



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129961-1

“Bulacio, Fernando Ezequiel s/
Recurso extraordinario de in-
aplicabilidad de ley en causa
N° 78.052”

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal rechazó -por mayoría- íntegramente el recurso de casación interpuesto por el Defensor Oficial de Fernando Ezequiel Bulacio contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 7 del Departamento Judicial de San Martín que lo condenó a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas y multa de mil pesos, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego y por la participación de un menor de edad, autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (hechos en causa 1922), y por resultar autor penalmente responsable de los delitos de resistencia a la autoridad y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (hechos de la causa 2005), todos ellos (cuatro hechos) concursados realmente entre sí; y por otro lado revocó la libertad condicional dispuesta en causa 1609 de ese mismo órgano jurisdiccional, y dictó pena única, en forma compositiva, de once años de prisión, accesorias legales y costas y multa de mil pesos (v. fs. 25 y 61).

II. Frente a lo así resuelto, la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 67/75).

P-129961-1

Denuncia como primer agravio, que la sentencia atacada resulta arbitraria por apartamiento de las constancias de la causa, errónea aplicación del art. 41 *quater* del C.P. y afectación al principio *in dubio pro reo*.

Repasa el recurrente los argumentos brindados por el *a quo* para desestimar el agravio a la errónea aplicación del art. 41 *quater* del C.P., donde se citó especialmente jurisprudencia de la Corte Provincial (causa P. 111.446). Sobre tales fundamentos cuestiona que el citado precedente sólo se asemeja al presente caso en cuanto a las cercanías de las edades, pero se apartó de las constancias de esta causa, y que además presenta la característica de ser un "caso marginal".

Señala que el voto mayoritario del Tribunal de Alzada se apartó de las constancias de la causa, no sólo en punto a la falta de fundamentación por el sentenciante de cómo conocía Bulacio que F. tenía diecisiete años de edad, sino que F. no se lo tuvo como interviniente en el hecho tramitado en el fuero de responsabilidad penal juvenil.

Expone que la sentencia de grado dió por probado que F. aguardaba a Bulacio y dos sujetos mayores de edad, en un automóvil para darse a la fuga; y de ello sostiene que el pronunciamiento del *a quo* se apartó de las constancias de la causa, en tanto no resulta este un supuesto de aquellos invocados en el precedente de la Corte local, desde que no se puede afirmar con certeza qué rol cumplió F. en el evento,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129961-1

surgiendo una duda en si fue partícipe del hecho en el correspondiente fuero.

Por ello, entiende que no puede aplicársele la agravante genérica del art. 41 *quater* del C.P. y solicita que se reenvíe al órgano de alzada para que, debidamente integrado, dicte una resolución conforme a derecho.

Como segundo agravio, denuncia que la sentencia es arbitraria y que se ha aplicado erróneamente el art. 189 bis, inc. 2 párrafo primero y tercero del C.P., transgrediendo el debido proceso, la defensa en juicio, y los principios de culpabilidad por el acto y de reserva.

Afirma que el *a quo* se ha apartado de las constancias de la causa para confirmar la tipicidad de la conducta por la que Bulacio fue condenado como autor del delito de tenencia ilegal de arma de uso civil.

Señala que lo que la ley sanciona en el art. 189 bis del C.P. es la tenencia o portación de un arma de fuego cuya ofensividad coyuntural se acredite en el caso. Expone que la pericia balística poseía un estado de conservación general malo y el funcionamiento teórico en vacío de los disparos era anormal, sólo resultando apta para el disparo utilizando una técnica manual; añadiendo el recurrente que del acta de procedimiento y secuestro, la misma se encontraba descargada; en base a ello, sostiene que tal inidoneidad no ha puesto en peligro siquiera al bien jurídico, transcribiendo en el voto del Dr. Mancini en apoyo de su postura.

Por último, arguye que aquella exigencia -estar cargada el arma de fuego- deriva de que para tener por configurado el delito

de peligro abstracto, antes que nada se debe acreditar que se está en presencia de un peligro para el bien jurídico (antijuridicidad material), más allá de la concreción o abstracción del mismo y es lo que la doctrina y jurisprudencia clasifican en "delito de peligro abstracto" y delito de "peligro presunto", reservando la validez constitucional sólo para el primero.

