

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

Reg. n° 696/2015

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de noviembre de 2015, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 450/459, en este proceso n° **CCC 47975/2011/TO1/CNC1**, caratulado **“BAREIRO, Pablo Daniel s/ abuso de arma de fuego”**, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de esta ciudad, por sentencia del 20 de mayo del año en curso, resolvió –en lo pertinente– **CONDENAR** a **PABLO DANIEL BAREIRO**, por ser autor penalmente responsable del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal en concurso real con abuso de armas, a la pena de **TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, accesorias legales y al pago de las costas del proceso, (arts.12, 29 inc. 3°, 55, 104 y 189 *bis*, apartado 2°, cuarto párrafo, del Código Penal).

II. Contra la sentencia condenatoria la defensa particular interpuso recurso de casación (fs. 450/459), remedio procesal que fue concedido a fs. 460 por el tribunal de juicio.

III. El 7 de julio pasado la defensa mantuvo el recurso de casación respectivo. Con fecha 17 de julio del corriente se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

IV. El 14 de octubre del corriente año se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4° párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, a la que compareció el señor defensor de confianza del encausado, Dr.

Marcelo Esteban Mónaco, y el Fiscal General, Dr. Oscar Antonio Ciruzzi, de lo cual se dejó constancia en el expediente.

V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. Para así resolver, el *a quo* consideró demostrado a partir de la prueba reunida en el debate, que el 28 de noviembre de 2011, pocos minutos antes de las 22.00, Pablo Daniel Bareiro efectuó al menos tres disparos hacia Miguel Ángel Echevandes Uribe, quien se hallaba en el interior de la finca sita en Yapeyú 828, en esta ciudad, con un revólver marca “Taurus”, calibre .38 SPL (SPECIAL), nro. KG89685, que portaba sin la debida autorización legal.

Se estimó acreditado así que el imputado llamó a la puerta de la vivienda y, al apersonarse Echevandes Uribe le pidió que se acercase, luego de lo cual Bareiro introdujo su brazo derecho por la puerta de acceso al garaje de la vivienda y efectuó los disparos en cuestión; ellos no impactaron en Echevandes (quien buscó refugio en el interior del domicilio) sino que, dos de ellos, afectaron sobre la pared posterior del garaje (paralela al frente de la vivienda y ubicada a unos 8 metros de la línea de calle), mientras que el restante recayó sobre una escalera situada en un patio interno contiguo al mencionado estacionamiento, a la mitad de ese lugar y sobre su lado izquierdo. En abono de esa versión se contó con los testimonios de los Cabos 1º de la Policía Federal Argentina, Germán Ariel Zarza y Darío Martín Morato, testigos presenciales del episodio y aprehensores del encausado.

Acreditada la materialidad de los ilícitos en cuestión, los magistrados Vázquez Acuña y Huarte Petite –conformando la mayoría– consideraron que los delitos de portación ilegítima de arma de guerra y de abuso de armas habían concurrido de forma material, en función de los tramos temporales acreditados. Por su parte, el juez Salas concluyó que, sin perjuicio de la naturaleza permanente del delito de portación de arma e instantáneo del restante, lo cierto es que, tal y como se configuró

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

la realización de los acontecimientos, no existe posibilidad lógica de considerar ambos tramos fácticos de manera independiente sin que se dé el desdoblamiento del hecho en perjuicio del imputado, por lo que se decantó por un concurso ideal de leyes.

En lo que respecta al monto punitivo, los magistrados evaluaron la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y los motivos que determinaron al acusado a delinquir, matizados por sus condiciones personales, concluyendo que la pena solicitada por la fiscalía –fijada en tres años y medio de prisión– resultaba ajustada a derecho y respetaba los cánones de culpabilidad presentes en el caso.

Contra la sentencia de condena, la defensa presentó el recurso de casación de agregado a fs. 450/459, en el cual señaló que la resolución objetada debe anularse en función de que el tribunal de juicio se apartó de la plataforma fáctica sostenida por la fiscal ante esa instancia, al tener por acreditada la presencia de un único hecho y no de dos conductas escindidas, solución, esta última, adoptada por la mayoría del *a quo*.

En lo que respecta a la mensuración de la pena, explicó que en distintos acápites de su pronunciamiento el tribunal oral llevó a cabo una doble desvalorización al solapar, a los efectos de agravar la sanción, elementos del tipo penal y circunstancias propias del hecho.

Además, puso de relieve, su agravio en lo que respecta a la estimación punitiva alcanzada, por considerar que no resultó proporcionada al grado de culpabilidad de su defendido.

En efecto, explicó que no se ponderaron debidamente las atenuantes señaladas en la sentencia para mensurar la pena, en virtud de que, si se neutralizaran las agravantes –de conformidad con la incorrecta valoración apuntada–, correspondería una reducción de seis meses en la pena impuesta. Ello, sobre la base de que una sanción y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito no puede ser cruel, en el sentido de que no puede ser desproporcionada respecto del contenido del injusto del hecho.

