

Reg. n° 417/2018

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 25 del mes de abril de 2018, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Horacio Leonardo Dias, Daniel Morin y Eugenio Sarraabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 374/383 de la causa n° 18438/2015/TO1/CNC2 caratulada “*Villalba Aquino, Edgardo José s/ Infracción art. 189 bis apartado (2) 6° párrafo*”, de la que **RESULTA:**

I. Que en lo que aquí puntualmente interesa, con fecha 17 de marzo de 2016, el Tribunal Oral de Menores n° 2 de la Capital Federal dictó sentencia y resolvió, en lo que aquí interesa, “...**I) CONDENAR a EDGARDO JOSÉ AQUINO VILLABA (...) a la PENA DE TRES AÑOS y SEIS MESES de prisión, accesorias legales y COSTAS, por ser autor del delito de portación ilegal de arma de guerra en concurso ideal con encubrimiento agravado por el ánimo de lucro...**”.

II. Que contra dicha decisión, la defensa representada por el Defensor Público Coadyuvante, Martín José Adrogué, interpuso recurso de casación a fs. 374/384, el cual fue oportunamente concedido mediante el interlocutorio que luce a fs. 384.

La defensa plantea una errónea aplicación de la ley sustantiva al entender que la conducta de su asistido no debió ser subsumida en la figura contemplada por el art. 189 (2), cuarto párrafo, sino en el segundo párrafo de dicha norma.

III. Recibido oportunamente este expediente en la cámara (cfr. el decreto que luce a fs. 391) y notificada de ello la defensa (consúltese a este fin la constancia obrante a fs. 391vta.), manifestó mantener su recurso (véase el escrito de fs. 392); la Sala de Turno decidió, de conformidad con la regla práctica 18.2, remitir el presente caso a la oficina judicial para que lo asigne a una sala del tribunal, y le otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (cfr. el acta de fs. 394).

IV. Ya sorteada esta Sala II, y superada la etapa prevista en los arts. 465, 468, CPPN —en la que la defensa presentó un escrito de ‘breves notas’— la causa quedó en estado de ser resuelta.

V. Sobre los aspectos reseñados se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO

El juez Horacio L. Dias dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas definitivas previstas en el art. 459, CPPN; los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456, CPPN, (de conformidad con la sentencia “Casal” – *Fallos* 328:3399). Corresponde, asimismo, tal como lo solicitó el recurrente a fs. 216vta. y, con aplicación de la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Giroldi” (*Fallos* 318:514), declarar la inconstitucionalidad del límite objetivo contenido en el primer inciso del art. 459, CPPN.

Por último, se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Resuelta la admisibilidad del recurso articulado, y previo a ingresar al tratamiento del agravio traído a estudio por el recurrente, es preciso recordar primeramente que, según el hecho acreditado en la sentencia, se le imputó a Edgardo José Aquino Villalba que “...por lo menos desde poco antes de las 11:00 horas del 31 de marzo de 2015 (...) portaba consigo una pistola marca ‘Beretta’, calibre 9mm, número de serie SZ00916, pericialmente apta para el disparo y cargada con cinco municiones idóneas a ese fin” (fs. 360vta.).

III. Aclarado ese extremo, es el turno ahora de adentrarme en el tratamiento del planteo introducido por la defensa técnica, mediante el respectivo recurso de casación.

IV. Planteo relativo a la errónea aplicación del derecho sustantivo

a) La defensa sostuvo que la conducta demostrada no constituye el delito de portación ilegal de arma de guerra, sino su simple tenencia inautorizada. Para sostener ello argumentó que el peritaje practicado

sobre el arma “...no obstante concluir que la pistola ‘Pietro Beretta’ incautada resultó apta para el disparo, era de funcionamiento anormal. Esta anomalía es descripta en los siguientes términos: ‘...se verificó que la misma presenta una falla en la cola del disparador posiblemente por la faltante o rotura del muelle tensor del disparador. Esta falencia ocasiona que inmediatamente después de accionar el disparador, el tirador deba desplazarlo hacia adelante para que esta vuelva a su posición normal’.

