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

Expte. Nº 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" **Recurso Extraordinario Federal.**

TRIBUNAL SUPERIOR:

I. Objeto del presente dictamen.

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General, de conformidad con lo dispuesto por el art. 257 del CPCCN, a fin de que me expida respecto del recurso extraordinario federal interpuesto por el Sr. Defensor General Adjunto en lo Penal, Dr. Luis E. Duacastella Arbizu, en su calidad de defensor del Sr. Damián Gabriel Escalante.

II. Antecedentes relevantes del caso.

Entre los antecedentes de interés, cabe señalar que se le ha imputado al Sr. 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.

Martin 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 sendos recursos de apelación -conf. fs. 224/238 vta. y 239/245-.

En la presentación efectuada por la defensa se planteó: 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) 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) Que la sentencia era arbitraria y que se había violado el principio de inocencia, ello en base a que se 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, entendiendo que ella debía ser ampliada por cuanto sería de aplicación al caso la circunstancia agravante prevista en el art. 189 bis. Inc. 2°, párrafo 8° del CPN; motivo por el cual solicitó se revoque la sentencia en crisis y se condene al imputado con la calificación y la pena requerida oportunamente.

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. 2°, 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 requisa 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.-.

Habiéndoseme dado intervención, de conformidad con lo dispuesto en el art. 31, Ley 1.903, dictaminé que el recurso de inconstitucionalidad debía ser declarado mal concedido, por cuanto en él no se había planteado una cuestión

constitucional susceptible de habilitar la vía de excepción local y tampoco esa resultaba la vía idónea para reclamar el tratamiento del derecho al doble conforme cuando existía un dispositivo legal específico para dicho tratamiento – Cfr. DICTAMEN FG Nº 89 -PCyF-2015, de fecha 5 de marzo de 2015, fs. 371/376-.

Con fecha 23 de octubre de 2015, V.E. por mayoría, resolvieron hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la afectación del derecho al doble conforme y, en consecuencia, reenviar las actuaciones a la Cámara para que otra Sala se expida con relación a la aplicación de la agravante y el aumento de la pena. Asimismo, la decisión del Tribunal Superior de Justicia declaró mal concedido el recurso respecto de los restantes agravios –fs. 384/393-.

El Sr. Defensor General Adjunto en lo Penal, dirigió contra este pronunciamiento su recurso extraordinario federal, motivando así la presente vista en los términos del art. 257 del CPCCN.

III. La inadmisibilidad del remedio extraordinario federal.

a. Reseñados los antecedentes relevantes del caso, cabe, en primer lugar, hacer referencia al cumplimiento de los recaudos formales del remedio federal interpuesto. En este sentido, es de destacar que el mismo fue presentado por escrito y en plazo de conformidad con lo previsto por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En cuanto a la exigencia de que el fallo atacado provenga del superior tribunal de la causa, ninguna

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

consideración habré de efectuar, en tanto que la resolución cuestionada por el recurrente fue dictada por el Máximo Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Distinta apreciación cabe efectuar respecto del cumplimiento de las exigencias derivadas de la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ello por cuanto, si bien el escrito de interposición de la defensa cuenta con una extensión de treinta y cuatro páginas y no se han superado los veintiséis renglones por cada una de ellas, el tamaño de la letra utilizada sería inferior al estipulado en el art. 1° de la mencionada acordada.

No obstante lo dicho, entiendo que de todos modos el remedio federal articulado no ha de poder prosperar, en tanto que no se ha logrado exponer un caso constitucional susceptible de habilitar la instancia extraordinaria federal y, en lo que respecta al agravio referido a la aplicación de la agravante en el caso, como se expondrá *infra*, la decisión contra la que se dirige el remedio federal no reúne la calidad de sentencia definitiva o equiparable a tal en sus efectos –cfr. art. 14 de la Ley 48.

b. Nuevamente la defensa del imputado, pero ahora mediante el recurso extraordinario federal, ha cuestionado la actuación policial tanto en lo que se refiere a su intervención inicial, como a la detención, requisa y secuestro del arma cuya portación ilegítima se le reprocha al Sr. Escalante. Asimismo, se ha agraviado la defensa por la presunta violación al derecho de defensa en juicio y el debido proceso, ello como consecuencia de la pericia efectuada sobre el arma secuestrada en autos.

