En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 04 días del mes de diciembre del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **“M., C. J. y otros s/ robo agravado con arma de fuego en poblado y en banda en grado de tentativa”** (Expediente N° 21.327 - F° 75 - T.II – 2008 – Letra “M”).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 60: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El Juez **Rebagliati Russell** dijo:

I. Contra la sentencia definitiva que condena a C. J. M. la defensa interpuso impugnación ordinaria.

El Tribunal Unipersonal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, integrado por el doctor G. A. M., mediante sentencia del día primero de abril de dos mil ocho, condenó a M. como autor material y penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de guerra, citando el artículo 189 bis, inc. 2°, cuarto supuesto del Código Penal, imponiéndole la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas, por el hecho

ocurrido en esa ciudad el día 4 de abril de 2007 en perjuicio de la Seguridad Pública.

El objeto procesal sobre el cual se abrió el debate lo constituyó la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal, la cual se describió de la siguiente manera: *"El día 4 de abril de 2007 siendo aproximadamente la hora 01.00, personal policial tomó intervención a raíz de un presunto ilícito cometido en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco lo que determinó la persecución de dos rodados que huían uno detrás del otro por el camino costero, pasando en su fuga por detrás del restaurante "El Náutico", la Cruz Roja y el Hospital Alvear hasta llegar a la Avenida Quintana donde el rodado Renault 9 que iba primero en la caravana dobló hacia la derecha continuando su fuga en dirección a la Ruta Nacional N° 3 y el segundo rodado Renault 9 dominio ****** tomó por calle Ignacio Warnes, siendo éste último perseguido por el Oficial C. que al llegar a calle Ramos Mejía dobló continuando por Azopardo, luego General Villegas hasta detenerse en el semáforo de Avenida del Libertador donde resultó interceptado, individualizado y aprehendido M. procediéndose al secuestro del interior de la guantera de un arma de fuego tipo pistola, marca Taurus, calibre 45 ACP, modelo PT 945 cachas plásticas, con cargador, cargada con una bala en la recámara y dos en el cargador, no teniendo*

autorización para su portación”.

II. Que a fs. 34/41 se encuentra agregada la impugnación interpuesta por el defensor particular, doctor A. D. F., quien ataca el fallo desde dos aspectos: uno fáctico y otro jurídico.

La primer crítica se relaciona con la fundamentación, sosteniendo que no resiste el control de logicidad.

En lo fáctico, dice:

- que el tribunal se equivoca cuando juzga la tenencia o portación de arma de fuego como un hecho único y autónomo del robo con armas en grado de tentativa, por el cual fuera sobreseído su asistido. De esta manera, a su juicio, habiendo sido sobreseído por el robo con armas, indefectiblemente caía la figura de la tenencia, ya que entre ambos delitos existiría un concurso ideal;

- que no se constató en un principio si el arma estaba cargada y si era apta para disparo;

- se desconoce la identidad de los testigos de actuación;

- se practica la pericia balística un mes después del hecho;

- el perito balístico determinó que el arma analizada es de uso civil condicionado, y que por esta calificación hubiese correspondido la pena comprendida en el artículo 189 bis, inc. 2° párrafo 3°.

En lo jurídico sostiene que el recurso se

cimienta no sólo en los artículos 54 y 189 bis, inc. 2°, párrafo 3° del Código Penal, sino también en los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional.

Por último, cuestiona que no se aplicó el beneficio de la duda a favor del imputado, que el magistrado ha actuado con total parcialidad al forzar los elementos probatorios ventilados en el debate para lograr una sentencia condenatoria.

III. Planteados los motivos de la impugnación, cabe analizar si los mismos resultan procedentes.

Está fuera de discusión que C. J. M. fue interceptado por personal policial circulando en el vehículo Renault 9 dominio ******, encontrándose en el interior del rodado una pistola marca Taurus calibre 45, con una bala en la recamara y dos en el cargador.

El primer planteo esbozado por la defensa se relaciona con la calificación legal, ya que a su criterio existió entre los delitos investigados un concurso ideal. Así, sostiene que habiendo sido sobreseído por el robo con armas, cualquier otra acción relacionada con aquél hecho debería haber tenido la misma solución.

En este punto habré de disentir con el planteo, correspondiendo el rechazo del mismo.