Es decir que para que el arma se halle en condiciones de uso inmediato es necesario que su portador manualmente desplace la cola del disparador (vulgarmente conocida como gatillo) a su posición original.

[...] [E]s necesario que el portador conozca el defecto del arma y cómo solucionarlo para poder afirmar que esa persona se encuentra en condiciones de elevar el riesgo sobre la seguridad común de manera tal que su acción pueda ser alcanzada por la figura más grave de la portación.

Nada de ello fue probado en autos, donde el tribunal se conformó con tener por probada la aptitud [en abstracto] del arma para disparar una bala, pero no si la anomalía que presentaba podía dejarla fuera de sus ‘condiciones de uso inmediato’.

b) En el caso resuelto en el marco de la causa n° CCC 53971/14/TO1/CNC1, “Díaz Leonardo Demián s/ portación de arma de uso civil”, reg. n° 390/2015, rta. 1/9/2015, de la Sala III de esta Cámara de Casación, en el que adherí a la solución propuesta por el juez Jantus, expuse cuáles son a mi criterio los requerimientos para que se configure el delito de portación de arma de fuego.

Allí señalé que esta clase de delitos son de peligro abstracto pero que ello no excluye la exigencia de una aptitud para poner el peligro el bien jurídico.

De este modo, si bien no puede resultar típica la conducta mediante la cual el bien jurídico nunca pudo haber corrido peligro, basta con la demostración de esta aptitud para su configuración.

En concreto, allí dije que “...tratándose la portación ilegal de armas de fuego de un delito (de aptitud) y que por lo tanto, exige para su configuración una apreciación por parte del juez en cuanto a la

peligrosidad de la conducta, queda claro que aquí el peligro se decide *ex post*, en tanto se trata de un criterio normativo”.

Dicho en otras palabras, este tipo de delitos no requieren la verificación de un peligro concreto para el bien jurídico, sino la corroboración de la idoneidad (o aptitud) de la conducta para generar —en abstracto— un riesgo. De modo tal que solamente quedan fuera de consideración aquellas constelaciones fácticas en donde, luego de sucedido el hecho, se comprueba que la conducta no tenía la capacidad para generar ningún riesgo desde un principio.

c) Aclarado ello, corresponde analizar el hecho aquí ventilado, cuya demostración no se encuentra debatida, a la luz de los presupuestos reseñados.

Debo adelantar que a mi entender resulta claro que los planteos de la defensa no pueden tener asidero. Es que en el caso concreto se verificó, tal como lo señala el tribunal en su sentencia, que el arma secuestrada era apta para el disparo y se encontraba cargada con municiones también aptas.

La defensa, para salir de ese escollo se basa en la existencia de una anomalía en el arma que llevó a los peritos a caracterizarla como de funcionamiento anormal. Ese defecto consiste en una falla en la cola del disparador generado por la ausencia o rotura del muelle tensor que genera que aquél no vuelva automáticamente a su posición original luego de ser presionado.

Sin embargo, resulta evidente que el hecho de que la cola del disparador debiera ser colocada nuevamente en posición de disparo manualmente luego de presionarla por primera vez en nada obsta a su posibilidad de efectuar disparos ni la defensa explica de qué modo ello obturó la posibilidad de generar un riesgo.

No es un argumento válido el hecho de que, como señala la defensa en su recurso, Aquino Villalba haya manifestado desconocer en detalle el funcionamiento del arma o que no se demostraran especiales conocimientos sobre el funcionamiento de armas.

Ello, por dos motivos: en primer lugar, la anomalía presentada por el arma de fuego no impide efectuar disparos, sino que únicamente

afecta la repetición de una eventual segunda detonación. Dado que la cola del disparador no retorna a su posición de disparo sino que debe ser desplazado hacia adelante por el tirador, ese desperfecto se evidencia solo luego de haber accionado el mecanismo.

En segundo lugar, tal como lo señalé más arriba, el tipo penal en cuestión no requiere de la demostración de un peligro concreto para el bien jurídico, sino de una aptitud para generar ese peligro, circunstancia que no es desvirtuada por el hecho de que el imputado no supiera cómo accionar el arma de fuego voluntariamente, dada la peligrosidad intrínseca de un elemento de estas características ofensivas.

