



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Expte N° 11761/2014 “Legajo de juicio en autos Escalante, Damián Gabriel s/inf. art. 189 bis. portación de arma de fuego de uso civil del C.P. s/recurso de inconstitucionalidad concedido”

TRIBUNAL SUPERIOR:

I. Objeto del presente dictamen.

Llegan las presentes actuaciones a fin de dictaminar sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el titular de la Defensoría Oficial ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal Nro. 1, recurso que fuera declarado admisible por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en los Penal Contravencional y de Faltas, con fecha 3 de diciembre de 2014.

II. Antecedentes relevantes del caso.

Entre los antecedentes de interés, cabe señalar que se le ha imputado al Sr. Damián Gabriel Escalante haber llevado consigo sin la debida autorización legal para tal fin, un revolver marca Galand, calibre 22 largo, de color negro, con tambor de 8 alvéolos de apertura lateral, empuñadura recubierta y apta para disparo. El hecho relatado ocurrió en la vía pública, en las inmediaciones de la intersección de la Av. Nazca con la calle Gutenberg de esta Ciudad, el día 18 de febrero de 2014 a las 17:54 hs.


Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Luego de finalizada la investigación penal preparatoria y desarrollado el juicio oral y público, con fecha 5 de agosto de 2014, el Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 27, resolvió condenar a Damian Gabriel Escalante, a la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis., inc. 2°, párrafo tercero, 5, 12, 29, inciso 3°, 40, 41, 45 CP; 248, inciso 5 e inciso 8, 343 y 345 del CPPCABA) -conf. fs. 176/177-.

Esta sentencia fue impugnada tanto por la Defensa Oficial como por la representante del Ministerio Público Fiscal, interponiendo ambos sendos recursos de apelación -conf. fs. 224/238 vta. y 239/245-.

En la presentación efectuada por la defensa se solicitó: 1) La nulidad del requerimiento, por cuanto entendió que la requisitoria efectuada en el caso no se ajustaba a derecho, señalando que *“la calificación escogida por la representante del Ministerio Público Fiscal no se encontraba debidamente fundada en cuanto a su relación con el hecho endilgado...”* y, por otra parte, refirió que *“el hecho que se le atribuyo al Sr. Escalante no resultó, claro preciso y circunstanciado”*; 2) Se requirió además la nulidad del acta de secuestro por entender que la misma no reflejaba la realidad de lo acontecido. En ese sentido, indicó que la cadena de custodia del arma había sido quebrantada, en virtud de que se había manipulado el objeto a peritar en clara violación a las normas procesales vigentes; 3) Por otro lado, alegó que la sentencia era arbitraria y que se había violado el principio de inocencia, ello en base a que se



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

había valorado arbitrariamente la prueba producida en el debate; 4) Finalmente alegó la arbitrariedad en la pena impuesta.

Por su parte, la Sra. Fiscal de Grado, centró su recurso de apelación en la calificación adoptada por el juez de *a quo*, entendiendo que ella debía ser ampliada por cuanto sería de aplicación al caso la circunstancia agravante prevista en el art. 189 bis. Inc. 2º, párrafo 8º del CPN.

Los mencionados recursos fueron tratados por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas, y resueltos con fecha 21 de octubre de 2014. La sentencia dictada resolvió, por mayoría, rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Oficial y hacer lugar al planteo efectuado por el Ministerio Público Fiscal, con relación a la aplicación al caso de la agravante prevista en el art. 189 bis. inc. 2º, último párrafo, del CP. Como consecuencia de ello, se elevó la pena impuesta a cuatro años de prisión y accesorias legales y costas (fs. 319 vta./320 vta.).

El dictado de este fallo motivó la interposición por parte de la Defensoría Oficial, del recurso de inconstitucionalidad -fs. 323/335-. En el mismo se alegó que existiría una verdadera cuestión constitucional puesto que se ha controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lesionando, según lo entendió el recurrente, los siguientes principios constitucionales: a) el derecho a permanecer en libertad y no ser detenido ni sometido a una requisita personal sin orden emanada de autoridad competente y sin que existan motivos previos o circunstancias objetivas suficientes para fundar un estado de sospecha, situación que se traduce en una directa

afectación de la libertad ambulatoria y de la intimidad; b) el principio de inocencia e in dubio pro reo; c) el debido proceso legal como consecuencia de la arbitrariedad en la sentencia, en tanto consideró que el tribunal que llevó a cabo el juicio obvió determinadas garantías procesales y no valoró adecuadamente la prueba ofrecida y producida a lo largo del debate; d) el principio de culpabilidad, la proporcionalidad de la pena y la prohibición de que el Estado pueda perseguir penalmente en forma reiterada a una persona por el mismo hecho –non bis in ídem-; e) el derecho al “doble conforme”, en este sentido refirió que *“nace con esta sentencia -de segunda instancia- el agravio concreto para nuestro asistido, en lo referido a la aplicación de la agravante prevista en el art. 189 bis, acápite 2, último párrafo del Código Penal, toda vez que aplicación y, en consecuencia, la modificación de la pena en detrimento del causante en relación con la impuesta por el tribunal de grado, vulnera el derecho al doble conforme...toda vez que el pronunciamiento de la Sala es el primero que resuelve la cuestión de modo perjudicial para el imputado, resultando, en consecuencia, que de no concederse este recurso se verá afectado el derecho al recurso y al doble conforme”* (conf. fs. 326 vta.).