Indicó, además, que en función del principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal, la representante de ese cuerpo ante el tribunal oral debió considerar que los mínimos legales son

simplemente indicativos, conforme lo dictaminado por el Fiscal ante la Cámara Federal de Casación Penal en su dictamen 7285 del año 2012 en la causa “Ríos, Mauricio David” (Sala II, CFCP)

Finalizó, aludiendo que el hecho de que su defendido tenga que cumplir en prisión la pena impuesta resulta contrario al objetivo constitucional de reinserción social ya que, en el caso, esa finalidad alcanzó a satisfacerse a lo largo del proceso, por lo que su reingreso a prisión constituiría una pena cruel, excluida como tal por los arts. 7 del PIDCyP y 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanas y Degradantes.

En definitiva, solicitó a) que se declarara la nulidad de la sentencia condenatoria por apartamiento del derecho aplicable, en particular del punto 11, en cuanto determinó la existencia de dos hechos independientes y el consiguiente concurso real entre ambos; b) que se adoptara igual sanción respecto del punto 12.1 del veredicto por afectación a la garantías del debido proceso legal en la forma del doble juzgamiento y por carecer de fundamentación en las pruebas reunidas; c) que se declarara la inaplicabilidad, para el caso, de la escala penal mínima prevista para el delito del art. 189 *bis*, apartado segundo, cuarto párrafo, del código sustantivo por resultar notoriamente desproporcionada a la culpabilidad exhibida por el autor del hecho enjuiciado; d) en forma alternativa o principal, se declarara la inconstitucionalidad –para el caso en concreto- del monto mínimo de la escala punitiva prevista en el citado artículo, por contradicción flagrante con las convenciones internacionales incorporadas a la Constitución Nacional y e) consecuentemente, se condenara a Pablo Daniel Bareiro a una pena de prisión de ejecución condicional (art. 26 CP).

Situados en la audiencia celebrada el pasado 14 de octubre próximo pasado, la defensa reiteró sustancialmente los agravios introducidos en su recurso y se ocupó de argumentar las razones por las cuales esta instancia de revisión debía casar la sentencia y aplicar una sanción que perfore el mínimo legal de la figura legal de la portación ilegítima de arma de guerra, pugnando por demostrar la errónea aplicación de la ley sustantiva y adjetiva, así como la arbitraria

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

mensuración de la pena por parte del tribunal oral (art 456 incs. 1º y 2º del digesto ritual). A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal ratificó la postura asumida por su colega al momento de los alegatos ante el tribunal de juicio y brindó las razones por las que consideró que no deben recogerse los esfuerzos de la defensa para anular el fallo condenatorio.

II. En la Exposición de Motivos que precede al Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, presentado en Febrero de 2014 y pendiente de trámite parlamentario, la Comisión encargada de su redacción acertó al señalar que, tras el restablecimiento de la constitucionalidad en nuestro país, a una primera etapa auspiciosa, signada especialmente por la reforma que derogó –casi totalmente– los textos introducidos en nuestro ordenamiento penal sustantivo por la última dictadura militar, hubo de suceder “un movimiento contrario, en sentido marcadamente represivo e inorgánico, que se acentuó en los años de la administración siguiente, con reformas parciales múltiples y con leyes especiales que introdujeron institutos premodernos”, proceso acentuado en los primeros años del presente siglo, que “acabó por desbaratar totalmente la arquitectura del Código Penal de 1921”, “maltratado y ya casi inexistente” como tal, toda vez que “ha sufrido unas novecientas reformas parciales que lo hacen irreconocible”.

A ese caótico estado de las cosas habrá de responder el peculiar encuadre legal y la consiguiente determinación de la escala penal aplicable al caso *sub júdice*, cuya revisión hubo de demandar la defensa particular del encausado Pablo Daniel Bareiro, toda vez que no se encuentra discutida la materialidad del ilícito ni la responsabilidad penal del epigrafiado, conforme la clara postura de su defensor en el recurso oportunamente presentado y mantenido ante estos estrados. Y vale señalar desde ya que, en base a la solución que he de proponer al acuerdo para aquellos tópicos, quedarían solventados los cuatro agravios de naturaleza inconstitucional presentados por dicha parte como derivados de la sentencia impugnada.

III. La Ley n° 25.886 (B.O. 5/5/04), paradigma del expansionismo punitivo registrado en el período señalado en el párrafo anterior, amplió desmesuradamente el elenco de conductas relativas a la tenencia y portación de todo tipo de armas de fuego y elevó las escalas penales de ciertos tipos legales, tales como el de la portación de armas de guerra (art. cit., apartado 2, 4° párrafo) o el de entrega de cualquier arma de fuego a un menor de dieciocho años (idem, inciso 4, 2° párrafo), con la clara intención de impedir la excarcelación bajo proceso de los imputados por tales especies delictivas. Vale recordar que el ímpetu represivo avanzó hasta la incorporación de un claro tipo de autor, en el 8° párrafo del precitado inciso 4°, por cuya inconstitucionalidad se pronunciara el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Eugenio Raúl Zaffaroni, al emitir su voto en el fallo “TABOADA ORTIZ, Víctor”, del 5 de Febrero de 2013; con anterioridad, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal había resuelto de igual manera en los fallos LOPIANO, Roberto Carlos”, del 10/5/2012, y “AMATO, Diego Marcos”, del 12/6/2013.