El criterio sentado por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, emitido en causa “M., A.J. s/ recurso de casación” del 17/05/2002,

y citado en su obra por Edgardo Alberto Donna, ha sido que: *“El delito de robo con armas y la portación de la misma, sin la debida autorización, constituyen dos acciones típicas distintas que se superponen sólo parcialmente en el tiempo, coincidiendo nada más que en un lapso determinado...”* .

En el caso en estudio el sujeto fue aprehendido con el arma momentos después de cometerse el robo, motivo por el cual aquella figura cobró independencia fáctica y se puede separar de la otra conducta que en principio se le había imputado.

En síntesis, existieron dos hechos independientes, con naturaleza diferente, ya que la portación del arma de guerra importa un delito de peligro abstracto de carácter permanente, y consecuentemente, habiendo sido sobreseído por el robo con armas, puede continuarse la investigación por este delito.

Asistió razón al a-quo al juzgar los hechos bajo la órbita del concurso real, y deberá rechazarse el planteo en este sentido.

El segundo grupo de agravios dentro de lo que la defensa llamó *“en lo fáctico”*, tiene que ver con las características del arma.

Según se desprende de la investigación, y así lo plasma la sentencia, el arma secuestrada tenía un cargador con dos balas, una en recámara y era apta para el disparo.

Lo que el tipo requiere es la creación de un peligro común, y esta circunstancia tiene que ver con el funcionamiento del arma y si se encuentra en condiciones de ser utilizada.

En el caso bajo análisis se han acreditado las dos circunstancias; se encontraba cargada y su funcionamiento era normal, y la crítica del defensor es inocua para invalidar la sentencia.

Como bien lo indica el sentenciante, el procedimiento policial llevado a cabo para lograr el secuestro del arma se hizo cumplimentando las exigencias legales, y el personal policial interviniente detalló acabadamente en qué condiciones se encontró la pistola.

Aclarado ello, responderé al último punto del recurso.

El artículo 189 bis del Código Penal distingue entre armas de uso civil y armas de guerra, y entre la tenencia y la portación de las mismas.

Por otro lado, el decreto reglamentario 395/75 distingue entre armas de uso civil y armas de uso civil condicional.

De la lectura de estas normas surge claramente que el arma de uso civil condicional **no** es de uso civil, es un arma de guerra. Habrá de tenerse en cuenta para la calificación que las armas de fuego de uso civil condicional son todas aquellas mencionadas en el artículo 5° del decreto de referencia, y que el arma de guerra,

reitero es de uso civil condicional.

Entonces, habiendo determinado el perito la calificación –arma de uso civil condicional– el hecho bajo examen ha sido correctamente encuadrado, y la punibilidad que le corresponde va desde los tres años y seis meses de prisión a ocho años y seis meses.

Como colofón sostengo que, en definitiva, más allá de los argumentos planteados en el recurso, el Juez ha desarrollado prolijamente su convicción, describiendo los elementos probatorios que lo llevaron a decidir de la manera en que lo hizo, dando los fundamentos de hecho y de derecho y utilizando la lógica y el sistema de la sana crítica.

Por todo lo expuesto, voto por rechazar la impugnación y confirmar la sentencia venida en crisis con costas.

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. La presentación del caso que ha realizado el distinguido Juez que opinó antes, hace más fácil la tarea de inspección que emprenderé acto seguido.

Se ha reseñado el objeto del juicio, la sentencia y lo que constituye la materia de la impugnación, por lo que redundar al respecto sería un exceso inconducente.

Emitiré mi voto entonces.

II. Seguiré, en mi escrutinio, el plan que

propone la defensa y así:

a. La ilogicidad de la sentencia

He leído con atención el fallo en crisis y no encuentro fisura en su construcción lógica.

Si por logicidad se entiende la observación de los preceptos del correcto pensar, traducidos en un discurso que no trasiegue ninguno de los principios establecidos: principios de identidad, de contradicción, tercero excluido y razón suficiente, el Magistrado ha cumplido correctamente.

En ocasiones, y he aquí una, percibo que suceden abusos en lo que atañe a la crítica fundada en esas inobservancias, ya que se tilda de "ilogicidad" o de "ausencia de fundamentos" a las discrepancias con el valor que el Juez ha asignado a la prueba, pero no se dan razones que indiquen de qué manera se han contrariado las reglas que enumeramos arriba.

Es verdad que el análisis de la prueba importa un proceso que involucra a la lógica, la definición misma de la sana crítica, como método de análisis, implica la realización de operaciones intelectuales con apego a aquella; pero el mero disenso –y menos aún cuando no está fundado– acerca de la calidad otorgada a la evidencia no puede justificar una alegación del talante de la formulada.

b. Desmedro de los argumentos defensistas.

b.1. Lo fáctico.

