

Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los tres días del mes de noviembre de dos mil cinco, se reúne en Acuerdo la Cámara de Juicio en lo Criminal de esta Ciudad de Zapala, integrada por los Señores Jueces, DR. ENRIQUE LUIS MODINA, DR. VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ y DR. OSCAR ANTONIO RODEIRO, bajo la Presidencia del primero, y el Señor Secretario Actuante, DR. JUAN PABLO BALDERRAMA, con el objeto de dictar sentencia en la causa caratulada: "PAILACURA RICARDO JACINTO S/ PORTACIÓN ILEGÍTIMA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL" (EXPT. Nº 3393 - Fº 81 - AÑO 2005, Cámara de Juicio en lo Criminal), originario Nº 14.474 Año 2005, del Juzgado de Instrucción de la Quinta Circunscripción Judicial, con sede en la Ciudad de Chos Malal), debatida en audiencia el día veintisiete de octubre del corriente año, en la que intervino por la acusación, el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Héctor Carlos Trova; y por la asistencia técnica del procesado RICARDO JACINTO PAILACURA, de nacionalidad argentina, nacido el 16 de julio de 1973, de treinta y dos años de edad, estado civil soltero, ocupación empleado, D.N.I. Nº 23.384.223, domiciliado en calle Jaime de Nevares s/nº de la ciudad de Chos Malal, Provincia del Neuquén; el Sr. Defensor de Cámara, Dr. Miguel Enrique Manso. Causa en la que se atribuye al nombrado el delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis ap. 2), párrafo 8º del Código Penal). Y de la que-- - - - -

RESULTA: Que durante la etapa instructoria del proceso, se investigó la presunta comisión del delito previsto en el artículo 189 bis párrafo 8º del Código Penal por parte del imputado, habiéndose dictado el auto de procesamiento a Fs. 47/48vta..-

Los hechos objeto de la imputación en la causa sometida ahora a decisión son los siguientes: Que el día quince de mayo de dos mil cinco, Ricardo Jacinto Pailacura, en la confitería denominada "Liberty", sita en intersección de las calles San Martín y Mitre de la ciudad de Chos Malal, portaba ilegítimamente un revólver marca "Pasper Bagual", Nº 263978, sin la debida autorización de tenencia y portación, el cual llevaba cargado con proyectiles en sus alvéolos, y aproximadamente a las cuatro treinta horas, en el bar "Liberty", sito en calle

Rivadavia y San Martín de la localidad mencionada, efectuó al menos dos disparos con el arma mencionada, en dirección de personas no identificadas.-
Elevada a juicio la causa y cumplidos que fueron los recaudos formales previstos en el Código Procesal Penal, procedióse a la celebración del debate oral.-

Descriptos los hechos contenidos en el requerimiento de elevación y mencionada la prueba de cargo por el Sr. Fiscal de Cámara conforme las previsiones del artículo 339 del C.P.P. y C., y diferida para el momento de la sentencia la cuestión preliminar deducida por el Dr. Manso, el Tribunal procedió a interrogar al acusado y testigos.-

A continuación, e incorporado el material probatorio ofrecido por las partes es concedida la palabra al Sr. Fiscal de Cámara, quien expresó que los extremos fácticos reseñados en su exposición al comienzo del debate quedaron corroborados por la prueba acopiada al mismo, por lo que acusó formalmente a Ricardo Jacinto Pailacura como autor material y responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin autorización agravada por los antecedentes (art. 189 bis, párrafo 11 del Código Penal), propiciando se le imponga una pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo, declarándolo reincidente por cuarta vez, por lo que deberá imponérsele la accesoria del artículo 52 del Código Penal, más las accesorias de ley y costas del proceso.-

Por su parte, la defensa manifestó que no puede condenarse a su asistido porque no se le hizo conocer la agravante del párrafo 11 del art. 189 bis del Código Penal, más allá de la inconstitucionalidad planteada, no se le hizo saber la agravante, el único hecho es la simple portación de arma de uso civil. Dijo que no es portación, sino simple tenencia de arma de uso civil. Respecto de la accesoria manifestó que las condenas son de ejecución condicional, en ningún antecedente nunca se utilizó un arma de fuego, no se dan los supuestos porque ninguno excede los tres años, por lo que no comparte la petición fiscal de la aplicación de la accesoria.-

