



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

**Expte. N° 12332-0/2015** “Ministerio Público – Defensoría General de la C.A.B.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Rocha, René Rolando s/ infr. art. 189 bis CP”.

**TRIBUNAL SUPERIOR:**

**I. Objeto del presente dictamen.**

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General, a efectos que emita opinión respecto del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, interpuesto oportunamente por el Sr. Defensor General CABA, Dr. Horacio Corti y el Sr. Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Dr. Luis E. Duacastella Arbizu.

**II. Antecedentes relevantes del caso.**

En lo que aquí interesa, corresponde destacar que se le ha imputado al Sr. René Rolando Rocha el hecho ocurrido el día 10 de julio de 2013, consistente en haber portado en la vía pública y sin la debida autorización legal, un arma de fuego de uso civil con una bala en la recámara y dos municiones en su cargador. La causa fue requerida a juicio por la Sra. Fiscal de grado el 9 de junio de 2014, oportunidad en la que se subsumió la conducta bajo el tipo penal previsto por el art. 189 bis, inc. 2° tercer párrafo del CP –fs. 1/6-.

El 24 de octubre de 2014, fue la fecha fijada para dar comienzo con el juicio oral y público. Constituido el tribunal y luego de ser constatada la presencia de las partes, el Sr. Juez de juicio concedió la palabra a la

representante del Ministerio Público Fiscal a fin de que efectúe su alegato de apertura. En dicha oportunidad la Magistrada refirió que, de conformidad con el requerimiento de juicio, se le atribuye al Sr. Rocha haber portado, sin la debida autorización para ello, un arma de fuego de uso civil teniendo conocimiento de los antecedentes penales que registraba –fs. 16/16vta.-. Por su parte, el Sr. Defensor Oficial expuso que no habría de poderse acreditar en juicio la identidad entre el arma presuntamente secuestrada y aquella que fuera peritada por la Policía Metropolitana –fs. 16vta./17-. Estas posturas fueron reiteradas en los alegatos de clausura; mientras que la fiscalía solicitó la condena del imputado a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, en su figura agravada por registrar condena por un hecho doloso contra las personas, la defensa de Rocha, en lo que aquí interesa, refirió que la introducción por parte de la fiscalía de la agravante, se habría producido recién en el alegato de clausura no mencionándose nada respecto de ello, siquiera en el alegato de apertura, motivo por lo que consideró la calificación sorpresiva; asimismo refirió que dicho agravante resultaría inconstitucional –fs. 15/33-. Finalizado el debate, con fecha 5 de noviembre de 2014, el Sr. Juez de juicio resolvió condenar al Sr. René Rolando Rocha a la pena de cuatro años de prisión, como autor penalmente responsable del delito previsto por el art. 189 bis inc. 2° y octavo párrafo del CP –cfr. fs. 34/35-.

Esta decisión mereció, por parte de la defensa del Sr. Rocha, la interposición del recurso de apelación. Allí, se cuestionó nuevamente la supuesta incorporación sorpresiva de la agravante prevista en el párrafo octavo del inc. 2° del art. 189 bis del CP y la constitucionalidad de la norma –ver fs. 55/67-. Luego de celebrada la audiencia dispuesta por el art. 284 del CPP, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas, resolvió, por mayoría, confirmar la sentencia recurrida –fs. 74/82-.



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

Ello motivó la presentación de la defensa, del recurso de inconstitucionalidad. En el remedio de excepción local se sostuvo que el fallo de Cámara habría afectado el principio de legalidad, de congruencia y defensa en juicio, por el manifiesto apartamiento de las disposiciones del art. 230 del CPP y por la introducción de elementos nuevos sobre los que no pudo defenderse el imputado (arts. 18 CN y 8.2 inc. b. y c. CADH y 14 PIDCyP); por la aplicación inconstitucional de la agravante contenida en el párrafo ocho del art. 189 bis inc. 2° del CP y consecuente afectación al principio de legalidad, estado de inocencia y doble persecución penal por parte del Estado (arts. 16, 18, 19, 33 y 75 inc. 22 de la CN) –cfr. fs. 83/90-.

Finalmente, con fecha 29 de mayo de 2015, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero se pronunció rechazando el recurso de inconstitucionalidad, circunstancia que motivó la interposición de la presente vía directa.

Arribadas las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia, se dispuso correr vista a esta Fiscalía General de conformidad con lo dispuesto por el art. 31 de la Ley 1903.

**III. La inadmisibilidad de la queja intentada.**

Expuestos los antecedentes del caso corresponde analizar la admisibilidad de la vía procesal intentada. En cuanto a los recaudos formales exigidos, vale destacar que el recurso de queja ha sido interpuesto por escrito, en plazo y ante el Tribunal Superior de Justicia y contra una sentencia definitiva (arts. 27 y 33, Ley 402). Sin embargo, entiendo que el presente no debiera prosperar, ello por las consideraciones que seguidamente se expondrán.

