



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

Expte. N° 11153/14 “Incidente de apelación en autos Moreno, Diego Ezequiel s/art. 189 bis, 2° párrafo portación de arma de fuego de uso civil – Código Penal s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado **Expte. N° 11122/14** “Ministerio Público – Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Moreno, Diego Ezequiel s/art. 189 bis, 2° párrafo portación de arma de fuego de uso civil – CP’ – **Recurso extraordinario federal**”

TRIBUNAL SUPERIOR:

I

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General, a efectos de expedirse el suscripto en relación con el recurso extraordinario federal deducido conjuntamente por el Sr. Defensor General, Dr. Horacio G. Corti, y el Sr. Defensor General Adjunto, Dr. Luis E. Duacastella Arbizu, contra la resolución dictada por ese Tribunal Superior con fecha 17 de diciembre de 2014, por la que se dispuso rechazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad anteriormente deducido en el legajo.

II

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que la investigación tuvo por objeto el hecho que habría tenido lugar el día 25 de septiembre de 2013, a las 2.45 horas aproximadamente, en el Sector denominado “Puente 2 Nivel Inferior” de la Terminal de Omnibus de Retiro de esta ciudad, oportunidad en que el aquí imputado Diego Ezequiel Moreno


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

Mendoza habría llevado consigo, sin contar con la debida autorización legal, un arma de fuego tipo pistola, marca Bersa, modelo "Piccola", calibre 22 short, con número de serie 13220, la que se encontraba cargada con 5 (cinco) municiones.

Con fecha 24 de octubre de 2013, la Sra. Fiscal requirió la realización del juicio -fs. 1/5-, llevándose a cabo el debate los días 17 y 18 de diciembre de 2013 -fs. 117/121 y 124/12812/20-, en cuyo marco el tribunal actuante resolvió, por sentencia del 27 de diciembre de 2013 -fs. 132/147-, no hacer lugar a la nulidad de la detención y requisas personal del imputado Moreno Mendoza -punto dispositivo I-, no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el artículo 189 bis, apartado 2, párrafo 8° del Código Penal -punto dispositivo II-, condenar al nombrado a la pena de cinco años de prisión de efectivo cumplimiento y costas en orden al delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas -punto dispositivo III-, revocar la libertad condicional de la que venía gozando Moreno Mendoza, oportunamente concedida por la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires - punto dispositivo IV-, y declarar reincidente al nombrado encausado -punto dispositivo V-.

El recurso de apelación interpuesto por la Defensa Oficial -fs. 151/158-, motivó la intervención de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que, por pronunciamiento del 7 de marzo de 2014 - fs. 191/206, decidió confirmar parcialmente el fallo de primera instancia -puntos dispositivos I, II y III-, y revocarlo parcialmente -punto dispositivo V-.

Contra dicho decisorio la Defensa Oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad -fs. 209/223-, lo que dio lugar al pronunciamiento de fecha 13 de junio de 2014, por el que la Sala interviniente -fs. 228/236-, por mayoría, resolvió admitir el recurso de inconstitucionalidad deducido por la Defensa contra la sentencia de ese Tribunal en cuanto al planteo de inconstitucionalidad



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

introducido respecto de la disposición legal que contiene la circunstancia agravante aplicada, y declararlo parcialmente inadmisibles en lo que hace al rechazo de los planteos de nulidad y la condena impuesta a Moreno Mendoza.

A este último respecto, el Sr. Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dr. Luis E. Duacastella Arbizu, dedujo recurso de queja -fs. 328/347-.

Por pronunciamiento de V.E. del 17 de diciembre de 2014 –fs. 363/371- se resolvió rechazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad anteriormente deducido en el legajo, decisorio contra el que se dirige el recurso extraordinario federal respecto del cual se ordenó correr traslado al suscripto –fs. 401-.