Merece una especial consideración, antes de penetrar en el análisis del caso, la génesis de la ya mentada figura legal prevista en el artículo 189 bis, apartado segundo, párrafo 4°, del Código Penal, empleada por el a quo al encuadrar la conducta del encartado Bareiro.

Comenzaba el año 1974. En un informe presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación, la Comisión de Legislación Penal adhería en todos sus términos al mensaje del titular del Poder Ejecutivo al elevar el proyecto de la que luego sería la Ley n° 20.642 (B.O. 29/1/74); dicho mensaje señalaba que el propósito de incluir la tenencia de armas de guerra y de sus municiones entre los delitos contra la seguridad común era “el de llegar a un estricto control, por parte de la autoridad correspondiente”, de tales elementos (HCD, Diario de Sesiones, Enero 24/25 de 1974, p. 5491 y ss.).

La iniciativa recibió tres sonoras críticas de otros tantos legisladores, la más rotunda de ellas pronunciada por el diputado sanjuanino Héctor R. Valenzuela, reaccionando contra lo que “constituye un injerto draconiano en una legislación de neto corte

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

liberal”, “sin contar...con la absoluta certeza que tenemos de que la escalada delictiva que sufre la sociedad no habrá de decrecer por el solo hecho de sancionarse una reforma como la que estamos tratando. Las estadísticas en el mundo así lo demuestran” (idem, p. 5495).

Lo cierto es que la inclusión del artículo 189 *bis* cobró vigencia; y que, tras décadas de vicisitudes institucionales, la recobró, hasta la sustitución de su texto por el incluido en la criticada Ley n° 25.886, que, entre otros alardes represivos, incluyó a las armas de fuego de uso civil en su heterogéneo articulado. De todas maneras, la esencia perduró: el propósito estatal de retener el monopolio de la fuerza pública mediante el estricto control de tales armas, genéricamente consideradas, procurado a través de figuras de peligro –tenencia y portación– con inclusión de algún atenuante cifrado en la evidencia de falta de intención de su uso con fines ilícitos (art. cit., apartado 2, párrafo 6°).

VI. Al presentar su acusación, en la etapa prevista en el artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación, la Sra. Fiscal General actuante en el juicio supo reflexionar en torno al punto y, apartándose de la calificación propuesta por su colega de la fase de instrucción, entendió que la portación del arma en cuestión y su utilización por parte de Bareiro configuraron un hecho único, en el que el peligro representado por la primera se concretó a través de la segunda. Estimó que inclinarse por un concurso real “adelantaría la punibilidad de un acto preparatorio”; mas, retornando al hilo central de su disquisición, relativo a la unicidad del hecho, concluyó que se trataba de un caso de concurso ideal.

Es del caso destacar, desde ya, la explicación brindada inmediatamente por la representante del Ministerio Público Fiscal para arribar a esa aseveración: “no puede estar en mejor situación un imputado que porta un arma que el que porta y además comete otro delito con esa arma”, objetable por dos motivos: en primer lugar, porque luce, al menos, impropia la referencia a “otro delito” si se parte de sustentar la unidad de acción; en segundo término, porque lo que se revela es una subordinación de las categorías de la Dogmática penal a las inconsecuencias punitivas del legislador. En otras palabras, dado que la

hipertrofia represiva desatada a partir de manifestaciones coyunturales de democracia plebiscitaria incrementó a niveles irracionales la respuesta frente a ciertas figuras que hasta la sanción de la Ley n° 20.642 ni siquiera figuraban en el repertorio penal de fondo, parecería necesario convertir un concurso aparente en concurso ideal: salir en auxilio de la ligereza parlamentaria y retocar el fruto del análisis teórico logrado, para evitar las incoherencias que de aquella derivan.

El Dr. Oscar Ciruzzi, Fiscal General, mantuvo ante esta sede la postura de su colega. Sostuvo centralmente que no encontraba motivo de agravio en la calificación escogida por el Tribunal Oral en lo Criminal ni en la pena impuesta, toda vez que se trataba del mínimo correspondiente a la primera, y alertó sobre la gravedad institucional de una declaración judicial de inconstitucionalidad como la pretendida por su contraparte respecto de ese mínimo legal, añadiendo –en otro orden– que la buena conducta procesal de Bareiro era la que correspondía en el orden normal de los sucesos, sin dar lugar a medidas excepcionales al respecto.

V. El letrado particular, a su vez, en la oportunidad reglada por el artículo 393 del ordenamiento ritual vigente, admitió, en términos generales, las circunstancias fácticas acreditadas durante el debate – corroboradas por la franca admisión de Bareiro en su defensa material y más tarde, en oportunidad de sus últimas palabras–, por lo que concentró sus esfuerzos en argumentar acerca de la posibilidad de determinar ajustadamente la pena aplicable a su pupilo.