Concluye que el proceder sentencial cuestionado es arbitrario y ha conculcado el debido proceso, la defensa en juicio, y los principios de culpabilidad por el acto y de reserva (v. fs. 75), requiriendo que se case la sentencia y se reenvíe al *a quo* a fin de que debidamente dicte una nueva decisión conforme a derecho.

III. El Tribunal de Casación Penal resolvió declarar admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 76/78 vta.).

IV. El recurso incoado por la Defensora adjunta no puede ser atendido.

En relación al primer agravio, esto es, errónea aplicación del art. 41 *quater* del Código Penal, cabe recordar que el Defensor Oficial de instancia, al interponer el recurso de casación, se agravio en este tópico indicando que "no ha habido un aprovechamiento" por parte de su defendido -Bulacio- sobre el otro sujeto aprehendido -F.-, actuando ambos en un pie de igualdad, mediante una división funcional de tareas (v. fs. 31 vta.), agregando que la voluntad del legislador fue incrementar la pena para aquellos que "se valen de menores" (v. fs. 32), citando las palabras de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-129961-1

diputada Stolbizer y la senadora Conti y jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, en apoyo de su postura.

Frente a ello, el *a quo* sostuvo -con el voto de los Jueces Ordoqui y Celesia- que: *"...en cuanto al tema en tratamiento no desconozco que, recientemente la Suprema Corte de Justicia determinó los alcances que debe otorgarse a la previsión del art. 41 del CP (causa P. 111.446 y su acumulada P. 111.944). Así, el Alto Tribunal interpretó que el legislador privilegió un criterio amplio frente a otras fórmulas más restrictivas, debiendo interpretarse que quedan abarcados en la agravante hechos cometidos 'con la intervención de menores' por sobre aquellas definiciones que comprenden el aprovechamiento como la utilización de menores' y el 'servirse o valerse de menores'"* (fs. 59 y vta.).

La Defensora ante el Tribunal de Casación sostiene, en el recurso bajo análisis, que el voto mayoritario se ha apartado de las constancias de la causa por no haberse probado que su asistido conociera la edad de F. (v. fs. 71 y vta.). Este elemento subjetivo de la agravante en cuestión, al entender de la recurrente, no fue probado, remitiéndose a las afirmaciones realizadas por el voto minoritario del juez Mancini. Por otro lado, indica que tampoco se probó que a F. se lo haya tenido como interviniente en el hecho tramitado en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil (v. fs. 71).

En base a estas breves consideraciones, y sin que el voto mayoritario haya abordado esos extremos subjetivos y objetivos,

P-129961-1

entiendo que los reclamos que presenta la impugnante resultan novedoso, desde que no fueron llevados a conocimiento de la Casación al tiempo de interponer el recurso respectivo y su introducción ante esta jurisdicción extraordinaria deviene extemporánea, conforme la asentada postura de VVEE en la materia (doct. art. 451, CPP, cfr. P. 106.032, sent. del 20/10/2010; P. 105.321, sent. del 10/3/2011; P. 100.034, sent. del 11/4/2012, P. 97.547, sent. del 20/3/2013; P. 113.196, sent. del 26/3/2014, entre otras).

En efecto, la defensora ha mutado los motivos de agravio y pretende ahora un nuevo examen de la cuestión modificando -ante esta Corte- los argumentos con los que previamente había criticado la aplicación de la agravante mencionada. Así, y si bien en ambas ocasiones la pretensión fue la misma -que no se aplique el art. 41 *quater* aludido- los motivos alegados en esta instancia son diversos a los que se formularan ante el órgano casatorio (doct. art. 451, C.P.P.; P. 105.006, sent. de 3/4/2014 y sus citas).

El segundo agravio, tampoco puede ser atendido.

Si bien en el recurso de casación no se planteó la atipicidad del hecho III (v. fs. 12), sí lo hizo la Defensora ante el Tribunal de Casación Penal (v. fs. 42 vta.), lo que motivó al *a quo* a ingresar al mismo (v. fs. 59 vta. y 60).