III

La defensa oficial, en su recurso extraordinario federal, atribuye a la decisión atacada “vicios graves que generan su descalificación como acto procesal válido”, en tanto “arbitrariamente no sólo convalidó una sentencia que omitió –como le cabía- el tratamiento seriamente propuesto sobre el alcance de la garantía federal que protege la libertad ambulatoria, privacidad y dignidad humana prevista en los arts. 12 inc. 3; 13 incs. 1, 3 y 11 CCABA; 14, 18 y 33 de la CN; 12 y 13.1 DUDH; 7 CADH y 9.1 PIDCyP; estos últimos, a través del 75 inc. 22 CN -vinculada dicha garantía con la detención de personas sin orden judicial y su violación por la prevención realizada por Gendarmería Nacional en esta causa- al extremo de la afectación de la garantía del debido proceso y defensa en juicio (art. 18 CN) y por la admisión de prueba ilegalmente obtenida –en contradicción con la regla de exclusión probatoria-; sino, también, por ratificar la aplicación de la agravante del ap. 8 del art. 189 bis inc. 2 CP, palmariamente inconstitucional por afectar los principios de culpabilidad por el acto, de proporcionalidad, de igualdad, de prohibición del bis in ídem y de

reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en los arts. 13 inc. 9 CCABA; 14, 18 y 19 CN; 9 CADH y 15 PIDCyP, entre otros instrumentos internacionales”.

Sobre la base de tales planteos, el objeto de la pretensión de la recurrente es que se conceda el recurso extraordinario interpuesto y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación revoque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

IV

El remedio procesal fue interpuesto en legal tiempo y forma, se cumplió con el plazo previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y se encuentran satisfechos los requisitos previstos en la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ninguna consideración habrá de hacerse en lo relativo a la exigencia de que el fallo atacado provenga del superior tribunal de la causa -en tanto la resolución cuestionada fue dictada por V.E.-, como tampoco en lo que se refiere al requisito de dirigirse el ataque contra una sentencia definitiva, que se encuentra cumplido al cuestionarse la sentencia condenatoria y haber transitado la Defensa Oficial la vía recursiva ordinaria y extraordinaria local.

Ahora bien, en lo que atañe a la necesaria concurrencia de una cuestión federal, corresponde analizar separadamente, por un lado, el tema del cuestionamiento del procedimiento de detención, requisa y secuestro, y por otro, el de la invocada inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, 2° apartado, 8° párrafo, del Código Penal.

IV. a. En relación con el primero de tales aspectos debe decirse que, sin perjuicio de la opinión expresada por el Sr. Fiscal General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dr. Luis Cevasco, en oportunidad de evacuar la



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

vista que fuera conferida a esta parte en una oportunidad anterior -conf. fs. 349/359-, ocasión en que se afirmó la configuración de un caso constitucional, atento que *“la discusión relativa a las circunstancias en que el legislador autoriza una detención y requisa –a la que remiten los planteos de la parte- tiene directa vinculación con los alcances que cabe otorgar al derecho a la intimidad y la privacidad, que revisten raigambre constitucional -arts. 18 y 19 CN-”,* ese Tribunal Superior adoptó un criterio absolutamente contrapuesto.

En efecto, la configuración en la especie de un caso constitucional fue negada en el voto de la Dra. Conde en razón de que el conjunto de objeciones introducidas por la Defensa para sostener la ilegitimidad de la detención y requisa de Moreno Mendoza importó la pretensión de “forzar, sin brindar una justificación contundente, o apta para ello, los límites de la intervención a la que, por regla, se debe circunscribir la revisión excepcional del Tribunal, con respecto a las cuestiones fácticas que rodearon al suceso”, señalándose además que, no obstante la vinculación entre las disposiciones infraconstitucionales relativas a la actuación de las fuerzas de seguridad en situaciones de urgencia o flagrancia y la garantía del debido proceso, no se logró descalificar las razones por las que se descartó el planteo de nulidad en ambas instancias anteriores.

