En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de agosto de dos mil catorce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel Luis María PINTOS**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO** y **Guillermo Alberto MÜLLER**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 6101**, **carpeta individual n° 1186**, caratulada: "**L., M. E. s/ p.s.a. Tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal**" de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial S., en la que tuvo debida participación el Sr. Defensor Público Dr. M. A. M.; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 30 de junio y 4 de julio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de M. E. L., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de M. E. L. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Guillermo Alberto Müller.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Ha generado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor Público, en ejercicio de la defensa técnica del imputado **M. E. L.**, contra la sentencia protocolizada bajo número 206/14 del 3 de abril de 2014, por la que se declarara al nombrado autor penalmente responsable del delito de Tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (arts. 45 y 189 bis inciso 2°, párrafo primero, del Código Penal), en relación al hecho cometido entre el 14 de septiembre de 2012 en perjuicio de la Administración pública, y se lo condenara a la pena de seis meses de prisión en suspenso, multa de pesos un mil ($ 1.000), con costas (arts. 26 y 29 inciso 3° del citado cuerpo normativo).-

1) El recurrente, en su libelo impugnativo, denunció que la sentencia de condena dictada en las presentes actuaciones deviene injusta y

arbitraria, por un lado, y carente de motivación y fundamentación adecuada en punto a la materialidad del hecho enrostrado a su pupilo, entendiendo que de tal modo el *A quo* se ha apartado ostensiblemente de lo normado en los arts. 169 de la Constitución Provincial; 25, 370 inc. 3° y ccdtes del CPP.

Adujo que el arma en cuestión fue secuestrada del domicilio de **M. L.**, en el marco de la Carpeta N° 1125, en la que el 12 de agosto de 2013, el Juez interviniente concedió respecto del imputado la suspensión de juicio a prueba, que se encuentra vigente.-

Alegó que su asistido jamás reconoció que el arma le perteneciera, y mucho menos pudo probar este extremo el órgano acusado, destacando además el informe producido por el RENAR.-

Puntualizó que aunque resulta patente la vulneración al principio *non bis in idem*, si como lo expresó el Juez de la audiencia preliminar el arma no era la misma que se ordenó secuestrar, se estaría ante un procedimiento nulo por afectación de garantías constitucionales (arts. 161 y 178 CPP) -por un lado-, o ante la razonable aplicación del beneficio de la duda -debido a la falta de acreditación de autoría responsable-, que ha sido inobservado arbitrariamente por el Magistrado del debate, conduciéndolo al terreno de una absurda valoración de la prueba rendida.-

A mérito de lo expuesto, solicitó que se revoque la sentencia condenatoria dictada y formuló reserva del caso federal, al entender

que se encuentran trasgredidos principios de raigambre constitucional.-

2) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, la Defensa desarrolló oralmente el recurso remitiéndose a los fundamentos expuestos en el libelo ya reseñado, agregando que la causa fue llevada a juicio en virtud de un desdoblamiento que efectuó el órgano acusador y que reconoce su origen en la Carpeta 1125, en una orden de allanamiento allí expedida. Allí se ordenó la incautación de una carabina calibre 22, que es la que suscitó la formación de esta causa.

Destacó que si nos remitimos a la unidad de de hecho y a la Carpeta 1125, se está ante una clara vulneración al principio *non bis in idem*; de lo contrario, si se secuestró un elemento no autorizado, se está ante un procedimiento nulo de acuerdo a lo normado en los arts. 161, 178 y ccs. del ritual; pero fundamentalmente los argumentos de la acusación, conforman una absurda valoración a la prueba rendida en el debate.-

Concluyó solicitando la absolución de M. E. L. por el hecho enrostrado.-

A preguntas aclaratorias dirigidas por los miembros del Tribunal en relación a que era lo que buscaba la Policía en la orden de allanamiento librada en la Carpeta 1125; a lo que respondió que entre los elementos a secuestrar se señaló una carabina calibre 22, marca “I.”, color marrón, automática, con mira telescópica, y el hecho que se investigaba de

robo a raíz de una denuncia formulada por un ciudadano de apellido P.-

Respecto de otra pregunta respondió que el objeto procesal es el mismo, agregando que es que el Ministerio Público Fiscal nunca probó que hubiera elementos distintos; además la suspensión de juicio a prueba fue por el hecho de Robo contra el Señor P. y por la misma carabina que se secuestró.-