Este recurso de excepción local fue declarado admisible por el voto mayoritario de los Magistrados integrantes de la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero -fs. 360/364 vta.-.

Arribadas las actuaciones al Tribunal Superior, se dispuso dar intervención a esta Fiscalía General de conformidad con lo dispuesto en el art. 31, Ley 1.903.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

III. Admisibilidad.

III.a. Efectuada la reseña de los antecedentes del caso, sin perjuicio del análisis de admisibilidad del recurso efectuado por Tribunal *a quo*, vale destacar que si bien el mismo ha sido interpuesto por escrito en legal tiempo, contra una decisión definitiva y ante el tribunal que dictó la resolución que lo motiva (art. 27, 28, ley N° 402), lo cierto es que el mismo ha sido erróneamente concedido, por cuanto el recurrente no ha logrado exponer un verdadero caso constitucional habilitante de la vía extraordinaria local.

Tradicionalmente, tanto el Tribunal Superior de Justicia¹ como la Corte Suprema de Justicia de la Nación² han exigido como requisito de admisibilidad de los remedios extraordinarios, que los mismos se encuentren fundados en agravios constitucionales reales. En ese sentido, la mera enunciación de presuntas afectaciones de garantías constitucionales -apelando como hace la Defensa aquí a la libertad ambulatoria, la intimidad, el principio de inocencia e *in dubio pro reo* y el *non bis in ídem*-, no resulta suficiente para la configuración de un caso constitucional de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia³. Más aun teniendo en cuenta que las alegaciones

¹ TSJ Expte. n° 5345/07 "Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1-s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Pintos, César Augusto s/ inf. art. 111 CC (ley n° 1472)", rta.6/11/07; Expte. n° 2212 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Feng Chen Chih s/ art. 40 CC - Apelación", entre otros.

² CSJN Fallos 101:70; 148:62; 306:1740; 307:129, entre muchos otros.

³ Tiene dicho el TSJ que "*la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad*" Conf. in

expuestas en el recurso de inconstitucionalidad, no son más que la reedición de las cuestiones ya debatidas en las instancias anteriores, sin que la defensa haya logrado rebatir los argumentos vertidos por los Sres. Magistrados en los anteriores decisorios.

III.b. Al conceder el recurso de inconstitucionalidad, los Sres. Jueces de Cámara lo han hecho con diferentes alcances, según surge de sus votos en el decisorio de fecha 3 de diciembre de 2014.

El Dr. Delgado entendió que el recurrente había expuesto correctamente las cuestiones constitucionales derivadas del alcance que se le dio en la sentencia condenatoria a las cuestiones relativas a la detención y requisita sin orden, como así también al planteo introducido respecto del principio de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, *ne bis in ídem* y doble conforme; también indicó que se había expuesto con claridad el agravio constitucional vinculado al debido proceso legal, la vulneración a la cadena de custodia, la vulneración del alcance del principio de inocencia y del “*in dubio pro reo*”.

Por su parte, el Dr. Franza, si bien coincidió con lo dicho por el Dr. Delgado, entendió que correspondía también admitir el recurso en relación a la impugnación de arbitrariedad expuesta por el Sr. Defensor Oficial ante la Cámara de Apelaciones.

En lo que respecta al voto de la Dra. De Langhe, también entendió admisible el recurso, pero, a diferencia de sus colegas, lo hizo sólo con relación al agravio vinculado al derecho al “doble conforme”. Ello por cuanto sostuvo

re “Expte. n° 131/99Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja”, sentencia del 23/2/2000, entre muchos otro.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

que las cuestiones alegadas por la defensa reclaman “[...] *la valoración de percepciones que son propias y exclusivas de los jueces de mérito durante el transcurso del debate oral, que a todas luces resulta ajena a la vía elegida...*” (fs. 363 vta.); en ese sentido, manifestó que la parte “*no hace más que reeditar, en cierta forma, las argumentaciones ya desarrolladas en sus anteriores intervenciones, todas cuestiones éstas que fueron evaluadas y decididas oportunamente en el fallo que ahora impugna nuevamente [...]*” -fs. 363/364-.

Sólo en este último aspecto debemos coincidir con lo manifestado por la Dra. De Langhe. Ciertamente, basta cotejar lo expuesto por el Sr. Defensor Oficial en su recurso de inconstitucionalidad para constatar que, en rigor, lo que aquí pretende es el reexamen, en tercera instancia, de cuestiones de hecho y prueba que ya han merecido extenso tratamiento tanto en la sentencia de grado como en el fallo confirmatorio de Cámara.