Concedida la palabra al acusado, dijo no desear estar presente al momento de la lectura de sentencia, luego de lo cual, clausuróse el acto, y- - -

CONSIDERANDO: Que se encuentra la causa en estado de decidir en definitiva. Cumplido el proceso de deliberación que dispone el artículo 361 del C.P.P. y C. y efectuado el sorteo, resulta el siguiente orden de votos: En primer lugar, el DR. OSCAR ANTONIO RODEIRO. En segundo y tercer lugar respectivamente, los DRES. VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ y ENRIQUE LUIS MODINA.-

El DR. RODEIRO pone a votación las siguientes consideraciones:

Que con los distintos elementos probatorios incorporados durante el desarrollo del debate oral ha quedado plenamente acreditado y probado que en Chos Malal, el día 15 de Mayo del corriente año, en la confitería que gira bajo el nombre de fantasía "Liberty" ubicada en San Martín y Mitre, el imputado Ricardo Jacinto Pailacura llevaba consigo sin contar con la debida autorización de tenencia y portación, un revólver cargado con sus respectivos proyectiles, marca "Pasper Bagual" con la que efectúa al menos dos disparos.-

La realidad material del suceso recreado precedentemente ha quedado plena y legalmente acreditada con el acta de procedimiento de fs. 1/2 y su croquis complementario de fs. 3 que además de acreditar el ámbito espacial en donde ocurriera, permitió el secuestro del revólver que llevaba consigo el imputado Pailacura; con las fotografías de fs. 59/61vta. que ilustran respecto al lugar del hecho, y el arma y proyectiles secuestrados; con las declaraciones testimoniales de Julio César Aravena de fs. 6/7 y Ubaldo Mauricio Venegas de fs. 12/vta. quienes relatan todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteciera; con la pericial balística de fs. 56 que acredita que el arma secuestrada es apta para disparo; y con los informes del REPAR de fs. 57 y 63 que acreditan que el imputado no es legítimo usuario del arma, ni se encuentra autorizado a su portación.-

Respecto a la autoría de Pailacura, ésta surge nítida de las declaraciones testimoniales brindadas por Aravena y Venegas antes citadas; las que aunadas a la propia confesión brindada por el justiciable en su defensa material, resultan un cuadro probatorio sólido que acreditan tal extremo.-

Para determinar el nomen juris en que corresponde encuadrar el hecho que ha motivado este juicio, debo previo a cualquier otra consideración, tratar el

planteo de inconstitucionalidad que introdujera incorrectamente la defensa como cuestión preliminar, cuando en rigor se trata de una defensa de fondo y por ello debió hacerlo al momento del alegato final. No obstante ello, y prescindiendo del momento procesal elegido por la defensa para el planteo, resulta fundamental abordarlo en este momento porque de prosperar la inconstitucionalidad pretendida es obvio que no podrá adecuarse típicamente la conducta de su pupilo en la figura agravada de portación de armas de uso civil (art. 189 bis, inc. 2º, párrafo 8, del C. Penal) cuya aplicación solicitó el titular de la Vindicta Pública, tanto en el requerimiento de elevación a juicio como en el momento de su alegato final.-

No he olvidado y por ello cabe recordarlo que tal como lo ha sostenido de manera reiterada nuestra Corte Suprema de Justicia la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, debiendo declararse únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (conf. Fallos: 226:668; 242:73; 285:369; entre muchos otros).-

Pues bien, el detenido análisis de la cuestión me ha llevado a compartir el pedido de la asistencia técnica de Pailacura, por encontrar que la forma agravada de la figura delictiva de la portación de armas de uso civil descripta por el octavo párrafo del inciso segundo del art. 189 bis de nuestro Digesto Penal, resulta manifiestamente contrario a la Carta Magna nacional por vulnerar el art. 18 y los arts. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

incorporados a ella por el art. 75 inc. 22.-

Y ello es así porque la norma puesta en crisis por nuestro Curial Oficial viola con claridad meridiana el principio de culpabilidad, resultando también inconstitucional por la desproporcionada escala punitiva que prevee.-

