pero de funcionamiento anormal”, lo cierto es que el cartucho de bala calibre 22 largo rifle resultó no apto para sus fines específicos, luego de reiteradas percusiones. Que ello podría deberse por ejemplo a un mal estado de conservación o a un defecto de fabricación.

De este modo, se descarta el encuadre en el delito de portación de arma de fuego de uso civil toda vez que para constatar la aptitud para el disparo y funcionamiento global del arma, la idoneidad debe recaer no sólo sobre el arma sino también sobre la munición secuestrada, ya que en su conjunto conforman su finalidad específica. En suma, en el caso sólo se habría verificado que Contreras tenía en su poder un arma de uso civil sin autorización cargada con un proyectil inidóneo, hecho que se subsume en el delito de tenencia.

Siendo así, no se vislumbra en el caso una variación de la plataforma fáctica del hecho imputado, pues más allá de la escueta fundamentación del cambio de calificación legal, que fuera brindada en el acuerdo de avenimiento por parte del Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que aquella modificación se sustenta en el análisis de las pruebas obrantes en la causa, específicamente en el resultado de la pericia balística.

Al respecto cabe señalar que “una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que presupone que tuvo realidad, y otra distinta es evaluarlo, calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley penal, verificar si la situación fáctica admitida encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para darle un *nomen iuris*, o lo que es igual, para reconocer los elementos constitutivos de un tipo o figura penal” (Velez Mariconde A, Lerner, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Córdoba, tercera edición, pág 236).

En este sentido, cabe expresar que el criterio de otorgar validez a los cambios de calificación en la medida que la condena recaiga sobre los mismos hechos investigados durante el proceso, ha sido reiteradamente afirmado por la Corte (Fallos 250:572; 251:17; 280:135; 300:678; 302:482; 303:1740; 304:1270 y 306:784).

En atención a ello corresponde revocar la decisión de la magistrada de grado en cuanto rechaza el acuerdo de avenimiento al que se arribara en las presentes actuaciones, debiendo expedirse nuevamente sobre la homologación siguiendo los lineamientos expuestos.

Sin perjuicio ello, no puede soslayarse que el nombrado Fausto Contreras registra, con fecha 30 de diciembre de 2013, una pena única de tres años y diez meses de prisión, accesorias legales y costas, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 25, comprensiva de la pena de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento por el delito de robo y de la pena única de tres años y seis meses de prisión, que le fuera impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 19, con fecha 12 de agosto de 2011, en la causa nro. 3460, comprensiva de la pena de tres años de prisión y costas, que por ser autor penalmente responsable de los delitos de hurto en grado de tentativa, robo simple reiterado en dos oportunidades y robo agravado por haber sido cometido con un arma de utilería, en grado de tentativa, todos ellos en concurso real entre sí, le fuera impuesta en la causa citada y de la condena de dos años y ocho meses de prisión de cumplimiento en suspenso, impuesto por el tribunal oral en lo criminal nro. 1, en la causa nro., 2813/2891, 2965, 3461, 3521, el 8 de abril de 2010, cuya condicionalidad fue revocada en ese acto.

Además en la misma fecha se declaró reincidente al condenado Contreras y se revocó el beneficio de la libertad condicional que le fuera concedido con fecha 14 de junio de 2013 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal nro. 3.

Sentado ello, corresponde que al momento de efectuar la homologación del acuerdo, se incluya también dicha declaración, a tenor de lo dispuesto por el art. 50 CP, pues la reincidencia es una obligación que se establece legalmente y no es objeto de acuerdo o transacción de las partes al momento de efectuar el avenimiento, por lo que se entiende que esa consecuencia jurídica, en cuanto imposición legal, es conocida por quienes suscriben el acuerdo.

En este sentido, el máximo tribunal local ha expresado, por mayoría, que

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

“la reincidencia es una imposición legal (art. 50) y precisamente por ello no puede ser objeto de acuerdo o transacción entre las partes en el procedimiento previsto en el art. 231 CPPCABA, pues no es materia disponible, como tampoco podrían serlo el marco de la especie de pena establecidos por el legislador nacional para el delito que se imputa (“Aldao”, sentencia del 24 de octubre de 2007; y mutatis mutandi “Vázquez” sentencia del 7 de mayo de 2007). Conforme a lo que se desprende de esta norma procesal local el “acuerdo” que pueden celebrar la fiscalía y la defensa –frente a la confesión del hecho y el reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado –se circunscribe a la “determinación de la pena”, que, a criterio de las partes, le correspondería por el delito concreto que se ventila en el ámbito local, acuerdo al que se arriba sólo si el imputado consiente que se omita “la recepción de la prueba tendiente a acreditar” su culpabilidad, libremente confesada, con la salvedad de que si no se llegara a un acuerdo sobre ese único punto negociable, esto es, el monto de pena, “el debate continuara” a tal efecto. Este procedimiento simplificado, más allá de su acierto o error, no constituye una oportunidad para negociar los hechos ni puede significar una renuncia tácita del juez a su deber de aplicar la ley y la Constitución (art. 106). En este sentido, el “acuerdo” no desapodera al magistrado de su facultad jurisdiccional de determinar en su decisorio las consecuencias legales accesorias que corresponden adicionar a la sentencia condenatoria, entre ellas: la declaración de reincidencia o el decomiso de los bienes con los que se cometió el delito (arts. 50 y 23 CP), en el supuesto que corresponde su imposición” (Del voto de la Dra, Conde en el Expte 6808/09 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Morales, Hernán Pablo s/inf. art. 189 bis CP -recurso de inconstitucionalidad-, rta. 17/3/10, por mayoría)

En virtud de lo expuesto, el tribunal

RESUELVE:

REVOCAR la decisión de la magistrada de grado, obrante a fs. 203/207, en cuanto rechaza el acuerdo de avenimiento al que se arribara en las presentes actuaciones, debiendo expedirse nuevamente sobre la homologación del acuerdo siguiendo los lineamientos expuestos.

Regístrese, notifíquese mediante cédula con carácter urgente y remítase

al juzgado de primera instancia, a sus efectos.