En su presentación ante este Tribunal hizo lo propio, aludiendo a la vigencia del principio *pro homine*, argumentando un doble juzgamiento de elementos fácticos del caso para la tipicidad y para la determinación de la pena, destacando la falta de proporcionalidad de la respuesta punitiva indicada por la acusación y la necesidad de considerar el comportamiento del encartado posterior al suceso. En uno y otro caso, su propuesta ha sido la de perforar los topes mínimos de la figura o figuras resultantes de la calificación legal, con cita doctrinal y jurisprudencial acorde a esa pretensión.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

VI. El voto mayoritario del Tribunal defendió la existencia de un concurso real, basado, de una parte, en la falta de prueba relativa a la provisión del arma por un tercero en el momento del hecho, lo que condujo a sus firmantes a estimar acreditada la preexistencia de la portación, y, de otra, en los distintos bienes jurídicos teóricamente afectados por la conducta de Bareiro. En suma, calificó la conducta del inculpa en cuestión como delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal en concurso real con abuso de armas (arts. 12,29 inc.3º, 55, 104 y 189 bis, apartado 2º, cuarto párrafo del Código Penal).

El voto disidente se atuvo a la calificación seleccionada por la fiscalía durante el juicio, recalando que portación y abuso de arma constituyen aspectos de un hecho único.

En cuanto a la sanción a aplicar, los miembros del Tribunal Oral consideraron adecuada la propiciada por la Sra. Fiscal General, estimando abstracta la cuestión interpuesta por la defensa en cuanto a fijar una pena inferior.

VII. El recuento histórico ensayado en los considerandos iniciales de este voto resulta útil, a criterio de quien lo suscribe, a los fines de analizar la conducta reprochable a Pablo Daniel Bareiro.

La reconstrucción procesal de su acción lo muestra portando un arma de guerra (art. 3, 1er. párrafo, inciso 1, de la Ley n° 20.429 y arts. 1º, 4º y 5º del decreto 395/75), sin ser su legítimo tenedor (art. 14 de la referida ley, a contrario sensu). Vale decir, generando un peligro; un peligro previsto y penado por el legislador, en pos de conservar el monopolio de la fuerza pública y de salvaguardar la vida y demás bienes de los ciudadanos; con un añadido que luce espacial y temporalmente inescindible, en los términos de la prueba rendida ante –y valorada por– el tribunal de juicio: la palmaria concreción de ese peligro, al disparar dicho elemento contra un grupo de personas, sin herir a ninguna.

Luego, si la portación huérfana de autorización de un arma de guerra epiloga en el disparo de dicha arma contra un tercero o terceros, sin causar heridas, no existe razón valedera para desdoblarse tal comportamiento tal como lo han hecho los colegas del tribunal de juicio

componentes del voto mayoritario. El peligro genérico dio paso a uno más concreto aun, cernido sobre un determinado grupo de seres humanos, sin llegar a lesionar la integridad física ni la vida de ninguno de ellos.

El tema, siempre vale resaltarlo, trasciende el plano estrictamente legal, revistiendo neta índole constitucional: de la delicada tarea de contabilizar el número de hechos –en el sentido del art. 18 de nuestra Ley Fundamental– imputables a un sujeto dependerá la incolumidad o la obliteración de principios tales como el de legalidad y el de “non bis in idem” (MAURACH-GÖSELL-ZIPF, “Derecho Penal, Parte General”, T. 2, Astrea, Bs. As., 1995, p.513).

Hace –pues– desde ya, a la esencia de un derecho penal de acto como el consagrado por el juego armónico de los arts. 18 y 19 de nuestra magna Carta, la cuidadosa distinción entre la unidad o pluralidad de conductas, de cara a un caso dado (ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Bs. As., 2000, p.815).

En ese sentido, si lo “decisivo, en cualquier caso, es determinar cuándo debe valorarse todo lo actuado como una conducta y cuándo como una pluralidad de conductas” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, op. cit., p.817); y si hemos de rendir modesto culto a la realidad, la regla esencial será la de afirmar que el desvalor múltiple llevado a cabo *ex ante* por el codificador no multiplica el objeto desvalorado; por lo que se requiere “una consideración necesariamente combinada del mismo suceso” (idem) cuando su encuadre típico aparezca, *prima facie*, como plural. Tal precisión, que parece obvia, no lo es tanto en épocas en las que ciertas tendencias doctrinales inficionadas de un rabioso idealismo reducen el delito al juicio de desvalor de su intérprete, en lugar de respetar su ontología de acto conflictivo, independiente de toda valoración del legislador, del juez o del estudioso.

Pero, además, el hipotético concurso que aquí nos toca evaluar no es aquel que describe el artículo 54 del Código Penal. Es un solo hecho, mas no cae bajo más de una sanción penal, sino bajo una sola, porque la concurrencia de figuras legales es sólo aparente; ello es así, aunque quede

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

por precisar más adelante la peculiar manera de determinar esa única pena, divisible por razón de tiempo como lo pide el artículo 40 del mismo ordenamiento.