Respecto al principio de culpabilidad cabe decir que el art. 18 de la Constitución Nacional establece que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Resulta muy claro y evidente que en este caso el legislador se apartó de toda consideración del hecho para reprimir las condiciones personales del sujeto, es decir se castiga al sujeto por su peligrosidad y no por lo que hizo. La ecuación se ha invertido, de Derecho Penal de acto hemos pasado a un Derecho Penal de autor, lo que constituye una clara impronta positivista digna de un estado totalitario. No hay que olvidar que los sostenedores del Derecho Penal de acto vinculan la definición del delito a la comisión de un hecho o, eventualmente, a una omisión. Por el contrario, los cultores de un Derecho Penal de autor, parten para conceptualizar el delito desde el autor, o desde la actitud del autor. Para este punto de vista, "según su esencia el autor es un miembro personal de la comunidad jurídica con un sentimiento jurídico depravado" (Confr. Bacigalupo, "Derecho Penal", Parte General, pág. 45, citando a Wolf). Para los sostenedores de este criterio, el hecho tipificado sólo puede comprobarse mediante una "tipificación judicial del autor". Según Bacigalupo (obra citada, pág. 46) el Derecho Penal de autor tal como fue concebido por Wolf y sus acólitos, "pone seriamente en peligro los principios del Derecho Penal liberal, cuando no los anula".-

Por ello, comparto las críticas de De La Fuente y Salduna en la obra coordinada por Donna, "Reformas Penales", pag. 228, cuando afirman: "no se castiga al autor en función de la gravedad del hecho cometido (del contenido del injusto y de la culpabilidad), sino exclusivamente en función de los "antecedentes condenatorios" que registra o de las "causas en trámite" donde se le hayan concedido "excarcelaciones o exenciones de prisión". Y como conclusión lapidaria sostienen que "...resulta evidente que, a través de este tipo penal el legislador ha querido incriminar expresamente como delito, junto

a la portación del arma, el registrar antecedentes penales o el gozar de excarcelaciones o exenciones de prisión. La violación al principio de culpabilidad es elocuente, de modo que una defensa constitucional de la figura no resiste el menor análisis”.-

También es manifiesta la inconstitucionalidad de la pena que la norma en cuestión determina por resultar desproporcionada la escala que prevee.- Este delito es de peligro abstracto porque no requiere la existencia de un daño material, ni tampoco la existencia de un peligro concreto, sobre ello no hay discusiones ni controversias, ni en doctrina ni en jurisprudencia. Estos delitos se consideran consumados con la mera realización de la acción típica, siendo absolutamente irrelevante si, en el caso concreto, hubo o no peligro (vid. “Delitos de peligro”, Teresa Rodríguez Montañés, págs. 282/283).-

El sentido común que no siempre es el más común de los sentidos- indica que un delito de peligro abstracto no puede tener una pena superior de aquellos delitos que son de peligro concreto o que directamente lesionan el bien jurídico protegido.-

Como muy bien lo destacan Salduna y De la Fuente en la obra antes citada (pag. 229) “...la pena es absolutamente desproporcionada pues, a pesar de que estamos ante un delito de peligro abstracto que no exige ningún resultado material ni de peligro sobre el bien jurídico protegido, se ha estipulado una pena mayor que la prevista con respecto a ciertos delitos que destruyen de manera directa bienes jurídicos fundamentales”. Y agregan a continuación: “Basta con comparar las escalas penales del Código para advertir, por ejemplo, que en el delito que analizamos, la simple portación de un arma de fuego de uso civil se castiga con mayor pena que ciertos delitos contra la vida o la integridad física de las personas, como el aborto (art. 85 C. Penal), las lesiones leves, graves y gravísimas (arts. 89, 90 y 91 C. Penal), el homicidio y lesiones en riña (art. 95 C. Penal), e incluso el abuso de arma, donde se reprime el disparo de un arma de fuego contra una persona (art. 104 C. Penal). Esta última situación es llamativa: la simple portación de una arma de fuego se castiga con una pena notoriamente superior al efectivo disparo del arma contra una persona determinada y que implica la verdadera