En el voto del Dr. Lozano se negó la concurrencia de un caso constitucional al aseverarse que “Los planteos dirigidos a cuestionar la validez de la requisa ... remiten a la valoración de extremos de hecho y prueba (como lo es establecer si existieron los motivos urgentes, cf. el art. 112, que tuvo por probados la Cámara y si con carácter previo a la requisa la autoridad de prevención palpó de armas al recurrente); materia que resulta ajena a la competencia revisora de este Tribunal”.


Coincidentemente, el Dr. Casás señaló que la defensa no logró demostrar que sus agravios conformen un caso constitucional, en tanto la sentencia de la Cámara valoró la concurrencia de elementos positivos que

justificaron la realización urgente de la requisa sin orden judicial, sin que el recurrente hubiera criticado suficientemente las argumentaciones brindadas al respecto, de modo tal que no acreditó la conexión entre lo decidido y los perjuicios constitucionales denunciados.

Por su parte, la Dra. Weinberg afirmó que en la queja la recurrente cuestiona diversos aspectos de la sentencia condenatoria referidos a cuestiones de hecho y prueba, relacionados con la detención y requisa, que obtuvieron oportuna respuesta de la Cámara de Apelaciones y que, además, sólo exponen su discrepancia con el criterio de la Alzada y no demuestran en concreto la cuestión constitucional involucrada en el caso.

Teniendo en cuenta las consideraciones señaladas y toda vez que no se observa que el recurso extraordinario federal articulado plantee un diverso punto de vista en lo que hace al cuestionamiento que se viene efectuando en las diversas instancias respecto del procedimiento con el que se iniciaron las actuaciones y que condujo al secuestro del arma por cuya portación se dispuso la condena del imputado Moreno Mendoza, las razones en las que V.E. sustentó la decisión de rechazar la queja, relativas a la no configuración de un caso constitucional, mantienen plena virtualidad para negar la concurrencia de una cuestión federal adecuada y suficientemente planteada que habilite la vía extraordinaria federal.

Por lo demás, no puede soslayarse que la recurrente incurre en su nueva presentación en las mismas falencias que en sus escritos anteriores, en tanto no se hace cargo de rebatir los argumentos brindados en la sentencia objetada para desestimar análogos planteos vertidos con anterioridad, extremo que, sumado a las consideraciones antes efectuadas, me convence de la improcedencia del remedio federal intentado, bajo el aval de la reiterada y constante jurisprudencia de la CSJN que afirma que, para prosperar, el recurso extraordinario debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, de modo que el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que





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

se apoya para arribar a las conclusiones que lo agravian¹.

De acuerdo con lo expuesto, con referencia a la cuestión federal, resulta de aplicación la doctrina emanada de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que si no hay “cuestión federal” comprendida en el recurso, no hay “materia” propia del recurso extraordinario (*Fallos* 39:62; 148:62), remedio procesal que no ha sido instituido para corregir cualquier injusticia con que los litigantes puedan entenderse agraviados por los fallos judiciales; es decir, no tiene por objeto la corrección de cualquier injusticia que, a juicio de los recurrentes, exista en la causa (*Fallos* 236:70; 186:497; 194:220; 235:972, entre otros).-

IV. b. En lo que atañe al tema de la cuestionada constitucionalidad de la circunstancia agravante aplicada en el caso de autos, si bien el panorama resulta ser distinto, en la medida en que el propio núcleo de la cuestión planteada -contradicción entre una disposición del Código Penal y cláusulas constitucionales y convencionales de jerarquía constitucional- importa sin dudas la concurrencia de una cuestión federal, no habrá de resultar diversa la solución que habré de proponer, por las razones que desarrollo a continuación.

Tal como lo destacara ese Tribunal Superior en ocasión de su pronunciamiento de fecha 17 de diciembre de 2014, la decisión adoptada respecto de la cuestionada constitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, 2° apartado, 8° párrafo, del Código Penal se sustentó en el criterio reiteradamente sostenido por mayoría del Tribunal a partir del caso “Lemes” y la recurrente no introdujo el desarrollo de nuevas argumentaciones que no hubieran sido objeto de adecuado análisis en ocasión de resolver ese y otros precedentes citados - “Rodríguez”, expte. n° 6146/08, resolución del 17/12/08; “Baigorria”, expte. n° 6192/08, resolución de 11/2/09; “Taboada Ortiz”, expte. n°

¹ Conf. en ese sentido, CSJN “Fallos” 283:404, 302:155, 311:169, 311:542, 314: 481, 315:59, 315:325, 315:1699, 315:2906; 316:420, 316:2727 y 316:3026, entre muchos otros.