VIII. En diversas oportunidades, durante mi desempeño como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, dejé expuesto mi razonamiento en punto a la configuración de un concurso ideal entre la portación de un arma y un robo agravado por el uso de armas, en lugar de considerar en la especie un caso de concurso aparente de tipos o leyes o de “unidad de ley”, según las diversas denominaciones de la doctrina (v.gr., v. ZIFFER, Patricia: “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, Ed. Temis, Bogotá, 1996).

Señalé en aquellas oportunidades que “(s)i sólo la especialidad, la consunción y la subsidiaridad dan lugar a tal “unidad de ley”, está claro que no hay aquí margen para ninguna de tales relaciones de interferencia. No hay especialidad, por cuanto es tan concebible la realización del robo con armas diferentes de aquellas cuya tenencia se encuentra prohibida, como la tenencia de estas últimas sin que se cometa, a partir de ella, ataque alguno contra la propiedad, de lo que se sigue que no se produce el encerramiento conceptual propio de esa situación de concurso aparente; en otros términos, no hay dos tipos de los cuales uno, además de exhibir las mismas notas características del otro, posee una más, que lo especifica. No hay consunción, porque tampoco hay encerramiento material. Y no hay, esto es obvio, subsidiaridad, por cuanto no acontece el desplazamiento de un tipo por otro por progresión gradual de la afectación” (por todas, causa n° 2752, “STYRSKY, Ariel Eduardo”, resuelta el 12/10/2007).

En el caso que nos toca revisar cabe predicar todo lo contrario: la portación de un arma de fuego sin autorización se solapa ajustadamente con el disparo de ese mismo elemento contra una o más personas; a un riesgo para la generalidad sucede otro, concretado sobre uno o más sujetos pasivos.

Conforme al juego armónico de las disposiciones de los artículos 3°, primer párrafo, inciso 1, de la Ley n° 20.429 y 1°, 4° y 5° —este último, a contrario sensu— del decreto 395/75, el elemento blandido por

Bareiro constituye un arma de guerra; y su posesión en lugar público, en condiciones inmediatas de uso y sin autorización se ajusta al concepto técnico-legal de portación, delito de peligro común que encuentra su marco en el enunciado del artículo 189 *bis*, inciso 2º, 4º párrafo del Código Penal, con una escala penal de tres años y seis meses a ocho años y seis meses de reclusión o prisión.

Paralelamente, el disparo de esa misma arma de fuego contra una persona sin hierla –en rigor, la concreción de aquel peligro común– encuadra perfectamente en el marco descrito en el artículo 104, primer párrafo, del mismo plexo legal, con una pena de uno a tres años de prisión.

El paradójico desfase, fruto de la escalada represiva aludida en el inicio de este voto, debe encontrar solución jurisprudencial con respaldo en la doctrina; porque, si bien se mira, en el caso que nos toca analizar, el porte del elemento en cuestión emerge como un acto riesgoso en sí mismo pero conducido inmediatamente por su autor a la producción de un peligro más concreto aun, de manera que aquel tramo pasa a quedar absorbido por éste. Y el despropósito consistente en que el primero tenga prevista una respuesta punitiva superior, en su límite inferior, a la del segundo en su límite superior debe superarse adoptando a este último –los tres años de prisión– como tope de la respuesta punitiva.

IX. Existen antecedentes jurisprudenciales, en nuestro ámbito, de casos análogos al que aquí se juzga, en los que la conclusión, aunque apelando a argumentos parcialmente diferentes, ha sido la misma que he de proponer al acuerdo. Me refiero a distintos fallos emitidos por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, tales como los pronunciados en las causas n° 2312, caratulada “BANEGAS, Patricio Luis, sobre robo con armas en grado de tentativa”, el 12 de Abril de 2006, n° 2167, “FERNÁNDEZ, Norberto Osvaldo, sobre portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal”, del 5 de Mayo de ese mismo año, y n° 3178, “PALACIO SÁNCHEZ, Javier Jesús, sobre portación de arma de guerra, abuso de armas, resistencia a la autoridad y encubrimiento”, del 2 de Octubre de 2009.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

Se expresó en el primero que “...la acción de llevar, sin la debida autorización legal un arma de fuego cargada en la vía pública, o sea, en condiciones inmediatas de uso, sólo puede adquirir la categoría de delito si lo que se pretende es criminalizar el campo previo a la tentativa o, dicho de otro modo, los actos preparatorios de un delito concreto a fin de reforzar, por esa vía, la prohibición de la comisión de delitos con armas de fuego. Por tal razón, si se verificara un principio de ejecución de ese último delito, tal como ocurre el caso, se producirá el desplazamiento del tipo previsto 189 *bis* párrafo 3º del Código Penal por aquél otro que haya sido ejecutado. El tipo penal que prohíbe la portación de armas constituye, en definitiva, un hecho anterior cocastigado que queda desplazado por subsidiariedad tácita por la tentativa del hecho posterior (cfr. Wessels, Johannes; Derecho Penal, Parte General; Depalma; 1980; pp. 238/239). Lo singular del caso es que la figura del artículo 104 del Código Penal prevé una pena mínima – prisión de un año– inferior al piso del artículo 189 *bis*, inciso 2º, cuatro párrafo, *ibídem* –reclusión o prisión de tres años y seis meses–, lo que indica que si el único tipo penal que subsiste es el primero merecería una sanción menor a la que le correspondería según el delito dejado de lado; es decir, la conducta que se presenta más grave por haber creado un riesgo a la integridad física de las personas estaría reprobada en menor medida que la simple amenaza genérica derivada de la posesión de armas de fuego sin autorización legal”.