Nótese que en el acápite IV. del mentado recurso, titulado “Crítica a la Sentencia Recurrída”, y en los subcapítulos dedicados a la nulidad del acta de secuestro, la cadena de custodia y la errónea valoración de la prueba, el recurrente expuso nuevamente su particular visión sobre la manera en la que debieron haber sido valorados los hechos del caso, pero sin aportar nuevos elementos que conmuevan la apreciación ya efectuada por los Magistrados en torno a los hechos que nuevamente intenta traer a examen en esta instancia. Lo dicho, no puede sino demostrar que bajo el ropaje de presuntas violaciones constitucionales, las alegaciones del recurrente no son más que la expresión de su disconformidad con las decisiones de los Sres. Jueces que intervinieron

en las dos instancias anteriores, circunstancia que, tal como anteriormente se advirtiera, no puede constituir una cuestión constitucional suficiente.

III.c. Párrafo aparte merece la cuestión vinculada con la presunta privación del derecho a la doble instancia, derivado del agravamiento por parte de la Cámara de Apelaciones del fallo condenatorio, aplicando la agravante dispuesta por el último párrafo del art. 189 bis, inc. 2°. Desde ya, adelanto que, también en este aspecto, fue erróneamente concedida la vía de excepción local.

El bloque convencional incorporado a la Constitución Nacional -el art. 75 inc. 22-, recepta explícitamente el derecho a contar con el doble conforme de la primera sentencia condenatoria -Convención Americana de Derechos Humanos -art. 8.2.h.- y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - art. 14.5-.

En el ámbito local, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también ha contemplado este derecho en su art. 13.3., mereciendo a su vez, operatividad procesal concreta mediante el dispositivo previsto en el art. 290 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, el legislador local ha garantizado mediante un recurso ordinario, la posibilidad de contar con una instancia de revisión integral del fallo efectuada por una Sala diferente de aquella que adoptó la primera decisión condenatoria; ello en consonancia con los estándares delineados por la CIDH⁴,

⁴ Ver CIDH, “Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23/11/2012



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Esa es la vía procesal por la que el recurrente debió haber optado y no, como se pretende aquí, la de un recurso extraordinario. Lo dicho no cambia por tratarse en el caso de una decisión de la Cámara de Apelaciones que hizo lugar al recurso Fiscal agravando la condena dictada en primera instancia por aplicación del último párrafo del art. 189 bis inc. 2°.

Si bien el art. 290 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispone que procederá el recurso de “doble instancia” en los casos de sentencias de Cámara que revoquen una absolución de primera instancia, el mencionado recurso no puede ser interpretado como excluyente de circunstancias como las del presente caso; ciertamente tanto la lógica, como el espíritu de la norma y la intención del legislador, así lo imponen.

Por el contrario, si se admitiera la exclusión de los supuestos de agravamiento de condenas de la posibilidad de ser revisados mediante un recurso ordinario, supondría aceptar desigualdades en las posibilidades revisoras en uno y otro supuesto, ya que sólo se le habilitaría la limitada revisión contemplada por el recurso extraordinario, lesionando así, claramente, el derecho del imputado que se pretendió tutelar mediante la previsión del art. 290 del CPP.

III.d. Por lo demás, en lo que respecta a la aplicación del agravante al caso concreto, de todas formas el recurrente tampoco ha logrado demostrar que se haya conculcado una garantía constitucional susceptible de habilitar esta vía de excepción.


Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Vale recordar que la constitucionalidad de la agravante contenida en el art. 189 bis inc. 2° último párrafo, ha sido afirmada por el Tribunal Superior de Justicia al expedirse en el precedente "Lemes"⁵, doctrina que fuera reiterada por el Tribunal en diversas oportunidades⁶.

En similar sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió al resolver en "Arevalo"⁷, remitiendo, en cuanto a la agravación de la pena por reincidencia, a la doctrina emanada de los precedentes "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938), "L'Eveque" (Fallos: 311:1451) y "Gramajo" (Fallos: 329:3680) -especialmente, considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi-, por resultar esencialmente análogos.

De tal manera, ante la ausencia de una cuestión constitucional habilitante de la vía de excepción y no siendo ésta la vía procesal idónea para el tratamiento del derecho al doble conforme reclamado, entiendo que el Tribunal Superior de Justicia debería declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad impuesto por la Defensa Oficial.

⁵ Cfr. TSJ Expte. N° 4603/05 "Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP —apelación— s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/ infracción art. 189 bis CP —apelación—'", rta. el 19 de julio de 2006

⁶ Entre otros ver TSJ Expte. N° 6457/09 "Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil -CP- s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 6462/09 "Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Taboada Ortiz, Víctor Fernando s/ infr. art. 189 bis CP".

⁷ CSJN Recurso de Hecho "Arévalo, Martín Salomón si causa N°11.835" del 27 de mayo de 2014..



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

IV. Petitorio

En virtud de las consideraciones que anteceden, considero que de compartirse el criterio expuesto, debiera declararse mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Fiscalía General, 5 de marzo de 2015.-

DICTAMEN FG N° 89 -PCyF-2015



Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.-