Ciertamente, estas impugnaciones no son más que la reedición de alegaciones ya efectuadas por la recurrente, tanto en la instancia de grado como ante la alzada, habiendo merecido allí amplio tratamiento y sin que en la reiteración de los mismos la defensa haya logrado controvertir los argumentos que sustentaron las decisiones adoptadas por los Magistrados. Así, del cotejo de este recurso extraordinario federal, con aquello que sostuvo la Defensa Oficial en el recurso de apelación y en el de inconstitucionalidad, se advierte claramente que, en rigor, lo que aquí se pretende es reexaminar en tercera instancia, 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 V. del mentado recurso, titulado "Refutación de los argumentos de la decisión apelada", más específicamente en aquellos apartados en los que la presentación se dedica a exponer sus argumentos respecto de la nulidad del acta de secuestro, la cadena de custodia y la errónea valoración de la prueba, la recurrente expuso su particular visión sobre la manera en la que debieron haber sido valorados los hechos y las pruebas del caso -tal como lo hiciera en las instancias ordinarias y extraordinarias recorridas con antelación al presente-, pero sin aportar nuevos elementos a los ya expuestos. Tal como lo sostuviera en mi anterior intervención en el caso, esta postura del recurrente no puede sino demostrar que, bajo el ropaje de presuntas violaciones constitucionales, sus alegaciones no son más que la expresión de su disconformidad con las decisiones de los Sres. Jueces que intervinieron anteriormente en el presente, circunstancia que no constituye cuestión constitucional suficiente.

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

Esta ha sido la postura adoptada tradicionalmente tanto por V.E. – Cfr. "TSJ Expte. n° 5345/07 "Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 1"- como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en este sentido CSJN Fallos 101:70; 148:62; 306:1740; 307:129, entre muchos otros-. Así, se ha exigido como requisito de admisibilidad de los remedios extraordinarios federales y locales que los mismos se encuentren fundados en agravios constitucionales reales y no aparentes. En ese sentido, la mera enunciación de presuntas afectaciones a garantías constitucionales sin que estas se verifiquen en las constancias de autos -apelando como hace el recurrente a la libertad ambulatoria, la intimidad, el debido proceso y el *non bis in ídem*-, no resulta suficiente para la configuración de un caso constitucional, ello de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia, por cuanto V.E. tiene dicho 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*" (TSJ Conf. *in re* "Expte. n° 131/99 Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja", sentencia del 23/2/2000, entre muchos otro).

De tal forma, más allá de que la recurrente haya afirmado que la prueba producida fue erróneamente valorada y que en el presente caso, tanto la detención y posterior requisa, como el secuestro del arma, debieron haber sido declarados nulos, lo cierto es que el remedio procesal intentado no logra demostrar los defectos de logicidad en los fallos cuestionados, ni la vinculación con las garantías constitucionales que la defensa declama violadas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en situaciones como la presente 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*" -"*Fallos*" 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros-.

c. Párrafo aparte merece la impugnación efectuada por la recurrente con relación a la aplicación de la agravante prevista en el último párrafo del art. 189bis inc. 2 CP. Si bien la defensa resalta en este punto que V.E. hicieron lugar al planteo relacionado con la afectación al principio del doble conforme y resolvieron reenviar el caso a la Cámara, para que otra Sala se expida al respecto, sostuvo también que los Ministros habrían prejuzgado en este punto, aseverando la constitucionalidad de la circunstancia agravante.

Sin embargo, no sólo no concurre tal prejuzgamiento, sino que, más allá de los esfuerzos argumentales intentados por la defensa en pos de equiparar a definitiva la sentencia aquí recurrida, lo cierto es que resulta absolutamente evidente la ausencia de tal requisito exigido por el art. 14 de la Ley 48. En tal sentido, no caben dudas que al resolver como lo hizo el Tribunal Superior de Justicia, la decisión que aquí se trata no pone fin al pleito, ni impide su continuación y menos aún causa un gravamen de imposible o insuficiente

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

reparación ulterior, circunstancias todas referidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la hora de merituar la concurrencia de una sentencia definitiva (ver en este sentido CSJN *Fallos* 242:460; 245:204; 248:402; 307:784; 308-1271; 312-2348; causa H.75-XXI, "Hilandería Lujan S.A s/ recurso de apelación —IVA— Tribunal Fiscal", del 18/XI/1989., entre muchos otros).