Creo que en su laudable esfuerzo por mejorar la situación de su asistido de él, el señor Defensor no ha sido exitoso.

No ha podido refutar ninguno de los puntos que el Juez tuvo en cuenta para fundar la sentencia en este aspecto pues, como señaló el doctor Rebagliati Russell, el “a quo” fijó correctamente el hecho de cargo basándose en prueba producida en el debate, entre las que se contaron los testigos que participaron en el procedimiento, en el acta que le dio origen y en las fotografías tomadas en consecuencia.

Es más, no ha desdicho cuanto consignara el doctor M. quien en el tratamiento de las cuestiones observó que la defensa había solicitado como prueba la actuación policial “*...y al momento de procederse a la incorporación por lectura de los documentos admitidos en la audiencia preliminar desistió de la misma por considerar suficientemente acreditadas las circunstancias del procedimiento con los testimonios producidos en el curso de la audiencia, no cuestionando tampoco la validez del acto...”* (ver la hoja 30 de la recurrida).

Por consiguiente, si la parte no objetó la incorporación de un documento que fue construido conforme a las reglas, o aún desistió de esa prueba para que no se incorporara al juicio, mal puede exponer su queja en la impugnación si la sentencia le es adversa por el valor de cargo que

se le atribuyó a ese medio, traído por vía del Ministerio Público Fiscal.

No entiendo, sinceramente, cuál es el basamento en que estriba la negación de la defensa en punto a la existencia del arma en el lugar en que fue hallada ni en las operaciones que verificaron su capacidad de disparo.

Si no se denuncia la ruptura de la cadena de custodia, vale decir: si no se ha puesto en vilo que el arma secuestrada fuera aquella sobre la que recayó la pericia o que ésta sufriera modificaciones espurias en su estado durante el intervalo entre la adquisición para el proceso y la experticia, carece de razón el argumento que vanamente se intenta sobreponer a la atinada solución que el Juez dio al tema de los hechos.

b. 2. Lo jurídico.

Aún cuando se sostenga que pueda existir concurso ideal (art.54 del C.P.) entre la figura escogida por el Magistrado y el delito de robo mediante el uso de armas (art. 166 párrafo segundo del C.P.) no considero que sea relevante tratarlo en el caso. Empero, vale aclarar, tampoco percibo error en la adecuación típica del hecho por el que C. J. M. fue condenado.

Ello es así pues el sobreseimiento implica una decisión acerca de los hechos, pero no significa que, si el hecho queda parcelado, como ha ocurrido aquí, se incurra en doble juzgamiento si, sobre la fracción remanente, el Juez sostiene

la existencia de delito.

Si M. fue sobreseído de la atribución de haber ejecutado un asalto a mano armada, pero resulta irrefutable que cuando fue aprehendido llevaba consigo un arma, ese remanente, de constituir delito, no es abrazado por los beneficios de la declaración absolutoria anterior.

En todo caso lo que no ocurrió, pero fue sospechado, resulta una fuente razonable de justificación de la actividad policial que derivó en el hallazgo.

La naturalidad, el hecho, puede escindirse en este caso sin afectación ninguna al principio que pretende erguir el defensor de confianza, y en nada juegan las reglas del concurso que sí inciden cuando otras circunstancias se integran a esa naturalidad.

En otras palabras. La ausencia de prueba de que M. hubiera ejecutado la conducta de robar con armas, no necesariamente disipa del panorama el hecho de que, al ser aprehendido, se le secuestrara un arma y consecuentemente se observe el fenómeno desde esa perspectiva.

No existió superposición o identidad fáctica, luego no se puede hablar de doble juzgamiento pues, repito, lo que ha sucedido es la desaparición de una porción de la imputación originaria que en nada tiene que ver con las reglas concursales que constituyen una categoría

jurídica.

Por fin, creo que la figura seleccionada cuadra perfectamente al caso pues la del art. 189 bis del C.P.,inciso 2°, cuarto supuesto, se completa con el Decreto 395/75, que considera "Arma de guerra" a las "Armas de uso civil condicional" (inciso 5°, del art. 4°), categoría a la que pertenece la secuestrada.

La sanción es razonable y el Juez ha dado buenas razones para ella, tomando en cuenta la escala de que se trata, los antecedentes del atribuido y las circunstancias en que se produjo el suceso.