### **III.a. La presunta violación al procedimiento establecido en el art. 230 del CPP.**

La Defensoría General, mediante su recurso directo, pretende que se traten en esta instancia de excepción los agravios que cuestionan, por una parte, la no utilización del procedimiento previsto por el art. 230 del CPP y, por la otra, la constitucionalidad del art. 189 bis inc. 2 párrafo octavo del CP. Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, la recurrente no ha logrado exponer un caso susceptible de habilitar la instancia que se pretende.

En su primer argumento, la Defensoría General sostuvo que el reproche efectuado por la fiscalía a su asistido habría sido sorpresivo y, consecuentemente, violatorio del derecho de defensa en juicio. Ello por cuanto la imputación de portación ilegítima de arma de uso civil en su modalidad agravada, habría sido introducida por la representante del Ministerio Público Fiscal recién en oportunidad del alegato de clausura, por lo que ni el imputado ni su defensor habrían tenido la oportunidad de expedirse adecuadamente al respecto durante el juicio, ya que no le era exigible que se hicieran cargo de una posible calificación más gravosa cuando, hasta ese momento, nadie había argumentado en ese sentido.

Sin embargo, más allá de las afirmaciones efectuadas por la defensa, las circunstancias proclamadas lejos están de concurrir en el caso. Basta cotejar el acta de audiencia de debate oral y público glosada a fs. 15/33 del presente legajo, para constatar que, contrariamente a lo sostenido, las circunstancias que se pretenden “sorpresivas” eran bien conocidas. Así, el Ministerio Público Fiscal, ya desde su alegato de apertura en el juicio, le reprochó al Sr. Rocha haber portado ilegítimamente un arma de fuego, teniendo el encausado “[...] *conocimiento del antecedente penal que registra. [...]*” –cfr. fs. 16vta.-. Asimismo, dichos antecedentes surgen del informe efectuado por el Registro



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

Nacional de Reincidencia, ofrecido como prueba por la Sra. Fiscal, en oportunidad de efectuar el requerimiento de juicio –ver fs. 5-.

Si bien lo dicho bastaría para echar por tierra la afirmación de la recurrente en torno a la supuesta “sorpresa” que le habría provocado la calificación efectuada por la Sra. Fiscal en su alegato de clausura, lo cierto es que, lejos de la alegada “sorpresa”, el mismo acta de audiencia da cuenta que la defensa también hizo mérito en su alegato de apertura a la circunstancia relativa a los antecedentes de Rocha, exponiendo que si bien entendía que el conocimiento de su asistido respecto de sus antecedentes penales no fue consignado en el requerimiento de juicio, de todos modos sostuvo que “[...] *la Fiscalía no va a poder acreditar la identidad entre el objeto supuestamente secuestrado y el objeto que luego fue peritado por la Policía Metropolitana [...]*” –fs. 16vta. y 17-.

De tal manera, el hecho sorpresivo aquí pretendido, no encuentra respaldo ni fáctico ni jurídico en el presente caso, no lográndose así vislumbrarse de qué manera la decisión adoptada habría conculcado el derecho de defensa en juicio, el principio de congruencia y el debido proceso legal.

En este sentido V.E. han sostenido reiteradamente<sup>1</sup> que la invocación genérica de cláusulas constitucionales, que la defensa efectúa para justificar la existencia de la cuestión federal, no autoriza a habilitar la vía de excepción cuando la recurrente no ha acreditado la necesaria correspondencia que debe existir entre aquellas cláusulas y la decisión adoptada. Al respecto, la CSJN ha establecido que la sola mención de tales cláusulas no basta para habilitar su intervención (doctrina de *Fallos*: 165:62; 266:135; 310:2306; y muchos otros).

---

<sup>1</sup> Conf. TSJ Exp. N° 8471 "Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ham, Ricardo Luis s/ infr. art. 78 CC, obstrucción de la vía pública'", rta. el 26/3/2013, entre muchas otras.

En efecto, no puede olvidarse la reiterada jurisprudencia de ese Tribunal Superior en cuanto a 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”*<sup>2</sup>.

Por lo demás, la interpretación que han efectuado las instancias anteriores respecto de la norma prevista en el art. 230 CPP, en tanto ella no afectó garantías constitucionales, se reduce sólo a una cuestión que involucra derecho infraconstitucional que no habilita la competencia extraordinaria del Tribunal, pues ella queda reservada a la decisión de los jueces de mérito<sup>3</sup>. Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del remedio extraordinario federal, sosteniendo que la vía de excepción sólo resulta procedente ante situaciones que involucran verdaderas cuestiones constitucionales y no respecto de aquellas que versan sobre la interpretación de la normativa infraconstitucional – cfr. CSJN en *Fallos*: 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577 entre muchos otros-.

### **III.b. La inconstitucionalidad del párrafo octavo del art. 189 bis inc. 2 del CP.**

Como se mencionó anteriormente, la recurrente reclamó subsidiariamente la apertura de la vía extraordinaria local para que se trate el cuestionamiento constitucional a la aplicación de la agravación de pena

---

<sup>2</sup> Cfr. in re “Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000.