En tales pronunciamientos se aludió, con cita de reconocidos juristas, al denominado efecto de bloqueo o de cierre de la pena del delito dejado de lado, “que impide ir por debajo de su límite inferior, con prescindencia de su igual en el delito finalmente aplicado. La vinculación es sólo con respecto a la pena mínima de la norma desplazada”. De tal suerte, hubo de glosarse en ellos a Günter STRATENWERTH (“Derecho Penal, Parte General, I, El hecho punible”, 4ª edición totalmente reelaborada, Hammurabi, 2005, Capítulo 5-18, párrafo 20, p. 546 y ss.); a Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND (“Tratado de Derecho Penal, Parte General”, 5ª edición corregida y ampliada, traducida por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada,

2002, Segunda Parte, Capítulo Quinto, parágrafo 69 III, p. 794 y ss.), y a Günther JAKOBS (“Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación”, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 1068, parágrafo 39). Empero, frente al criterio de todos los autores mencionados, coincidente en punto a que es aquel límite inferior de la figura legal desplazada el que cuadra respetar, debido al ‘efecto de bloqueo’ (Stratenwerth) o ‘de cierre’ (Jakobs) de la ley más leve, o al llamado ‘principio de combinación’ (Jescheck-Weigend), los distinguidos colegas del referido órgano colegiado fijaron en el máximo de la escala penal del artículo 104 del Código Penal la carga punitiva a imponer en los casos referidos, a efectos de evitar un apartamiento del principio de legalidad mediante la construcción de una escala penal especial.

X. Tal como adelantara, si bien será a partir de un razonamiento alternativo, he de confluir en cuanto a la existencia de un caso de unidad de ley o concurso aparente, así como respecto de la pertinencia de la determinación judicial de la pena a imponer en el caso, en el límite máximo de la pena prevista para el delito de abuso de armas.

No concuerdo con la consideración de la portación de armas de fuego como mero acto preparatorio de un delito concreto. Frente a las reservas que despiertan los delitos de tenencia en general, el hecho de que el legislador haya optado por prever y sancionar la acción y efecto de llevar consigo armas de fuego cargadas y en condiciones inmediatas de disparo, sin hallarse autorizado para ello y en lugar público, no aparece desprovista de racionalidad, en tanto introduce un peligro para la seguridad de los habitantes, entendida como situación de tranquilidad pública y de libre ejercicio de los derechos individuales, cuya protección efectiva se encomienda a las fuerzas de orden público; y estimo que es un peligro concreto, considerado en sí mismo, preciso, determinado. Luego, disiento en el enfoque que la reduce a aquella entidad dogmática y explica su criminalización en tanto y cuanto precedería al comienzo de ejecución de otra conducta ilícita concreta.

Asunto bien distinto, claro está, como creo haber dejado de manifiesto, es la inusitada dosimetría legal ensayada para conjurar ese

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

peligro; es decir la mensura –tan próxima lingüísticamente y tan lejana políticamente– de la medida.

A su vez, el abuso de armas se yergue con caracteres propios, como delito contra las personas.

Lo que sucede, en un caso como el *sub júdice*, es que, desde la perspectiva de las relaciones que guardan entre sí los diferentes tipos concurrentes, uno de ellos, el del artículo 104, primer párrafo, del Código Penal interfiere en la operatividad del restante por encerramiento material, por lo que se excluye la aplicación al caso de este último, debido a que consume el contenido material de su prohibición. A mi criterio, impera –pues– la regla *lex consumens derogat legi consumptae*, en lugar de las correspondientes a los principios de especialidad y de subsidiariedad.

Asimismo, cuadra aclararlo desde ya, de las hipótesis analizadas por la doctrina penal aplicada al tópico, se presenta aquí la del hecho típico acompañante, toda vez que “el desvalor de una característica eventual de la conducta está ya comprendido o abarcado por el tipo de que se trate. No se trata de un encerramiento conceptual, sino material o valorativo” (ZAFFARONI - ALAGIA – SLOKAR: op. cit., p. 833).

Con esa salvedad, claro está que la figura desplazada por consunción es la de la portación de arma de guerra y la que prepondera es la del abuso de armas. Y, por encima de las sutiles divergencias doctrinales en torno al tema, ha menester coincidir en que no es jurídicamente posible adjudicar más pena que la que este último ilícito tiene prevista como máximo, para dejar a salvo al caro principio de legalidad. La imposición de ese monto máximo representa el máximo esfuerzo hermenéutico a materializar desde los estrados judiciales para salvar los claros desajustes provocados por el expansionismo punitivo a un ordenamiento penal que aguarda su anhelada reforma integral.