Luego, a otro interrogante, refirió que el arma fue la que se secuestró en la Carpeta Nº 1125 es la misma por la que se condenó en la presente, reiterando que era una parte de arma y que según la pericia tenía aptitud para el disparo aún cuando le faltaba un mecanismo para ello.-

Finalmente y en atención a las aclaraciones formuladas por el recurrente, S.E. ordena que por Secretaría se requiera a la Oficina Judicial de S., la remisión *ad effectum videndi*, de la Carpeta judicial N° 1125.-

El Ministerio Público Fiscal no contestó el emplazamiento ni compareció a la audiencia oral.-

II.- 1) Con fecha catorce (14) de setiembre del año 2012, el Juez Penal de la Circunscripción Judicial de S., Roberto Antonio Casal, hubo de librar la "Orden de allanamiento n° 2558/2012", de la vivienda sita en calle Fontana entre las calles Gral. R. y S. de aquella ciudad (el inmueble se encuentra detrás de un taller mecánico, identificado con la numeración

catastral n° 526 ocupada por M. L.); diligencia judicial que se llevó a cabo a las 17.45 hs. del día referido, y a resultas de la cual se hubo de secuestrar "… (01) arma de fuego, carabina calibre 22, mod. ST 700, serie n° 130417, sin la culata".-

Habiéndose examinado las actuaciones llevadas adelante en la Carpeta Judicial n° 1125, Legajo Fiscal n° 5506, caratulados: "Aguirre Pablo Gabriel y L. M. E. p.s.a. Robo agravado. Damnificado: P., A. O.", que esta Cámara en lo Penal requiriera *ad effectum vivendi*, en la oportunidad procesal del art. 385 CPP -tal como ya se reseñara en el apartado I-, no se advierte que en las mismas se hubiera cuestionado, en algún momento, la validez del registro domiciliario y/o de la incautación de efectos, en razón de la ausencia de identidad entre los bienes indicados en la orden como objetos de la pesquisa (art. 176, inc. 2 C.P.P.), y los finalmente secuestrados. En consecuencia, cualquier pronunciamiento sobre el punto carece de actualidad, y corre el riesgo además de atentar contra el valor de la cosa juzgada material, atento el estado de aquella causa.-

2) En consecuencia, hemos acordado en la deliberación que, estrictamente, no se verifica en el presente caso un supuesto de violación al principio del *ne bis in idem*. Recordemos que el mismo prohíbe, según las diversas interpretaciones conocidas, que nadie sea "sometido a más de un proceso por el mismo delito", o bien "castigado dos veces por el mismo

delito”.-

En tal sentido, y en principio, le asiste razón al Juez *a quo* cuando predica que “aquel legajo”-se refiere al n° 5506 de la Circunscripción Judicial de S.- tramitó con “un objeto disímil al actual”. Ahora bien, sin embargo, no es tan cierto que “el contexto temporo espacial (sic) en que se desarrollaron los acontecimientos”, también fuera “disímil”; ya que, de conformidad a las constancias pertinentes del citado Legajo, en el marco de la citada investigación por el delito de Robo calificado por haber sido cometido en lugar despoblado, perpetrado en perjuicio de A. O. P., tuvo lugar una diligencia de secuestro de efectos (art. 178 CPP) –como ya se anticipara-, en el domicilio donde residía el acusado L. -entre ellos, el que fuera identificado con el n° 4, consistente en una carabina (Mahely, S. Aut.), calibre XX, modelo XX-XXX, serie 130417, sin culata-, basamento de la posterior imputación en su contra por Tenencia de arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal.-

Como puede advertirse, el imputado no fue sorprendido portando un arma de fuego, ni existía ninguna investigación en curso, por denuncia/s de tenencia y/o portación de armas de fuego –o de oficio por la autoridad prevencional-; sino que, a partir de las sospechas sobre su participación en un delito contra la propiedad privada de A. P., que incluía entre los posibles elementos sustraídos, un arma de fuego –pero no cometido

con el empleo de armas de fuego-, es que se practica una diligencia de allanamiento domiciliario, con fecha 14 de setiembre de 2012, con el resultado ya referido *ut supra*. Y al verificarse que el arma en cuestión, hallada en un dormitorio y sin municiones, no era reconocida por P. como propia –cfme. reconocimiento de cosas (arts. 178, 208 y ccs. del CPP) llevado a cabo con fecha 30 de octubre de 2012, en la Carpeta Judicial n° 1125-, como así también luego de ser sometida a una pericia balística, fue recién que se dio comienzo a la presente causa.-