Nótese a este respecto que el argumento de la defensa discurre únicamente acerca de la incapacidad de su asistido para accionar voluntariamente el arma, pero no respecto de que el arma no generara peligro, incluso a causa de poder producir una detonación no intencional.

Así, no rebate lo señalado en la sentencia en tanto el tribunal relevó que el arma se encontraba "...cargada con cinco proyectiles, uno de ellos en la recámara" y que "...la anormalidad de funcionamiento detectada en la pistola 'Beretta' (...) no le impide disparar en forma regular su munición..." (fs. 369vta.).

Ahora bien, en concreto, fue demostrado que el condenado llevó consigo un arma de fuego que potencialmente podía disparar las municiones que tenía en su cargador y recámara, tal como se concluyó en el peritaje efectuado, lo que satisface sobradamente los requisitos típicos.

Lo antes dicho deja en evidencia la improcedencia del consiguiente argumento esgrimido por la defensa respecto de que el imputado, si bien les habría apuntado a los efectivos Kobal y Solís, no efectuó ningún disparo. Esa parte dice en su recurso que "[e]sta falta de disparos por parte de mi defendido no hace más que corroborar la hipótesis de que no sabía cómo accionar el arma que llevaba, precisamente por desconocer la manera de sortear el defecto de funcionamiento constatado luego por los peritos" (fs. 383).

Sin perjuicio de que ello no descartaría la aptitud de la conducta para poner en riesgo el bien jurídico en los términos ya expuestos, sino más bien todo lo contrario, esa afirmación debe ser descartada por un motivo adicional. No existe una univocidad respecto de ese no hacer de Villalba que lleve a concluir sin más que desconocía cómo accionar el arma, además de ser ello irrelevante a los efectos de la imputación normativa al tipo penal de la conducta prohibida.

Por todo ello, considero que los argumentos de la defensa no logran demostrar un error en la subsunción jurídica del caso por parte del tribunal, en tanto fue adecuado, descartado que el arma no se encontraba en condiciones inmediatas de uso en tanto ésta podía efectuar disparos de manera regular. Asimismo, tampoco demuestra que en el caso concreto exista una duda respecto de la capacidad intrínseca de la pistola —en las condiciones que fue hallada en poder de su asistido— para generar un riesgo en el bien jurídico seguridad pública.

Todo lo expuesto me lleva a rechazar de plano el agravio planteado por la defensa.

V. Que en virtud, entonces, de las consideraciones antes expuestas, y no habiendo otros agravios que abordar, propongo rechazar el recurso de casación y, en consecuencia, confirmar la sentencia aquí impugnada en aquello que fue materia de agravio; con costas, atento el resultado de la presente.

Así voto.

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. Se adhiere al voto del juez Días, por concordar con el análisis y la conclusión a la que arriba.

En efecto, la parte recurrente no ha logrado demostrar, a través de los argumentos desarrollados, la alegada existencia de una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456 inc. 1º, CPPN) con respecto a la calificación legal escogida en la sentencia impugnada (art. 189 *bis*, apartado 2, cuarto párrafo, CP).

2. Por ello, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Aquino Villalba; sin costas, en tanto se trata del ejercicio del derecho del imputado a que se revise su sentencia

de condena (arts. 456 inc. 1º, 463, 465, 468, 469, 470 y 471 *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Morin dijo:

Adhiero, en lo sustancial, a la solución propuesta por mis colegas, por cuanto no se advierte la errónea aplicación de la ley sustantiva alegada por la defensa.

Por ello, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, con costas (arts. 465, 468, 469, 470 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

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:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 374/383 por la defensa de Edgardo José Aquino Villalba, en todo cuanto fue materia de impugnación; con costas (arts. 463, 465, 468, 469, 530 y 531, CPPN).

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

EUGENIO
SARRABAYROUSE

HORACIO L. DIAS

DANIEL MORIN

PAULA GORSO
Secretaría de Cámara