En mérito a tales consideraciones, propongo a los distinguidos colegas casar parcialmente la sentencia impugnada, calificar la conducta del encartado Bareiro como constitutiva del delito de abuso de armas (art. 104, primer párrafo del Código Penal) y condenarlo, en función del hecho típico acompañante de portación de arma de guerra, previsto y

penado en el artículo 189 bis, párrafo 2º, inciso 4º, del mismo cuerpo de leyes, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, cuyo cumplimiento propicio dejar EN SUSPENSO, tomando en consideración su correcto comportamiento procesal a lo largo del dilatado proceso tramitado, sus condiciones personales, familiares y laborales y la ausencia de todo otro antecedente, pautas –todas ellas– reveladoras de la innecesariedad de un tratamiento penitenciario (arts. 26 del Código Penal y 1º a contrario sensu de la ley 24660).

En tal sentido expido mi voto.

El juez Daniel Morin dijo:

Como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, en más de una oportunidad concluimos, junto con mis colegas Juan F. Giudice Bravo y Gustavo Pablo Valle, que, como regla general, no correspondía concursar un delito de peligro abstracto o común –como el de portación de arma de fuego sin la debida autorización legal– con el de puesta en peligro concreto de bienes jurídicos individuales –como el abuso de arma de fuego–, por darse entre ambas figuras una unidad de leyes o concurso aparente, por aplicación del principio de subsidiariedad tácita.

Este enfoque de la cuestión fue explicado en distintas sentencias del tribunal mencionado, por caso, la recaída en las causas “Banegas, Patricio Luis sobre robo con armas en grado de tentativa”¹ y “Fernández, Norberto Osvaldo sobre portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal”².

En el primero de esos precedentes se dijo: “...Ello así, pues la acción de llevar, sin la debida autorización legal un arma de fuego cargada en la vía pública, o sea, en condiciones inmediatas de uso, sólo puede adquirir la categoría de delito si lo que se pretende es criminalizar el campo previo a la tentativa o, dicho de otro modo, los actos preparatorios de un delito concreto a fin de reforzar, por esa vía, la prohibición de la comisión de delitos con armas de fuego.

¹ Cfr. fallo “Banegas, Patricio Luis s/robo con armas en grado de tentativa”, causa n° 2312 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, rta. el 12/4/06.

² Cfr. fallo “Fernández, Norberto Osvaldo s/portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal”, causa n° 2167 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, rta. el 5/5/06.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

Por tal razón, si se verificara un principio de ejecución de ese último delito, tal como ocurre en el caso, se producirá el desplazamiento del tipo previsto 189 bis párrafo 3° del Código Penal por aquél otro que haya sido ejecutado. El tipo penal que prohíbe la portación de armas constituye, en definitiva, un hecho anterior cocastigado que queda desplazado por subsidiariedad tácita por la tentativa del hecho posterior”³.

Asimismo, entendimos que existía una excepción a dicha regla, que tenía lugar cuando a raíz del concurso aparente o unidad de leyes aplicable, el único tipo penal subsistente poseía una pena mínima menor a la que correspondía según el delito dejado de lado. En estos casos, la conducta que se presentaba más grave por haber creado un riesgo a la integridad física de las personas estaba reprobada en menor medida que la simple amenaza genérica derivada de la posesión de armas de fuego sin autorización legal⁴.

Para evitar estos desajustes afirmamos, como lo hace calificada doctrina, que la pena del delito dejado de lado generaba un efecto de bloqueo, que impedía ir por debajo de su límite inferior, con prescindencia de su igual en el delito finalmente aplicado. La vinculación era sólo con respecto a la pena mínima de la norma desplazada.

Dicho con palabras de Günter Stratenwerth: “La esencia del concurso impropio consiste en que varios tipos realizados no son aplicables paralelamente, sino que uno de ellos prevalece frente al otro o a los demás. Por ello, en principio debería estar fuera de discusión la consecuencia derivada de tal concurso: la aplicación exclusiva de la norma preferente, sin que pueda aplicarse también la norma excluida. Sin embargo, ello sólo se reconoce de modo irrestricto en lo que se refiere al *fallo condenatorio* de la sentencia penal. Respecto del *marco penal* existen algunas reservas. Es que la idea fundamental del concurso impropio, es decir, que el hecho es abarcado adecuadamente ya por la aplicación de una norma, justamente, de la prioritaria, encuentra dificultades en

³ Cfr. WESSELS, JOHANNES; Derecho Penal, Parte General; Depalma; 1980; pp. 238/239.