La vinculación entre ambas Carpetas luce, entonces, más que evidente, a punto tal que llama la atención que el acusador público no hubiera solicitado -oportunamente, en la etapa de la acusación-, la "unificación de los juicios", de conformidad a la manda del art. 67 CPP; que debería resolverse por el Juez actuante, "según convenga por la naturaleza de las causas, para evitar el retardo procesal o para facilitar el ejercicio de la defensa".-

Además, tratándose de un delito de "tenencia simple de armas de fuego de uso civil", inclusive podría haber sido viable el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, como se hizo con la imputación de Robo en despoblado (resolución de fecha 12 de agosto de 2013, adoptada en la audiencia preliminar) –aplicando las reglas del concurso material de delitos (art. 55 CP), para determinar el momento de la pena en

expectativa (arts. 76 bis CP y 49 y ss. del CPP)-. Recordemos que aquella figura del art. 189 bis CP, no está comprendida por las restricciones emanadas de la Instrucción n° 003/13 de la Procuración General (para el caso que se hubiera considerado su aplicación, teniendo en cuenta que fue dictada, también, con fecha 12/08/2013).-

Además, resalta otra particularidad de lo actuado en el presente caso, cual es que la prueba pericial balística de marras fue practicada, en verdad, en el citado Legajo n° 5506, con fecha 25/03/2013; pero tenida como base de la acusación pública, y luego también de la prueba de cargo producida en la audiencia de debate, en la presente causa –recordemos: no acumulada a la n° 1125-. De manera que hizo las veces, meramente, de una "averiguación preliminar" (art. 268 CPP).-

El interrogante que se nos presenta, entonces, es si sobre una base probatoria tan endeble, es posible confirmar la sentencia condenatoria.-

III.- 1) Análisis de la tipicidad.-

La jurisprudencia ha sostenido, en casos dudosos acerca del funcionamiento normal del arma, y su idoneidad como tal, que: "… dadas las particularidades del caso, el arma que tuvo A. en todo momento fue un arma legalmente considerada de uso civil …, pues su calibre no sobrepasaba los … mm. y solo podía usarse instalando las balas en la recámara de una en

una; **proyectiles que, por otra parte, tampoco poseía**. Es por ello que … **no cabe encuadrar su accionar como tipificado en el art. 189 bis** toda vez que el arma en cuestión -en las probadas condiciones en que era poseída por A.- no era idónea para provocar el peligro que dicha norma reprime" (cfme. jurisprudencia de la CFed. de San Martín, sentencia del 27/12/91, causa "Aquilano", citada por De Luca, Javier Augusto: "El delito de tenencia ilegal de arma de guerra", edit. Adhoc, Buenos Aires, 1993, pág. 67, el destacado me pertenece; en donde se destaca, además, la estrecha relación del examen balístico sobre la idoneidad del arma, con la noción de peligro para el bien jurídico protegido).-

A mayor abundamiento, enseña la doctrina que: "Los delitos de peligro abstracto, para adaptarse a los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico penal, especialmente a la exigencia de la antijuridicidad material, han de ser expresión de un peligro *real* para bienes jurídicos, lo que se traduce en **la exigencia de la efectiva peligrosidad *ex ante* de la conducta, como atributo de la acción**, siendo absolutamente irrelevante que *ex post* se produzca o no peligro concreto" (cfme. Rodríguez Montañés, Teresa: "Delitos de peligro. Dolo e imprudencia", edit. Rubinzal-Culzoni, año 2004, págs. 397 y ss.), el destacado ha sido agregado al original.-

Entendemos que el presente caso debe ubicarse, dentro de

la “enorme variedad de tipos englobados bajo la rúbrica ‘delitos de peligro abstracto’”, en la categoría de aquellos que están orientados a la “protección de bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizables”, o determinables; en los cuales “ … ha de poder establecerse una relación más o menos inmediata con esos bienes que protegen (normalmente la vida o la integridad)”, siendo necesaria “la constatación de la efectiva peligrosidad de la conducta” (ibídem).-

