

**Reg. n° 309/2017**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de abril de 2017, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis M. García, en ejercicio de la presidencia, María Laura Garrigós de Rébora y Gustavo A. Bruzzone, asistidos por el secretario Santiago Alberto López, a fin de resolver respecto del recurso de casación interpuesto a fs. 547/549 en esta causa n° 77.996/2014, caratulada **“Villaverde Marecos, Aldo René y otros s/robo con armas”**, de la que **RESULTA:**

I.- Por sentencia de 19 de noviembre de 2015 (fs. 517/518), el Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 condenó a Bernardo Barúa Esquivel a una pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo con armas, en grado de tentativa, *en concurso real* con el de portación ilegal de arma de guerra (punto dispositivo I) y lo declaró reincidente (punto dispositivo III). Asimismo, condenó a Aldo René Villaverde Mareco a una pena de un año y seis meses de prisión en suspenso y costas, por considerarlo partícipe necesario penalmente responsable del delito de robo en poblado y en banda, en grado de tentativa (punto dispositivo VI), y le impuso, como reglas de conducta, que fije domicilio y se someta a un patronato, por el término de dos años (punto dispositivo VII). Por último, absolvió a Marcos Reynaldo Reyes, a solicitud fiscal (punto dispositivo IV).

Los fundamentos de la sentencia fueron redactados por pieza separada, según lo autoriza el art. 400 CPPN (cfr. fs. 528/545).

El tribunal dio por acreditado que el 23 de diciembre de 2014, a las 16.00 horas aproximadamente, Bernardo Barúa Esquivel y otros dos individuos no identificados, ingresaron en el local de venta de insumos para computación "Seisa", sito en la calle Tucumán 2350 de esta ciudad, llevando el condenado una pistola marca "Colt", modelo 1927, del Ejército Argentino, arma de guerra que contaba con cinco municiones y una bala en la recámara, con la que, tras amedrentar y atar a cuatro empleados con precintos y cinta de embalar, e intimidar a la cajera, sustrajeron con la ayuda

de esta última la suma de \$33.035 de la caja registradora. Tras ello se retiraron, y Barúa Esquivel y uno de los individuos que lo acompañaba - quien luego pudo darse a la fuga- subieron a un "Volkswagen Polo" que aguardaba en la esquina, cuyo conductor era Marcos Reynaldo Reyes y su acompañante Aldo René Villaverde Mareco.

En esa ocasión, conciente de que eran perseguidos por personal policial, Barúa Esquivel ingresó al automóvil, apuntó con el arma al conductor y le ordenó que avanzara. El conductor puso en marcha el vehículo pero lo detuvo ante la presencia policial, mientras que Barúa Esquivel “empuñó un arma que llevaba en la cintura, cerca de la ingle y la montó, pero finalmente la dejó caer entre sus piernas”.

**II.-** Contra esta decisión, el defensor de elección de Bernardo Barúa Esquivel, interpuso recurso de casación (fs. 547/549), que fue concedido (fs. 550), y no obstante no haber sido mantenido, fue declarado admisible (cfr. las dos intervenciones de la Sala de Turno de fs. 556 y 563).

El recurrente encauzó sus agravios en el primer inciso del art. 456 CPPN, por entender que existió una errónea aplicación del art. 189 *bis* CP. Si bien también mencionó agravarse de errónea aplicación respecto de los arts. 224, 225, 230, 239 y concordantes, 530 y 531 CPPN, no desarrolló tal agravio ni explicó qué relación existiría entre algunas de esas normas y este proceso, ni qué interpretación cuestiona respecto de las otras.

Alegó el defensor que el peligro del que el legislador pretendió proteger a la sociedad al tipificar la conducta de portación ilegal de armas, ya tuvo lugar en el robo con armas de fuego, por lo que “*deja de tener vigencia la portación de la misma*”.

Adujo que “*no puede escindirse el robo con armas, y la portación de la misma, ya que todo sucedió además en un muy corto plazo de tiempo y en un solo hecho criminal*”.

Como consecuencia de ello solicitó, como conclusión, que se “*califique el hecho como constitutivo del delito de Robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa, en los términos del art. 166, inciso 2º, Párrafo 2º y 42 del Código Penal, y se lo condene al mínimo establecido para dicho ilícito*”.

**III.-** Ninguna parte compareció a la audiencia fijada para el 30 de marzo pasado, a tenor del art. 468 CPPN (fs. 567), por lo que se llamó a autos para dictar sentencia.

Efectuada la deliberación y conforme a lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

El juez **Luis M. García** dijo:

**1.-** La jurisdicción de revisión debe circunscribirse a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

**2.-** El *a quo* consideró probado que “Barúa Esquivel no sólo entró al local junto con dos sujetos no individualizados, sino que además portó el arma que posteriormente fuera secuestrada [...]” y que tal “[...] portación de la pistola por parte de Barúa excedió el hecho del desapoderamiento, cuando la portó ya en el interior del rodado y la usó para apuntar a Reyes con el fin de que se alejaran rápidamente del lugar”, base fáctica que la defensa no cuestiona.

Lo que cuestiona el defensor de Bernardo Barúa Esquivel es la interpretación que el *a quo* realizó del art. 189 *bis*, inc. 2, párrafos 3 y 4, del Código Penal, sosteniendo que el tribunal llevó a cabo “una incorrecta calificación de los hechos, a los que se les aplica una regla que no corresponde, y ello a causa de una defectuosa subsunción”, afirma un error *in iudicando*, que en rigor no remite solamente a esa disposición, sino que involucra la discusión sobre la existencia de concurso de delitos y de la aplicabilidad de los arts. 54 y 55 CP. En concreto, alegó que la portación de arma que se le atribuyó a su asistido debía ser descartada en razón de que el peligro que su conducta generó ya había sido concretado con la realización del robo con armas por el que también fue condenado. Sin mencionarlo, está proponiendo que en estos casos se debe estar a la regla del concurso aparente. Esta tesis no es de recibo.