6457/09, resolución del 29/07/09; y "Merlo", expte. n° 7098/10, resolución del 26/5/10-.

Tal argumento resultó adecuado para rechazar la pretensión de la recurrente de obtener la modificación de la jurisprudencia establecida por V.E. relativa a la cuestión planteada, y en principio no resultaría eficaz para, sin más, rechazar la admisibilidad del remedio procesal tendiente a obtener del Máximo Tribunal de la Nación un pronunciamiento que fije su propia opinión al respecto, máxime cuando no es posible dudar de la concurrencia de una cuestión federal.

Pero en este caso en particular, entiendo que el recurso extraordinario federal plantea una cuestión insustancial que inhabilita la intervención del Máximo Tribunal.

Ello así, porque no obstante que, en rigor de verdad, la Corte no se ha expedido en forma concreta respecto de la constitucionalidad de la agravante en cuestión, en tanto en los precedentes Maciel y Taboada Ortiz, la cuestión se resolvió por aplicación de lo establecido en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y solamente dos de sus jueces emitieron opinión concreta sobre la cuestión de fondo, no puede soslayarse que en ocasión del cuestionamiento constitucional de otros institutos el Máximo Tribunal de la Nación abordó en particular el análisis de las mismas cuestiones en las que, en su recurso, la Defensa Oficial pretende sustentar la tacha de inconstitucionalidad.

Obviamente me refiero a los pronunciamientos en los que la Corte Suprema resolvió sobre planteos de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia y el régimen de agravación de la pena que conlleva, basados en la invocada violación del principio de culpabilidad y del derecho penal de acto, desconocimiento de la prohibición del ne bis in ídem, afectación del principio de igualdad -esto es, los mismos cuestionamientos introducidos en el recurso ahora bajo examen-, estableciendo doctrina que resulta de indudable aplicación



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

al caso de autos.

A este último respecto, debe decirse que la pretensión en contrario que ensaya la Defensa Oficial -al sostener que el tratamiento y consideraciones a favor de la pretendida constitucionalidad de la reincidencia no puede trasladarse sin más a la discusión propuesta respecto de la agravante del art. 189 bis que se analiza, pues “lo que allá se discute –y termina admitiéndose en orden a su constitucionalidad – es la denegación de la libertad condicional”, vinculada a la forma de ejecución de la pena, pretende disimular sin éxito el carácter análogo de las argumentaciones en base a las cuales se alega la inconstitucionalidad en uno y otro caso.

Basta para comprobar dicha calidad análoga, consultar el contenido de los fallos dictados por el Máximo Tribunal y a los que se remitiera en el reciente caso “Arévalo”² -en particular, “L'Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), y en este último caso, especialmente, considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi-, en el que se expidió respecto del planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia.

Es que no obstante que en el caso “L'Eveque”, el cuestionamiento de inconstitucionalidad se refería a la previsión del art. 14 del Código Penal -restricción a los reincidentes en cuanto a la obtención de la libertad condicional-, y que en el caso “Gramajo”, se trató de la descalificación constitucional del art. 52 del mismo código -la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado para los multireincidentes-, así como que, en el primero de ellos, la decisión fue por la validez del dispositivo legal, mientras que, en el restante, el Alto Tribunal lo declaró inconstitucional, se abordaron los temas ahora propuestos -principio de culpabilidad, derecho penal de autor, ne bis in ídem, igualdad ante la ley-, y lo mismo ocurrió en el caso del dictamen del Procurador, en el mencionado caso “Arévalo”.