En particular, acerca de la regulación del “derecho de armas” en Alemania, Roxin sostiene que en la punibilidad de la tenencia de armas no se trata de un adelantamiento de la misma, en el sentido de una penalización de los planes delictivos. Antes bien, se coloca “… bajo pena la apertura de **una fuente de peligro que puede traer con ella muy diversos riesgos de peligro para la vida”**; lo cual es legítimo, ya que por otra parte, son considerados por medio de tipos especiales de permiso, los contraintereses fundados en valores reconocidos (cfme. aut. cit. en su artículo titulado: “Los delitos de tenencia”, traduc. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, en la obra colectiva: “Dogmática penal entre naturalismo y normativismo”, libro en homenaje a Eberhard Struensee, edit. Ad.Hoc, Bs. As., año 2011, págs. 505 y ss.), el destacado ha sido agregado al original.-

2) Duda sobre el peligro corrido por el bien jurídico: en el juicio oral y público no se acreditó, al menos, que L. –no obstante el estado

de “regular” funcionamiento del arma encontrada en el dormitorio-, contara con los elementos necesarios (cartucho a bala calibre 22 largo), y/o estuviera en condiciones de hacerla disparar –aunque sea en la forma ensayada en la prueba de disparo, por la perito C. A. (cfme. informe ya citado, ingresado por lectura al debate, dado que la experta no concurrió al juicio oral: “ …quien suscribe efectuó despiece de (01) cartucho a bala calibre 22 largo, … perteneciente a este Ministerio Fiscal a los fines de efectuar prueba balística solamente con vaina conteniendo el fulminante…. se da lugar a tal prueba en el laboratorio … empleando para ello (01) una morsa a manera de banco de pruebas, se jala la manivela del cajón de mecanismos, se coloca la vaina calibre 22 largo SUPER directamente a recámara y se libera la manivela, incidiendo la púa percutora en el reborde del culote, produciéndose la ignición del fulminante contenido en éste, arrojando resultados positivos. Se retira la vaina de recámara constatando signo de percusión en su reborde y ahumamiento en interior de la vaina…”)-.-

En consecuencia, parece evidente que falta certeza sobre la tipicidad de la conducta, que en casos como el presente debe interpretarse muy estrictamente: “… para evitar caer en críticas sobre una supuesta violación al principio de legalidad, debe haber tanto en el plano legislativo como en el judicial una relación entre la acción y, **por lo menos, la puesta en peligro de un bien jurídico a proteger**, que en definitiva lleva a conminar

tal conducta con una pena. Así el legislador creó esta figura penal sobre la base de determinados datos extraídos de la realidad que la consideraron razonable para los resultados (concretos o abstractos) que tiende a evitar, mientras que el juzgador deberá determinar en cada caso la efectiva realización de todos los elementos del tipo, que previó el legislador, de modo tal de **descartar la tipicidad en aquellos casos donde falte la idoneidad para poner en peligro el valor protegido**. Esta es la razón esencial por la que se exige la prueba de la aptitud del arma para sus fines específicos; no porque haya que establecer una relación causal entre la acción y un determinado resultado, sino para **no punir una mera desobediencia a una manda del Estado**" (cfme. De Luca, ob. cit., pág. 40, con cita de jurisprudencia de la C.C.C. Fed., Sala I, en la que se valoró -para concluir que se había puesto en riesgo el bien jurídico tutelado-, argumentación a contrario, que "las **circunstancias concretas** en que se verificó la tenencia del arma secuestrada" poseían suficiente aptitud para ello); el destacado en todos los casos ha sido agregado al original.-

Se impone entonces, en el presente supuesto, y de oficio, la aplicación del principio *favor rei*, con la consecuente absolución del acusado L., al no haberse verificado una conexión suficiente entre su conducta, y la afectación de intereses merecedores de la tutela punitiva; ya sea la vida o la integridad física de las personas, por el riesgo que supone el

empleo de armas de fuego cargadas y/o de funcionamiento normal; o bien, la libertad y tranquilidad de las mismas, en razón de la intimidación que –a título de ejemplo- se podría ejercer con este instrumento, ya sea en un delito de Amenazas calificadas, o en el caso del Robo con armas de fuego como medio comisivo (recordemos que en la Carpeta n° 1125 se ventiló, en cambio, un Robo calificado por haber sido cometido en lugar despoblado).-