Allí se sostuvo que es un "*sano criterio afirmar que la tenencia de un arma de fuego, cuyo mecanismo de funcionamiento se encuentre funcionalmente apto, aún descargada, lesiona el tipo previsto en el*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129961-1

artículo 189 bis párrafo cuarto. Ello así, pues lo que la ley tutela, es que aquel peligro detectado ex ante por la norma (potencia) pueda hacerse realidad (acto) lesionando algún bien jurídico. Lugar común en todos los delitos denominados de 'peligro abstracto'. Entonces, cualquier arma de fuego, cuya potencia pueda devenir el acto lesivo, la encontraré alcanzada por la norma prohibitiva" (fs. 60).

Frente a estas consideraciones, la recurrente reedita sus críticas, sin demostrar que la interpretación de la norma penal efectuada por el *a quo* resulte incompatible con la normativa constitucional o convencional, en la medida que no acompaña las denuncias de violación al debido proceso, la defensa en juicio y los principios de culpabilidad por el acto y de reserva (v. fs. 75), con el desarrollo argumental suficiente, vinculado a las concretas constancias de la causa.

Sin perjuicio de ello, considero que el criterio adoptado por el *a quo* es acertado.

El art. 3 inc. 1 del Decreto Nacional n° 395/75, reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos n° 20.429, establece que arma de fuego es "[l]a que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia" y, por otra parte, los incisos 19 y 20 disponen que "Cartucho o tiro: Es el conjunto constituido por el proyectil entero o perdigones, la carga de proyección, la cápsula fulminante y la vaina, requeridos para ser usados en un arma de fuego" y "Munición: Designación genérica de un conjunto de cartuchos o

tiros", respectivamente.

Esta diferencia de tratamiento, entre *arma de fuego* y *munición* implica que son cosas diversas y, a pesar de que una necesita de la otra para funcionar integralmente -producirse el disparo-, que el arma esté cargada con munición, no es una exigencia de la figura penal aplicada para encuadrar la conducta de Bulacio. En efecto, lo único solicitado por el tipo penal es que se trate de un arma de fuego, extremo probado y no controvertido en las presentes actuaciones (v. fs. 22).

Lo dicho, va en línea con la doctrina legal de esa Suprema Corte de Justicia que, en reiteradas oportunidades, ha dicho que la figura del art. 189 bis, tanto para el primer como el segundo párrafo del ap. 2 del Código Penal (tenencia de arma de fuego de uso civil o de guerra) "*presenta una especial configuración incriminando conductas independientemente del hecho que constituyan una lesión o pongan en peligro concreto un bien jurídico; se trata de uno de los llamados delitos de peligro abstracto (conf. P. 53.712, sent. del 17/II/1998; P. 57.234, sent. del 28/IV/1998; P. 57.217, sent. del 9/II/2000; P. 63.531, sent. Del 19/II/2002; P. 64.434, sent. del 26/II/2003; P. 75.078, sent. del 4/VI/2003; P. 90.511, sent. del 6/VII/2005; P. 78.616, sent. del 15/III/2006; entre otros precedentes). En ese ámbito, no es una exigencia del tipo que las armas posean capacidad ofensiva para el caso concreto; la figura sólo requiere una relación tal que posibilite al sujeto ejercer un poder de hecho sobre el arma, de modo que pueda disponer físicamente de ella y que las mismas sean detentadas sin*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129961-1

autorización legal (conf. P. 63.531, sent. del 19/II/2002; P. 68.313, sent. del 12/III/2003; P. 74.842, sent. del 16/III/2005; P. 65.582, sent. del 31/X/2007)." (causas P. 115.447, sent. del 26/12/2013).

Esta postura resultó aplicada también al resolver en causas P. 115.035 de 20/8/2014; P. 116.525 de 3/9/2014; P. 119.570 del 15/10/2014; P. 117.556 del 27/5/2015 y P. 123.960 de 18/10/2017, doctrina vigente que impone, a mi entender, convalidar lo dicho por el Tribunal de Casación Penal.

V. Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en autos por la Defensora Adjunta a favor de Fernando Ezequiel Bulacio (art. 496, CPP).

La Plata, 29 de noviembre de 2017.


Julio M. Conte Grand
Procurador General