He sostenido con anterioridad que la existencia de consunción de una figura por otra presupone que todo el injusto de una está ya contemplado o comprendido en el injusto de la otra. Tal no es el caso de

los arts. 166, inc. 2, y 189 *bis*, inc. 2, tercer párrafo, CP. Por cierto el empleo de un arma de fuego en la ejecución del robo hace más concreto y próximo el peligro abstracto que está en la base de la incriminación de la segunda figura legal; sin embargo, la ejecución del robo con armas no comprende en todo su alcance el carácter peligroso de la conducta de circular por la vía pública con un arma de fuego, sin autorización, peligro abstracto que no se agota en su empleo para cometer un delito determinado y que afecta a todos los que circulan en la vía pública en el contexto temporo-espacial de acción del agente (confr. mi voto como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa 8997, “*Douglas Bais, Kevin s/recurso de casación*”, sent. de 9/12/2010, reg. n° 17.083; y recientemente en esta Cámara, Sala I, causa n° 27.135/14, “*Bobba, Juan Marcos y otros s/tenencia de arma*”, rta. 6/4/2017, reg. n° 235/2017).

Observo, no obstante, que en este caso, la portación del arma de fuego por parte de Bernardo Barúa Esquivel se mantuvo en el marco del mismo hecho de robo con armas. Comprende el art. 164 CP que la violencia física en las personas “sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”.

Ahora bien, según el hecho establecido en la sentencia Bernardo Barúa Esquivel ejecutó violencia, amenazando con un arma al conductor del rodado, conducta que encuadra en el tercer supuesto. En efecto, la exhibición que llevó a cabo al apuntar al conductor para que iniciara la fuga, tuvo por objeto lograr la impunidad de la sustracción que aún no se había consumado. Lo mismo cabe decir respecto de su accionar ante el personal policial que los alcanzó y detuvo su marcha. En efecto, no le fue atribuido que previo a su ingreso en el local "Seisa" hubiera tenido en su poder el arma en condiciones de uso, y la portación del arma desde el momento en que salió del comercio hasta ser detenido se incluye, como observo, dentro del robo con armas aún no consumado.

Ello lleva a hacer lugar parcialmente al recurso de casación y a modificar la calificación por la que Bernardo Barúa Esquivel viene condenado, en cuanto a la relación concursal entre las figuras de robo con

armas y de portación ilegal de arma de guerra, que cae bajo la regla del concurso ideal (art. 54 CP) y no real (art. 55 CP), como se subsumiera en la sentencia.

**3.-** Respecto de la graduación de la pena, el defensor de elección de Bernardo Barúa Esquivel se limitó a solicitar que “se lo condene al mínimo establecido para dicho ilícito” en consideración al cambio de calificación pretendido. No objetó, sin embargo, las consideraciones del tribunal para mensurar la pena impuesta a su asistido.

Si bien he propuesto al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación y modificar la relación concursal de la calificación oportunamente establecida, tal circunstancia no justifica, en las circunstancias del caso, que como consecuencia, se derive una disminución en el monto punitivo. En efecto, la valoración como agravante del corto lapso por el que el tribunal estimó que correspondía aplicar portación de armas, se ve compensada, aun con el cambio de calificación, por el riesgo a la integridad física de las personas próximas, y transeúntes, en ese período en el que apuntó al conductor el vehículo para que se diera a la fuga y manipuló el arma cuando fue abordado por personal policial.

A ello se suma que en el recurso no se hace ninguna crítica concreta respecto de la incorrección de las circunstancias valoradas en la sentencia para arribar a la pena finalmente impuesta.

Por ello, ante la gravedad de los hechos perpetrados por el imputado, corresponde mantener la escala punitiva fijada, y hacer solo una declaración del derecho aplicable (art. 472 CPPN).

Por lo expuesto, propongo al acuerdo que se haga lugar parcialmente al recurso de casación, se rectifique el punto dispositivo I, calificando la conducta como robo con armas, en grado de tentativa, en concurso ideal con portación no autorizada de arma de guerra, manteniendo la pena de cinco años de prisión y accesorias legales oportunamente fijada.

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

Adhiero al voto del juez García y, en cuanto al planteo referido a la regla de aplicación respecto del concurso de delitos entre el

robo con arma de fuego y, su tenencia o portación, me remito a lo sostenido en la causa “*Bobba*”, invocada por el colega.

Así voto.

La jueza **María Laura Garrigós de Rébora** dijo:

Por compartir los fundamentos en lo atinente al tipo de concurso conformado por los hechos atribuidos, así como en su incidencia en el monto de la sanción impuesta, adhiero al voto del juez García.

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **RESUELVE:**

**HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa de Bernardo Barúa Esquivel, **RECTIFICAR** el punto dispositivo I de la sentencia recurrida, y **CALIFICAR** la conducta atribuida al nombrado como robo con armas, en grado de tentativa, en concurso ideal con portación no autorizada de arma de guerra, manteniendo la pena de cinco años de prisión y accesorias legales oportunamente fijada. Sin costas en atención al resultado parcialmente favorable del recurso (arts. 456, 465, 470, *a contrario sensu*, 472, 530 y 531 CPPN).

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

MARÍA LAURA GARRIGÓS  
DE RÉBORI

LUIS M. GARCÍA

GUSTAVO A. BRUZZONE

Ante mi

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ  
SECRETARIO DE CÁMARA