En nuestro voto de la sentencia nº 06/13, dejamos a salvo nuestra opinión, en el sentido que los estándares de interpretación del derecho al recurso del condenado deben ser amplios; como así también que, en determinadas circunstancias, el marco teórico-procesal permite la actuación de oficio, en la etapa de impugnación. Además, la norma del art. 369 CPP, 1er. pár., deja a salvo del principio devolutivo, el debido "control de constitucionalidad"; todo ello nos conduce a la necesidad de analizar cada caso, muy rigurosamente, a la luz del principio constitucional de *lex stricta* -en este particular, en lo concerniente a la tipificación del art. 189 bis, inc. 1º del C.P.- y, más allá inclusive, de la forma como fueron propuestos los agravios, por parte del recurrente.-

IV.- Por todo lo expuesto hasta aquí y observando el resultado de la deliberación, propongo al Acuerdo mi voto afirmativo a esta cuestión.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, ni las posturas de las partes, valiéndome, a fin de evitar repeticiones ociosas, de la reseña realizada por el primer votante de este acto.

II.- La Defensa ha planteado una violación al principio constitucional del "ne bis in idem", pretendiendo que el hallazgo del arma de fuego, cuya tenencia doméstica el acusado no pudo sustentar legítimamente, por la cual se formó la presente Carpeta, se efectuó un Juicio oral, se lo condenó, Sentencia que aquí nos encontramos revisando, se realizó en el contexto de una orden de registro domiciliario en el marco de otros actuados, en los que precisamente se investigaba la sustracción, entre otros, del mentado instrumento.

De allí que, en derredor de la mentada arma de fuego, habría dos reproches simultáneos.

No obstante, de la reseña a la que aludiera en el apartado precedente se desprende claramente que el allanamiento en la vivienda de L. se ordenó ante la sospecha que allí podría encontrarse un arma de fuego sustraída, pero se halló otra, la que hoy nos ocupa, por lo cual, en principio, el objeto de investigación difería del original.

Sin embargo, analizando el caso desde los parámetros consistentes en las exigencias típicas del delito adjudicado; las medidas de investigación dispuestas a efecto de acreditarlas; y la implicancia del derecho

de defensa en Juicio, en uno de sus alcances uniformemente admitidos, como lo es el de contar el imputado con la posibilidad de controlar la prueba de cargo, la crítica del letrado asistente del condenado surte efecto en función de la garantía señalada.

III.- La Sentencia atribuyó responsabilidad penal al encartado por la Tenencia de un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis inc. 2do. primer párrafo del CP.).

Las exigencias típicas de la figura consisten en la relación fáctica, tenencia, entre el sujeto y el objeto (lo que surgía del registro domiciliario, acto procesal ordenado en el trámite de la Carpeta judicial antecedente, no de la presente); la carencia de autorización legal, información suministrada por el Registro estatal pertinente (también en el contexto de la Carpeta antecedente); y en el correcto funcionamiento del arma (pericia efectuada a tal fin, también incorporada en el marco de dicha Carpeta precedente), aspecto este último vinculado a la naturaleza del injusto del que se trata, en el peor de los supuestos interpretativos para el imputado, un delito de peligro abstracto con compromiso del bien jurídico Seguridad común, el que, de no funcionar el instrumento, no se ve afectado y por ende, la conducta del tenedor deviene atípica.

Decimos que nos posicionamos en el peor de los supuestos interpretativos para el imputado, pues al tratarse de la punición de

actos preparatorios, como principio general impunes (art. 42 CP.), existen corrientes doctrinarias que intentan conceptualizar esta clase de ilícitos con una aproximación mayor al peligro concreto, o al menos alejarlos de la "simple actividad", violatoria del principio constitucional de lesividad (Donna, Edgardo Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-C pags. 105 y ssgts. Ed. Rubinzal Culzoni).

Retornando al punto, todas las evidencias de la Tenencia indebida del arma fueron incorporadas en el contexto de los actuados que sirvieron de origen a los presentes. Estos culminaron en la concesión de una solución alternativa al Juicio, la "probation", suerte que no corrió el reproche que nos ocupa, ya que los actuados fueron desligados, y culminaron de la manera referida supra.

Si bien corresponde admitir que tal decisión de desligar los reproches se inscribe en las facultades de investigación, y ejercicio de la acción penal, privativas del Acusador Público, las que por ende, a priori, no es posible cuestionar (art. 112 CPPCh.), el tema pasa a ser resorte de la judicatura en la medida que las decisiones indicadas puedan menoscabar indebidamente garantías constitucionales.