⁴ Cfr. fallo “Coronel, Darío Hernán s/robo agravado...”, causa n° 3950/3976 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, rta. el 12/10/12.

aquellos casos en los que la relación sistemática entre los tipos no se halla en armonía, o al menos no completamente, con la existente entre las conminaciones penales. Ello tiene relevancia práctica sobre todo en caso de que prevalezca una ley *más gravosa*, cuando la norma desplazada, que de por sí es más leve, en algún aspecto es más gravosa que la que prevalece. En este caso, sería incomprensible que el autor quedase en mejor situación que si *sólo* hubiera cometido el delito más leve. Por ello, la opinión mayoritaria sostiene que existe un '*efecto de bloqueo*' de la ley *más leve*: la norma desplazada sigue siendo aplicable en la medición de la pena y respecto de determinadas consecuencias accesorias específicas"⁵ (sin bastardilla el original).

En sentido similar se manifiestan Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend al referirse al tratamiento de la unidad de ley. En primer lugar, expresan que: "Ante la existencia de una unidad de ley la norma desplazada debería quedar completamente fuera de toda consideración; sin embargo, el principio de la completa absorción delictiva ha sido modificado considerablemente por parte de la jurisprudencia (**principio de combinación**)", y posteriormente, al aludir a los casos en que la norma que retrocede puede tener incidencia sobre la sentencia, claramente dicen: "Además, la norma desplazada tiene influencia sobre el **marco punitivo** de la disposición que resulta aplicable. Y así, debe ser tenido en cuenta el límite mínimo de la pena más alto [...] y el tribunal puede tomar para su imposición las penas accesorias y medidas de seguridad..."⁶.

Y Günther Jakobs se suma a esa opinión al plantear, entre los casos en que el marco penal de la ley a aplicar hay que combinarlo con el de la desplazada, el siguiente: "Si la especialización se requiere por un efecto cualificante, y la ley desplazada permite una consecuencia jurídica más grave que la ley a aplicar (pena mínima más elevada, pena accesoria,

⁵ Cfr. GÜNTER STRATENWERTH: Derecho Penal, Parte general I, El hecho punible; 4a. edición totalmente reelaborada; Hammurabi, 2005; Capítulo 5-18, parágrafo 20, pág. 546 y ss.

⁶ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK Y THOMAS WEIGEND: Tratado de Derecho Penal, Parte General; 5a. edición corregida y ampliada -traducida por Miguel Olmedo Cardenete-; Granada, Diciembre 2002, Segunda Parte, Capítulo Quinto, parágrafo 69 III, pág. 794 y ss.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 47975/2011/TO1/CNC1

etc.), hay que completar el marco de la ley a aplicar con la agravación (uno de los ‘efectos de cierre’ de la ley más leve)”⁷.

Sin embargo, en un caso idéntico al que se encuentra bajo estudio, en el que los delitos a concursar eran los previstos en el artículo 104, CP –que prevé una escala penal de uno a tres años de prisión–, y el del artículo 189 *bis*, inciso 2º, cuarto párrafo, *ibídem* –que prevé una pena de reclusión o prisión de tres años y seis meses a ocho años y seis meses–, y en el que se daba la particularidad de que *el mínimo de la pena del tipo desplazado era mayor al máximo del tipo desplazante*, consideramos que el mentado efecto de bloqueo o de clausura no debía significar la construcción de una escala penal especial, pues de ese modo se estaría componiendo una sanción con el consiguiente apartamiento del principio de legalidad⁸.

Dicho de otro modo: el efecto de bloqueo opera como una excepción a la regla general respecto del desplazamiento completo del tipo que no resulta de aplicación, que encuentra su límite, haciendo de este modo una “excepción a la excepción” en el máximo de la pena prevista para el tipo subsistente.

Me hago cargo del desajuste que, en concreto, se produce, pero ello no debe ser atribuido a una errada aplicación de las reglas dogmáticas enunciadas sino a la alteración del principio de proporcionalidad como consecuencia de reformas parciales y desarticuladas de las normas de fondo. Es obvio que algo está mal en la ley que sanciona con menor pena a quien dispara contra una persona con un arma de fuego que al que sólo la porta y con ello agota el contenido de injusto.

Con estas aclaraciones, y con base en el criterio aquí expuesto, adhiero a la solución propuesta por el juez Niño.

El juez Eugenio Sarra bayrouse dijo:

⁷ Cfr. GÜNTHER JAKOBS: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación; 2a. edición, corregida; Marcial Pons, Madrid, 1997; pág. 1068 parágrafo 39.

⁸ Cfr. fallo “Palacio Sánchez, Javier Jesús”, causa n° 3178 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, rta. el 2/10/2009.

Al cumplir otra función jurisdiccional, tuvimos la oportunidad de señalar que entre la portación de un arma fuego y la realización de otro delito correspondiente a la faz consumativa del *iter criminis*, existía un concurso aparente de leyes.⁹

Con este alcance, adherimos en lo sustancial al voto del colega Morin.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, **CASAR** la sentencia de fs. 430/449, e **IMPONER a Pablo Daniel BAREIRO la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento será dejado en suspenso, más las costas procesales** (arts. 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 104 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío

Luis Niño

Daniel Morin

Eugenio
Sarrabayrouse

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara

⁹ Como integrantes del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, Provincia de Tierra del Fuego, causa “Hermosti” del 11.12.2012, registro n° 35, t. II, folios 397 / 408, protocolo 2012, entre otros precedentes.