La irrecurribilidad de este tipo de resoluciones a través del recurso extraordinario federal, no sólo está dada por la circunstancia de que los agravios que ocasionan son susceptibles de encontrar remedio durante el desarrollo de las instancias ordinarias, sino además por cuanto dichos agravios pueden ser considerados por la Corte Suprema en oportunidad de conocer del recurso extraordinario federal interpuesto contra la sentencia definitiva, en tanto el contenido de ésta resulte influido por el de aquellas resoluciones -en este sentido Palacio, Lino Enrique, *El recurso Extraordinario Federal*, 2da Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1997-.

Ante ello, los esfuerzos efectuados por el recurrente no logran demostrar porqué, en este caso, correspondería hacer excepción a la regla general, más aun teniendo en consideración que el fallo en este aspecto, como se señalara anteriormente, hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad para que otra Sala se expida respecto de la aplicación de la agravante y el aumento de pena derivado de ella.

Finalmente, con relación al presunto prejuzgamiento en el que habrían incurrido V.E. respecto de las consideraciones que se efectuaron en la sentencia de marras con relación constitucionalidad de la agravante contenido

en el párrafo 8° del art. 189bis inc. 2 del CP, va de suyo que tampoco concurre en el presente. Ello por cuanto no se trata aquí de una circunstancia vinculada al adelanto de una opinión sobre la que V.E. no estuvieran llamados a resolver, sino, por el contrario, el fallo no ha hecho más que expedirse en respuesta a las propias impugnaciones planteadas por la defensa en su recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia –ver en este sentido el acápite d), titulado "Sobre la aplicación de la agravante dispuesta por el art. 189bis, inc. 2°, último párrafo del Código Penal" y su sub acápite "1. Inconstitucionalidad", todos ellos pertenecientes al capítulo "IV. Crítica de la sentencia recurrida", fs. 330vta/331vta.-; circunstancia que echa por tierra la impugnación ensayada.

No obstante ello, vale recordar, tal como lo hiciera la sentencia cuestionada, 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" (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), doctrina que fuera reiterada por el Tribunal en diversas oportunidades (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

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

Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Taboada Ortiz, Víctor Fernando s/ infr. art. 189 bis CP'").

En similar sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió al resolver en "Arevalo" (CSJN Recurso de Hecho "Arévalo, Martin Salomón si causa N°11.835" del 27 de mayo de 2014), 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.

Más aun, recientemente en el caso "Fernández, Carlos y otros s/ causa n° 9510" - CSJ 15/2014 (50-F)/CS1, resuelta el 20 de octubre de 2015- la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha remitido a la doctrina del precedente "Arevalo" para reafirmar, explícitamente, la constitucionalidad de la agravante prevista en el párrafo 8° del art. 189bis inc. 2 del CP.

En función de cuanto se viene exponiendo, entiendo que el recurso extraordinario federal traído a estudio a esta instancia por el recurrente no puede prosperar en tanto que -como ya se ha manifestado con anterioridad-, no se ha logrado exponer una verdadera cuestión constitucional demostrativa de la existencia de una relación directa entre la decisión adoptada y las garantías y principios constitucionales invocados, extremo que, como es sabido, impide habilitar la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver *Fallos*: 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, 331:2799 entre muchos otros).

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

IV. Petitorio.

En virtud de las consideraciones que anteceden, solicito se tenga por contestada la vista prevista por el art. 257 del CPCCN, entendiendo que el recurso extraordinario federal interpuesto por el Sr. Defensor General Adjunto en lo Penal de la CABA debiera ser declarado inadmisible.

Fiscalía General, 4 de diciembre de 2015.

DICTAMEN FG Nº 644 /PCyF/15.

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

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.-

M de las Nieves Macchiavelli
Secretaria General
Secretaría Judicial
Fiscalía General - C.A.B.A.