² Conf. CSJN Expte. A. 558. XLVI. “RECURSO DE HECHO Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835”, fallo del 27 de mayo de 2014.

Ello permite afirmar que las cuestiones analizadas en los casos de mención -aunque referidas al tema de la reincidencia-, que otorgaron suficiente sustento al fallo de la Corte Suprema en el caso “Arévalo” brindan concluyente respuesta a las razones en las que la Defensa Oficial pretende sostener la alegada inconstitucionalidad de la agravante del art. 189 bis, 2° apartado, 8° párrafo, del Código Penal³.

Sin perjuicio de lo expresado, debe admitirse que, aun cuando en los casos “Maciel”⁴ y “Taboada Ortíz”⁵ la Corte Suprema se inclinó por sostener la aplicación de lo establecido en el art. 280 del CPCyC y no se expidió sobre el fondo del planteo de inconstitucionalidad articulado, su pronunciamiento importó la afirmación de que no existió “agravio federal suficiente” o de que las cuestiones planteadas resultaron “*insustanciales o carentes de trascendencia*”.

A lo expuesto cabe adicionar que no se observa que en el recurso extraordinario federal se incluyan razonamientos novedosos que pudieran llevar a un renovado análisis de las cuestiones ventiladas en los precedentes en cuestión, todo lo cual torna de aplicación la doctrina según la cual si la cuestión fue dilucidada por la Corte, el agravio resulta insustancial cuando el apelante no aduce razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad de la jurisprudencia del Tribunal, ni agrega nuevos y serios argumentos que puedan llevar a una modificación del criterio establecido en dichos precedentes, y se limita a esgrimir su discrepancia al respecto⁶, habiendo el Máximo Tribunal afirmado que “*Ante la innegable aplicación al caso de un precedente de la Corte Suprema, que no sólo resuelve las cuestiones controvertidas, sino que, incluso, desestima agravios de similar tenor a los planteados, corresponde rechazar el*

³ Ver en este sentido la reflexión efectuada por la Dra. Argibay en su voto en Expte. M. 1395. XLII. “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, fallo del 5 de febrero de 2013, Considerando 9°.

⁴ Conf. CSJN Expte. M. 1395. XLII. “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, fallo del 5 de febrero de 2013.

⁵ Conf. CSJN Expte. T.294.XLV “RECURSO DE HECHO Taboada Ortiz, Victor s/ inf. Art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil -causa n° 6457/09-”, fallo del 5 de febrero de 2013.

⁶ Conf. CSJN “Fallos” 334: 139; en igual sentido CSJN “Fallos” 326:3939.



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

recurso extraordinario pues el examen de la cuestión federal insustancial, en tanto el recurrente mantiene una posición contraria a la del Tribunal, sin aportar elementos de juicio novedosos que justifiquen un nuevo examen del tema en discusión, ni demostrar cuáles serían las diferencias del sub lite que permitirían apartarse de aquella solución”⁷.

Para finalizar, corresponde agregar que no obstante la inclusión tangencial de alguna insinuación respecto de la supuesta arbitrariedad del fallo de V.E., en modo alguno se desarrollan argumentos suficientes para dotarlas de adecuado sustento, lo que obliga a recordar que el Máximo Tribunal tiene decidido que “(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento, o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional”⁸.

V

En virtud de las consideraciones que anteceden, solicito a V.E. que declare inadmisibile el recurso extraordinario federal interpuesto por la Defensa Oficial.

Fiscalía General, 30 de marzo de 2015.

DICTAMEN FG N° 140 IPCyF/15


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

⁷ Conf. CSJN “Fallos” T. 325, P. 1747, Expte. L. 21. XXXVI. “La Rosario Compañía Argentina de Seguros S. A. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, sentencia del 11/07/2002

⁸ Conf. C.S.J.N. “Fallos” 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros.

SEGUIVAMENTE SE REMITIÓ AL TSJ. CONITE

DIEGO F. PAUL
SECRETARIO
FISCALIA GENERAL