producción de un resultado de peligro sobre su vida o integridad física”.-

Todo ello me lleva a compartir las críticas que realiza Guido S. Otranto en un excelente artículo publicado en la Revista “La Ley” el 22 de Julio del pasado año (Nº 140) en el que se destaca que la desmesurada pena pretendió evitar que en casos como estos el autor pueda ser excarcelado, desconociendo la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sostenido que “la prisión preventiva no debería tener carácter punitivo sino, clara es la redundancia, preventivo o cautelar. Es decir, que no debería ser pensada en términos de respuesta o reacción ante una conducta delictiva, sino como una medida que tiende a asegurar el éxito del proceso penal, en tanto evita que el imputado se fugue y de ese modo frustre la prosecución del procedimiento y la ejecución de la eventual pena” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 321:3630; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Suárez Rosero”, 12-11-97).-

Todo ello me lleva a sostener que la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2, párrafo 8º, resulta incontestable por lo que habré de proponer al acuerdo su declaración.-

Así las cosas la conducta de Pailacura adecua con los elementos del tipo descrito por dicho artículo en el inciso 2º, párrafo 3º del Código Penal, esto es, portación de armas de fuego de uso civil sin autorización legal.-

No encuentro que se haya probado que Pailacura portaba el arma sin la intención de utilizarla con fines ilícitos como lo requiere el mismo artículo 189 bis para atenuar la figura, pues aún cuando se considere probado que se encontraba amenazado él y su familia, bastaba con que cumpliera la obligación asumida en el punto segundo del auto glosado a fs. 71/72vta., en el que se le concediera el beneficio de Libertad Asistida, para evitar la necesidad de llevarla consigo esa noche.-

Para graduar la pena a imponer y teniendo en cuenta como agravantes los antecedentes condenatorios certificados, el utilizar el arma de fuego efectuando un disparo al aire, la circunstancia de que cometió el hecho cuando se encontraba gozando de los beneficios de la Libertad Asistida en un lugar al que no le era permitido concurrir; como único atenuante sus buenos

informes de abono, y demás pautas de mensura de los artículos 40 y 41 del Código Penal, entiendo justo y equitativo imponer a Ricardo Jacinto Pailacura una pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo, manteniendo su declaración de reincidencia (art. 50 del Código Penal), más las costas del proceso.-

Respecto a la accesoria del art. 52 del C. Penal solicitado por el Señor Fiscal de Cámara cabe decir que si bien es cierto el imputado registra siete antecedentes condenatorios anteriores en las que se le impuso penas inferiores a los tres años de prisión, cabe decir que han sido dictadas violando las reglas del artículo 55 del Código Penal por lo que debieron ser oportunamente unificadas conforme las reglas del artículo 58 del mismo cuerpo legal. Así las cosas y teniendo en cuenta las fechas de las respectivas condenas y de los hechos, cabe decir que la dictada en causa N° 6731 que fuera unificada con la dictada por la Cámara II° de Neuquén, debió a su vez unificarse con la condena impuesta en la causa N° 6766, asimismo las dictadas en las causas N° 10.319, N° 10.475, N° 11.304 y 12.035 debieron ser todas unificadas en un único pronunciamiento. Es decir que más allá del no cumplimiento de las reglas del artículo 58, Pailacura, en los casos en que debieron unificarse las condenas conforme lo dicho precedentemente, es un reiterante, que no alcanza a tener las cinco condenas de tres años o menos que exige el artículo 52 del Digesto Penal para la multireincidencia. Es mi voto.-

