

Concurso N° 192 Tribunal de impugnación Centro Judicial Capital San Miguel de Tucumán
Caso N° 2 del jurado Dr. Baclini, Jorge Camilo.

1- Hechos probados: Juan Alfíne y Gastón Avile, ambos mayores de edad, acuerdan cometer un robo en una estación de servicios ubicada en calle La Rioja al 1300 de San Miguel de Tucumán.

A tal fin le piden prestadas dos armas de fuego, una pistola Bersa calibre 38 largo y un revólver Bagual calibre 9 mm, a Tomás Moreno, las que están registradas en ANMaC a su nombre con autorización para tenencia, quien sabe que serán utilizadas para cometer un robo. Moreno a su vez contacta a su amigo Raúl Benza, de 15 años de edad, a quien le comenta lo que planean hacer Alfíne y Avile, diciéndole que sería bueno que él participara, ante lo cual Benza duda. Finalmente, ante la insistencia termina convenciéndolo para que intervenga en el atraco.

El 10/09/2018 a las 7:30 horas los tres (Alfíne, Avile y Benza) se presentan en la estación de servicios de mención y utilizando las dos armas de fuego intimidan al playero llamado Rafael Pinto y bajo amenazas le sustraen todo el dinero recaudado, siendo que el menor se dirige al minimarket y también sustrae objetos del local y parte del dinero de la recaudación.

Cuando se están por retirar del lugar caminando, se presenta un móvil policial conducido por el agente Marcelo Gómez y como acompañante el cabo Marcos Muslera, los que al advertir la situación descienden del vehículo y dan la voz de alto. Ante ello, los tres ladrones salen corriendo y cubren su huida con disparos de sus respectivas armas de fuego. Como saldo de ese enfrentamiento, por un lado Muslera es herido en una pierna, y por el otro una persona cae, comprobándose más tarde que había fallecido y que se llamaba Martín Lazos.

Inmediatamente otros policías que estaban en la zona y oyeron los disparos, arriban al lugar de los hechos y logran aprehender a Raúl Benza, menor de 15 años, y a Juan Alfíne, al que se le secuestra un arma de fuego, mientras que el tercer sujeto consigue escaparse y darse a la fuga. La totalidad del dinero y los objetos sustraídos al playero y al minimarket son recuperados en el lugar del hecho y devueltos a las víctimas.

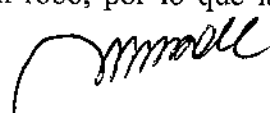
Se prueba que los disparos fueron realizados por Alfíne, siendo éste el que causó la lesión a Muslera, que le produjo como consecuencia directa la pérdida de la pierna por amputación, conforme se prueba con los informes médicos posteriores.

A su vez, realizadas medidas de investigación, se descubre que Martín Lazos es un vecino del lugar y, conforme a lo declarado por testigos y otros vecinos, no tuvo vinculación con el robo sino que se encontraba regresando a su domicilio cuando se encontró con la balacera y, ante ello, se habría cubierto detrás de un árbol cuando uno de los disparos le impactó en su cuerpo y le produjo la muerte. Practicada la pericia se determina que la bala fue deflagrada por el arma de fuego del agente Marcelo Gómez.

En audiencia de formalización de cargos, Gómez admite que disparó contra los ladrones pero que pensó que quien se había escondido detrás de un árbol era uno de ellos, que era un grupo de tres o cuatro personas que se movilizaba corriendo en forma conjunta, y que usó su arma de fuego con la finalidad de repeler las agresiones que recibían, también por disparos de arma de fuego. Gómez dice que nunca supo ni se imaginó que esa persona era ajena al hecho porque estaban todos juntos.

Se realiza una revisión de la cámaras de seguridad instaladas en la estación de servicios y en la vía pública donde se observa a los tres ladrones, siendo que coinciden las imágenes con los dos aprehendidos, los cuales a su vez son reconocidos en sendas ruedas de reconocimiento por todos los testigos.

Con los datos obtenidos de los testimonios de los vecinos y las cámaras de seguridad se logra identificar al tercer imputado, resultando que al serle informado al personal policial que estaría próximo para darse a la fuga, éstos se constituyen en el domicilio donde supuestamente habitaba, siendo atendidos por una mujer mayor de edad. Al ser consultada, la señora se identifica como la dueña de la casa y la madre del llamado Gastón Avile. Los policías le explican que el motivo de su presencia era que estaban buscando a Avile por un robo, por lo que la señora les



autoriza el ingreso y les dice que su hijo estaba en su habitación. Gastón Avile es detenido en su dormitorio y se secuestra un arma de fuego que estaba arriba de la mesa de luz.