<sup>3</sup> En este sentido se ha expedido en numerosos precedentes V.E., así, entre muchísimos otros, ver TSJ Expte. n° 9886/13 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Roberto Claudio s/inf. art. 189 bis CP’”, rta. el 7 de mayo de 2014; Expte. n° 10969/14 “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sur de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Vega, Alfredo Eduardo s/ infr. art. 149 bis, CP’”, rta. 13 de febrero de 2015.



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

contenida inc. 2° párrafo octavo del art. 189 bis CP, por entender que este violaría el principio de *ne bis in ídem*, el de culpabilidad, de reserva y el estado de inocencia.

No obstante ello, los cuestionamientos constitucionales que aquí pretenden ser debatidos, han sido reiteradamente tratados por V.E. Así, ese Tribunal Superior de Justicia ha afirmado la constitucionalidad de la circunstancia agravante prevista en el art. 2 párrafo octavo párrafo del art. 189 bis del CP, al expedirse en el precedente “Lemes”<sup>4</sup>, al igual que en el caso “Taboada Ortiz”<sup>5</sup> y, más recientemente respecto a la reincidencia, pero con remisión a los mencionados precedentes, en el caso “Peñaranda Durand Molina”<sup>6</sup>, entre otros.

Así, en cuanto a los cuestionamientos de violaciones al principio de *ne bis in ídem* y afectación al derecho penal de acto, derivado de la aplicación de la circunstancia agravante del inc. 2° párrafo octavo del art. 189 bis del CP, el Máximo Tribunal local sostuvo que “[...] *el legislador tomó en cuenta como circunstancia agravante la existencia de anteriores condenas —como dato objetivo y formal— para el caso de que el individuo incurra en un nuevo delito. Forzoso es destacar que en este último supuesto el sujeto realiza una nueva acción de modo voluntario, pudiendo, naturalmente, evitar hacerlo. En definitiva, lo que interesa desde el ángulo de protección de la libertad es que el agravante no puede operar sin una acción posterior no juzgada al tiempo en que lo fue la*

---

<sup>4</sup> 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

<sup>5</sup> 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’”.

<sup>6</sup> TSJ Expte. N° 10056/13 “Incidente de apelación en autos Peñaranda Durand Molina, Hiroyi s/ infr. art. 149 bis CP, inconstitucionalidad concedido”, rta. el 29 de mayo de 2014.

que se adopta como causa para agravar la pena [...]”; para luego afirmar que “[...] el tipo penal que aquí analizamos busca conjurar la configuración de situaciones en las que un individuo asuma la capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, simples particulares o agentes del orden, o de dañarlos físicamente, determinada por tener un arma ilegítimamente. Dicha situación no está determinada por el mero hecho de llevar encima un arma, sino por la capacidad efectiva de someter o dañar, que cabe inferir de las aptitudes exhibidas en el pasado, esto es, en el criterio del legislador, de los “antecedentes penales por delito **doloso contra las personas** o con el **uso de armas**”, supuesto radicalmente distinto de la reincidencia genérica, pues más que dirigido a someter la voluntad de quien muestra ser renuente al cumplimiento de la ley, constituye una base razonable para presumir eficacia en el empleo del arma [...]”<sup>7</sup> –los destacados pertenecen al original-.

En tal sentido, y más allá del esfuerzo expuesto por la recurrente intentando diferenciar al presente de aquellos anteriormente mencionados, lo cierto es que ella no ha logrado exponer argumentos susceptibles de modificar la reiterada e inequívoca jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, motivo por el cual su examen resulta insustancial<sup>8</sup>.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en casos como el presente que “[...] el agravio resulta insustancial, máxime 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

---

<sup>7</sup> Cfr. Expte. N° 4603/05 “Lemes” ant. cit. –del voto del Dr. Luis Lozano-.

<sup>8</sup> En tal sentido Palacio, Lino Enrique, *El Recurso Extraordinario Federal*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1997, pág. 209.





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

*establecido en dichos precedentes, sino que se limita a esgrimir su discrepancia al respecto*<sup>9</sup>.

De tal manera, ante la ausencia de una cuestión constitucional habilitante de la vía de excepción, entiendo que el Tribunal Superior de Justicia debería rechazar el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesto.

**IV. Petitorio.**

En virtud de las consideraciones que anteceden, entiendo que el Tribunal Superior de Justicia debiera rechazar el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesto por la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, conforme ello, intimar al recurrente a la integración del depósito previsto por el art. 34 de la Ley 402.

Fiscalía General, 13 de agosto de 2015.

**DICTAMEN FG N° 414/PCyF/15.**

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

Seguidamente se remiten estas actuaciones al TSJ. Conste.

**DIEGO F. PAUL**  
SECRETARIO  
FISCALÍA GENERAL

<sup>9</sup> CSJN Fallos 334:139