El DR. MARTÍNEZ dijo: Adelanto mi adhesión al voto del Dr. Rodeiro. Agrego a riesgo de sobreabundar, que ya desde Beccaria ("De los delitos y las penas", Altaya, pág 35/36) "Supuesta la necesidad de la reunión de los hombres, y los pactos, que necesariamente resultan de la oposición misma de los intereses privados, encontramos una escala de desórdenes, cuyo primer grado consiste en aquellos que destruyen inmediatamente la sociedad y el último en la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella. Entre estos extremos están comprendidas todas las acciones opuestas al bien público, que se llaman delitos, y todas van aminorándose por grados insensibles desde el mayor al más pequeño. Si la

geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último...”.-

Este principio de racionalidad de la pena que dimana de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos por el Estado argentino, exige que élla guarde cierta proporcionalidad con la magnitud del delito, esto es con el injusto y con la culpabilidad (cfr Zaffaroni, Tratado, Ediar , T° V°, pág 113). Ya el colega ha puesto de manifiesto la desproporcionalidad que muestra la sanción conminada para la portación de armas por quien goza de libertad caucionada con la de otros delitos que afectan de manera real los bienes jurídicos tutelados por la norma. Pero además, si dirigimos por un momento nuestra atención a las motivaciones del legislador para fijarle una pena mínima tan desmesuradamente alta a esta conducta y dejando de lado las críticas hechas por la doctrina por el apartamiento del principio de culpabilidad también abordado por el colega, destaco que todos ellos han puesto el acento en la necesidad del encarcelamiento preventivo. El dictamen de comisión, explícitamente lo señala cuando sostiene “a los fines de hacer inexcusable la portación de armas de guerra se ha corregido la escala, aumentando ...los mínimos y los máximos...”, propósito que enfatiza tanto el Dip. Damiani afirmando que es voluntad del legislador que quien porte un arma no pueda gozar de los beneficios de la excarcelación o de la eximición de prisión como el Dip. Picheto que se expresa de manera similar. Nada más lejos del fin de prevención especial de la norma más allá que podría cuestionarse el propósito de burlar las autonomías provinciales en tanto se condicionan los mínimos y máximos de pena a los topes fijados por las leyes procesales a la libertad caucionada.-

Esta Cámara reiteradamente ha sostenido que el encarcelamiento preventivo sólo puede justificarse por la necesidad de garantizar la realización del derecho sustancial, sea por la posibilidad de que el acusado la frustre sustrayéndose a la jurisdicción o alterando u ocultando prueba .La Exma.

CSJN en ese sentido, sostuvo en la causa "Nápoli" (Fallos 321:33630) que las medidas de coerción procesal durante el proceso "...sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva como medida de coerción procesal- conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia ..., esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones..." y "...la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas por más aberrantes que puedan ser- como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada..."-.

Hoy, aún cuando con la Ley 25.886 se haya pretendido burlar las críticas del Alto Cuerpo a la inconstitucionalidad de las leyes procesales que establezcan la inexcusabilidad de determinados tipos penales, se cae en el mismo error al admitir el legislador que ésta y no otra es la finalidad perseguida con la elevación de los mínimos y máximos para los delitos de portación de armas agravados. (Cfr. Otranto Guido. Armas y explosivos (Ley 25.886, LL 140, 22 junio 2004).-

El DR. MODINA dijo: Adhiero en su totalidad al voto de los Sres. Vocales preopinantes.-

Por todo ello, oídos el Ministerio Fiscal y la Defensa, y disposiciones legales citadas,- - - - -

SE RESUELVE: I.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 189 bis, inc. 2, párrafo 8° del Código Penal.-

II.- CONDENAR a RICARDO JACINTO PAILACURA, de circunstancias personales ya relacionadas, como autor material y responsable del delito PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL SIN AUTORIZACIÓN LEGAL (art. 189 bis inciso 2°, párrafo 3° del Código Penal), a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, manteniendo su declaración de REINCIDENCIA (art. 50 del Código Penal), más las costas del proceso.-

III.- Remítase copia de la presente al Sr. Juez de la V° Circunscripción Judicial con sede en la ciudad de Chos Malal para ser agregada en causa 11.981 Año 2002 y N° 12.035 Año 2002 a los fines que corresponda.-

IV.- Regístrese, notifíquese y si recurrida no fuere, cumpliméntese.

Practíquese cómputo de pena. Comuníquese y archívese.-

REGISTRADA AL N° 83 F° 183 AÑO 2005.- gcv.-

Firmado: Dr. Oscar Antonio Rodeiro - Dr. Víctor Hugo Martínez Dr. Enrique Luis Modina - (Jueces de Cámara) Dr. Juan Pablo Balderrama (Secretario de Cámara Penal).