Por todo ello creo, con mi colega de Sala, que la sentencia debe confirmarse en un todo.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Al expedirme, omitiré toda referencia a los antecedentes del caso y los agravios esgrimidos por el recurrente, remitiéndome para ello a la síntesis que realizó el Juez Rebagliati Russell en el primer sufragio de este pronunciamiento (artículo 25 del Código Procesal Penal).

II. Sobre la solución del caso, coincido con mis colegas preopinantes pues, contrariamente a lo denunciado por la defensa del acusado, juzgo que el fallo ha sido razonablemente construido.

El sentenciante arribó a conclusiones coherentes con la prueba producida, que respondieron al recto entendimiento (lógica); su

razonamiento fue preciso y completo, efectuado con acatamiento a las formas prescriptas por los artículos 25, 330 y concordantes del Código Procesal Penal.

El pronunciamiento cumplió con la exigencia de motivar la condena efectuando la ineludible sucesión racional, dentro de los límites impuestos por la sana crítica, de manera que rechazaré el ataque del impugnante contra los fundamentos de la sentencia.

Durante la audiencia preliminar celebrada el día 25 de septiembre de 2007, la Fiscalía instó el sobreseimiento de C. J. M. con respecto al delito de robo doblemente agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda, con el empleo de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, en grado de tentativa, dado que los testigos del evento declararon no haber podido individualizar a ninguna de las personas que ingresaron al establecimiento educativo. Además, el imputado no fue identificado en rueda de personas, ni siquiera por reconocimiento impropio.

Sin embargo, en el mismo acto, el titular de la acción penal mantuvo la acusación contra el encartado por el delito de portación ilegítima de arma de guerra, en calidad de autor.

Tal como lo afirmaron mis colegas de Sala y el propio sentenciante, las conductas enrostradas fueron material y jurídicamente diferenciables e

independientes entre sí, puesto que la conducta de robar con arma no guardó identidad con la prevista por el art. 189 bis, inciso 2°, párrafo 4° del Código Penal.

Entre los delitos imputados de robo con armas de fuego y portación ilegal de arma de fuego de uso civil condicional, no medió un concurso ideal, pues –además del modo en que se sucedieron los hechos, diferenciados en el tiempo– protegen diferentes bienes jurídicos, situación que impide que entre las figuras penales mencionadas se verifique un concurso ideal o aparente como denunció el impugnante.

El artículo 189 bis, inciso 2°, párrafo 4° del ordenamiento sustantivo protege la seguridad pública y compone un delito de carácter permanente y de peligro abstracto, que se consuma con detentar el arma sin autorización y con independencia de su utilización, mientras que el robo agravado por el uso de armas, tutela la propiedad y es un delito instantáneo que se consuma con el desapoderamiento de la cosa mueble total o parcialmente ajena. Más aun, el primero es un delito de peligro y, el segundo, de resultado.

De manera que, sobreseído M. por el delito de robo en razón de la insuficiente prueba incriminatoria, subsistía la acusación por la portación ilegal de arma de fuego de uso civil condicional por la que fue finalmente condenado.

Los cuestionamientos de la defensa relacionados con el secuestro del arma y la identidad de los testigos que participaron en el acto, serán desestimados, puesto que las actuaciones en las que constan tales actos no fueron objetadas oportunamente por el impugnante.

Incluso, el Juez dejó sentado en su sentencia (fs. 30, cuarto párrafo) que la propia defensa había solicitado como prueba las actuaciones policiales y al momento de su incorporación por lectura al debate, desistió de ellas por considerar suficientemente acreditadas las circunstancias del procedimiento con los testimonios producidos durante el curso del juicio.

El fallo está debidamente fundamentado y la prueba ha sido empleada con acierto por el sentenciante para acreditar los hechos denunciados –con el grado de certeza que la ley requiere– y componer la condena impuesta a M..

III) La sentencia impugnada es una decisión –como anoté– con fundamentos lógicos y legales, correctamente argumentada. El magistrado logró la convicción de la ocurrencia de los hechos objeto del proceso y la participación en ellos de C. J. M.. En resolución, el fallo se adecua a derecho y debe ser confirmado en todos sus términos, con costas (artículos 25, 239, 419 y concordantes del Código Procesal Penal, ley 5478).

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente;

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedente la impugnación de fs. 34/41, con costas.

2°) Confirmar la sentencia protocolizada bajo el nro. 12/2008 de la ciudad de Comodoro Rivadavia.

3°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, R. Russel y Panizzi.-