Al ser peritadas las dos armas secuestradas, se determina que tienen aptitud para el disparo. De las investigaciones posteriores se logra la detención de Tomás Moreno.

Formulada la **acusación y el juicio oral el tribunal dicta sentencia** con el siguiente fallo:

a) A **Juan Alfine y Gastón Avile** los condena a la pena de 10 años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas por considerarlos coautores materialmente responsables del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, agravado por la intervención de un menor de edad y en grado de tentativa, en concurso ideal con robo calificado por la causación de lesiones gravísimas, agravado por la intervención de un menor y por el uso de un arma de fuego consumado, en concurso real con portación ilegal de armas de fuego de guerra (arts. 166 inc. 2, 2 parte, 41 quater, 42, 54, 166 inc. 1, 41 quater, 41 bis, 55, 189 bis inciso 2, 4º párrafo, 45, 5 y 12 del CP).

b) A **Tomás Moreno** se lo condena a la pena de 5 años de prisión, accesorias legales y costas por considerarlo partícipe secundario del robo calificado por el uso de un arma de fuego apta para el disparo en grado de tentativa agravado por la intervención de un menor (arts. 166 inciso 2, 2 parte, 42, 41 quater, 46, 5 y 12 CP).

c) **Absolviendo de culpa y cargo a Marcelo Gómez** en relación al delito de homicidio calificado por ser su autor un empleado policial, por haber actuado en legítima defensa propia y cumplimiento de un deber errando en los presupuestos de las justificantes en forma invencible por lo que señala que su accionar es inculpable (arts. 45, 80 inciso 9, 34 incisos 1, 6 y 4 CP).

El Fiscal y la defensa de Alfine, Avile y Moreno **apelan la sentencia**.

2- Agravios del fiscal.

a) Respecto a **Juan Alfine y Gastón Avile** solicita se confirme la condena dictada contra ambos. Sostiene que el robo calificado por las lesiones gravísimas causadas debe permanecer como consumado a pesar de que se hayan recuperado las pertenencias de las víctimas, al tratarse de una figura compleja en la que prevalece el delito contra la vida y la integridad física, ocurriendo lo propio con el artículo 165 del CP.

Además, explica que en el caso de que el hecho quedará en grado de tentativa, el imputado se vería favorecido injustamente ya que la rebaja de la pena llevaría el mínimo a 2 años y 6 meses y el máximo a 10 años de prisión, mientras que si se considera que existe un concurso ideal entre el robo y las lesiones gravísimas, la escala penal es más alta, de 3 a 10 años de prisión.

b) En relación a **Tomás Moreno** solicita que se mantenga la condena dictada pero que se modifique la calificación legal y consecuentemente la pena impuesta.

En efecto, señala que el tribunal de baja instancia no contempló la actuación de Moreno como instigador del menor de Benza en el hecho, ya que fue él quien lo convenció para que intervenga, resultando que si bien Moreno no tuvo participación en la faz ejecutiva del suceso fue quien creó el dolo en la cabeza de uno de los coautores, logrando convencerlo para que intervenga en el hecho.

Que por otra parte Moreno al entregar las dos armas de fuego y conseguirle a los dos autores a otra persona (el menor Benza) para que tome parte en el hecho, habría tenido un rol de participación necesaria en el hecho, resultando entonces que estos aportes deben reputarse como cómplice primario en tanto que sin su ayuda el hecho no se podría haber cometido en la forma en que finalmente se realizó.

Por lo demás, Moreno al entregar las armas tuvo la previsibilidad necesaria para entender que las mismas podrían ser usadas en el hecho causando lesiones físicas a las víctimas o incluso la



muerte, por lo que debe ser también condenado por las lesiones gravísimas calificantes del robo que fueron atribuidas.

En función de todo ello solicita que se condene a Moreno como instigador y participe primario materialmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de armas de fuego apta para el disparo agravado por la intervención de un menor de edad en grado de tentativa, en concurso ideal con robo calificado por la causación de lesiones gravísimas agravadas por la intervención de un menor y por el 41 bis consumado.

Por otra parte, entiende que al ser Moreno tenedor autorizado de las armas de fuego, también se lo debe condenar por el delito de entrega de un arma de fuego a quien no tiene condición de legítimo usuario, dos hechos en concurso real (arts. 189 bis inciso 4º primera parte, 45 y 55 CP).

c) En relación a la **absolución de Marcelo Gómez** solicita su revocación y en su lugar se dicte condena por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por el uso de arma de fuego porque su accionar fue negligente, habiendo actuado en error de tipo vencible (arts. 84, 41 bis, 45 y 34 CP).

d) Finalmente peticiona que el dictado de la condena sea realizado por el mismo tribunal de impugnación indicando que no es un caso que requiera reenvío, a la vez que se priorizaría de ese modo el plazo razonable de duración del proceso y se garantiza el doble conforme a través del llamado recurso horizontal.