Nótese que aquí el informe del RENAR, y la pericia sobre aptitud del instrumento, fueron efectuados, observando la situación desde el prisma excluyente de la presente Carpeta judicial, previos a la Apertura de

investigación (art. 274 CPPCh.), es decir, para darles un marco conceptual, el único posible procesalmente, dentro de los alcances de la Averiguación preliminar dispuesta por los arts. 268 y 269 del ritual, es decir, cuando aún no había "proceso penal" propiamente dicho, a lo que es necesario adicionar, y reiterar, que el otro elemento decisivo para la Tipicidad del Delito atribuido, la Tenencia, se desprendía del registro domiciliario ordenado en la Carpeta antecedente a la que nos ocupa.

Existían dos caminos, entonces, para el Ministerio Fiscal: o se acumulaban los reproches en la Carpeta original, y el hecho que hoy analizamos quedaba agregado a la sustracción y, probablemente, ambos hubiesen sido alcanzados por la Suspensión de Juicio a Prueba otorgada, ello así pues las escalas a tener presente lo permitían; o se actuaba como en definitiva ocurrió, pero incorporando las evidencias luego de la apertura, en particular la pericia sobre el arma.

Pero de la manera en que se conformaron las presentes actuaciones, cuando se abrió la investigación las evidencias ya habían sido colectadas previamente, por lo que la etapa preparatoria careció de utilidad.

Ello en sí mismo, en principio, no generaría mayores efectos si no fuera que una de aquellas evidencias, era una pericia. Los arts. 195 y ssgts. del CPPCh. regulan la realización de experticias, en lo que aquí interesa, el control por las partes de la designación del experto, la posibilidad

de valerse de consultores técnicos, de proponer temas para que el perito se expida.

Nada de ello pudo efectuar en estos actuados el acusado, pues el examen formó parte, como consecuencia del criterio seguido por el Ministerio Fiscal de "independizar" los reproches, de la mencionada averiguación preliminar inherente a esta Carpeta, y la perito no concurrió al Juicio, cuando a todas luces su dictamen bien pudo haber sido materia de mayor profundización, en un aspecto del injusto, como hemos visto, para nada menor, como lo era el grado de peligro para la Seguridad común del instrumento en sí mismo, a priori, riesgoso.

Se podrá argumentar que ello, a todo evento, constituyó una nulidad de carácter relativo que la Defensa en su oportunidad no planteó (arts. 162 y 163 CPPCh.), pero lo concreto es que, por imperio del art. 369 primer párrafo última parte del rito, no es posible para este Cuerpo confirmar una condena sobre la base de una conducta que no es posible determinar si ha afectado bien jurídico alguno.

Reitero que el principio constitucional de lesividad juega aquí un rol determinante, y eleva la categoría del vicio al de generador de una nulidad absoluta, declarable aún de oficio, en cualquier estado el proceso. (art. 164 CPPCh.).

Es que, así como ha quedado conformado el material

probatorio, resultaba difícil determinar el grado de funcionamiento del arma hallada en la vivienda de L., más allá de la lacónica afirmación de la experta respecto de que su mecanismo funcionaba correctamente, aunque presentaba una serie de desperfectos, específicamente faltante de partes de su mecanismo.

Todo ello constatado en un examen técnico realizado en carácter de averiguación preliminar, por una profesional que cumple funciones dentro de la órbita del Ministerio Fiscal, cuya designación no pudo ser objetada, ni sus conclusiones enervadas, o ampliadas.

En tal contexto, más allá de su mérito, a tal elemento no puede atribuírsele el carácter de "prueba de cargo", y por ende se impone su exclusión (art. 46 Constit. Pcial.), y con ella desaparece la vinculación de la Tenencia del arma con el riesgo al bien jurídico tutelado, la Tipicidad, y el delito.

El concepto de "objeto procesal", determinante en cuanto al principio "ne bis in idem", debe conceptualizarse, en un sistema acusatorio, no solo con parámetros de Derecho sustantivo, sino de Derecho adjetivo, al punto de considerarlo como un medio para decidir sobre la admisibilidad o no de los medios de prueba (Jauchen, Eduardo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I pags. 511 y sgts., Ed. Rubinzal Culzoni).