Al efecto recuerda que la pena solicitada fue:

- Para Gómez tres años de prisión de cumplimiento condicional con la imposición de una serie de reglas de conducta por el plazo de 4 años, inhabilitación especial por el plazo de 10 años y costas.

- Para Moreno nueve años de prisión, accesorias legales y costas.

3- Agravios de la defensa.

a) En relación a la sentencia condenatoria dictada contra Juan Alfino y Gastón Avile solicita que se revoque dictándose la absolución por carencia de pruebas, indicando que las mismas son insuficientes para lograr la certeza positiva necesaria para condenar.

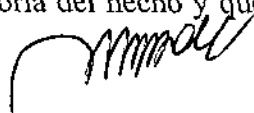
Además, sostiene que el allanamiento practicado en la vivienda de Avile fue ilegal por no contar con orden judicial y testigos, por lo que debería excluirse como prueba el secuestro del arma de fuego por lo que solicita se suprima en relación a este imputado todas las agravantes y referencias legales relacionadas con el uso de un arma de fuego.

Subsidiariamente peticiona que se modifique la calificación legal asignada quitando la agravante por el intervención de un menor de edad, en tanto no se dan los presupuestos objetivos ni subjetivos necesarios al efecto, por lo que la intervención del menor no fue a los fines de descargar responsabilidad en el mismo.

Además, indica que al no haberse concretado la sustracción de elementos por la aprehensión inmediata con conexión témporo espacial de los imputados el suceso quedó en grado de tentativa. Que resulta contradictorio que el juez haya resuelto que, por un lado el robo quedó consumado (robo calificado por la causación de lesiones gravísimas agravado por la intervención de un menor y por el 41 bis) y por el otro que quedó tentado (robo calificado por el uso de un arma de fuego agravado por la intervención de un menor de edad). Que el robo se trata de un delito contra la propiedad, resultando que la consumación queda concretada con la disponibilidad de las cosas sustraídas, la cual en el caso no se logró.

A su vez, sostiene que no se ha podido acreditar que Avile haya disparado arma alguna por lo que no corresponde entonces que sea condenado por el agravante de las lesiones, resultando fundamento de su postura el principio de hecho y el artículo 47 del código penal.

b) Al contestar agravios en relación a la actuación de Moreno la defensa solicita su absolución por entender que su aporte fue dado en la etapa preparatoria del hecho y que el mismo



fue banal en tanto la posibilidad de conseguir armas de fuego es bastante sencilla, resultando que además no se ha probado que haya obtenido algún rédito o beneficio económico por su intervención.

Además, señala que no es posible instigar a un menor de 15 años porque este no es punible conforme lo dispone la ley 22.278, ya que la instigación solo es posible cuando el interpuesto comete delito lo que no ocurre con un menor de 15 años por no ser punible.

En relación a las impugnaciones por la calificación legal en general se remite a lo ya expuesto en relación a Alfino y Avile. Agrega que, en caso de que el Tribunal considere que corresponde la condena, la misma debería ser únicamente por el delito de entrega indebida de armas de fuego (art. 189 bis inc. 4 primer párrafo), al mínimo de 1 año de prisión y de ejecución condicional.

c) El defensor del policía Gómez solicita se mantenga la absolución por los siguientes argumentos.

- c.1) En primer lugar porque es correcto lo resuelto por el Tribunal.

Sin perjuicio de ello, siguiendo la línea de la Fiscalía, si se tratara de un error de tipo el mismo sería invencible lo que resultaría en la atipicidad de la conducta, ya que no hay forma de explicar qué diligencia debería haber llevado a cabo Gómez para salir del error. Imposible era preguntar si la persona que esta detrás del árbol era o no delincuente. Se trata de una situación imprevisible.

Subsidiariamente, señala que en caso que se admita la postura de la fiscalía debería quitarse la agravante por el uso de un arma de fuego, en tanto las mismas están previstas para los delitos dolosos, y no para los culposos como sería este supuesto.

c.2) Que en caso que el tribunal de impugnación decida que haya que revocar la absolución corresponde que sea reenviado a baja instancia para que el mismo u otro tribunal, decida conforme los patrones brindados por el tribunal de impugnación, ya que ello es lo más garantista del doble conforme.

4- Consigna

Resuelva con fundamento los agravios planteados por las partes.

Al efecto debe entender que los hechos están probados en grado de certeza positiva y que han sido atribuidos correctamente.