En tal inteligencia, los medios de prueba (en el sentido

amplio del término) relativos a la Tenencia del arma de fuego que nos ocupa, fueron incorporados en otro trámite, a raíz de otra investigación, generadora de la presente.

Claramente, a título procesal, la original podía ser una Carpeta de objeto múltiple desde lo sustancial, continente de dos hechos por los que el acusado fuera sometido a una solución alternativa. Con ello se hubiera cumplido con el imperativo procesal, y constitucional, de relegar la imposición de pena a la última alternativa del sistema (art. 32 CPPCh.).

IV.- En resumidas cuentas, desde tal prisma, la garantía invocada por la Defensa ha sido violentada, y por ende debe ser subsanada su vigencia, lo que solo es posible lograr mediante la exclusión del material probatorio valorado por el A-quo de la pericia sobre el arma indicada, y sin ella, la Sentencia venida en revisión debe ser revocada sobre la base de que adjudicó responsabilidad penal por un hecho que, regla del dubión mediante (art. 28 CPPCh.), no fue posible determinar si afectó bien jurídico alguno, con lo cual debemos concluir en que la conducta del acusado no fue típica, y por ende proceder a su absolución. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

I.- En función de evitar reiteraciones estériles, he de omitir el detalle de los antecedentes del caso, la postura y términos del acto impugnado, remitiéndome para ello al que luce al comienzo de la presente.-

He de seguir para mi exposición una serie de temas que considero trascendentes para la decisión que se vinculan estrechamente con los puntos de agravio planteados por el impugnante.-

1.- La defensa sostiene enfáticamente que en el caso es concreta la vulneración del principio non bis in idem, puesto que este proceso es derivación de otro en el que quedó comprendida la conducta aquí reprochada.-

Tal situación nos llevó a requerir la carpeta N° 1125 de la Oficina Judicial de S. de la que surge que efectivamente a partir de la investigación de un hecho de robo ocurrido el 28 de agosto de 2012 en perjuicio del Sr. A. O. P., se ordenó librar orden de allanamiento para la requisa de la vivienda ocupada por L. y secuestro de los bienes que fueron sustraídos en la oportunidad, entre ellos una carabina calibre 22 I., color marrón con mira telescópica. La orden se ejecutó el día 14 de septiembre de 2012 y en el registro se encontró un arma de fuego tipo carabina calibre 22, modelo ST. 700, S/N 130417 sin culata, procediéndose al secuestro de la misma.-

En el referido proceso la Fiscal actuante dispuso la apertura de la investigación el 23 de noviembre de 2012 atribuyendo a L. el delito de robo agravado en carácter de coautor (Arts. 167 inc. 1° y 45 del C.P.). Previamente el día 30 de octubre de ese año se produjo un

reconocimiento de cosas como anticipo jurisdiccional de prueba del que surge que el arma de fuego secuestrada no es al sustraída del establecimiento ganadero propiedad del Sr. P. y el día 6 de diciembre de 2012 se realiza la audiencia de apertura de la investigación otorgando el Juez dos meses al Fiscal para concluir con la misma, siendo prorrogada la etapa por un mes y quince días más, formulando acusación el 3 de mayo de 2013, sólo en orden al delito mencionado, para llegar a la audiencia preliminar el 12 de agosto de ese año oportunidad en que se otorgó al imputado la suspensión de juicio a prueba.-

Ahora bien, entre las medidas de investigación preliminar concretadas por el Ministerio Público Fiscal tenemos un informe del Registro Nacional de Armas que da cuenta que el arma secuestrada en el allanamiento no se encuentra registrada, incluso se realizó una pericia sobre la misma a requerimiento exclusivo del Ministerio Público Fiscal y por peritos pertenecientes a su gabinete presentada el 25 de marzo de 2013 de la que surge que pese al estado del arma el mecanismo funciona.-

Puede extraerse sin mayor esfuerzo que inmediatamente después de practicado el allanamiento ya se tenía la seria sospecha que el imputado se encontraba en poder de un arma de fuego en situación irregular y que no era la sustraída al Señor P., hecho que continuó investigando la Fiscal en el marco del Legajo Fiscal N° 5506, sabiendo fehacientemente al 25

de marzo de 2013 que se estaría ante una clara infracción al Art. 189 bis del C.P., no obstante ello y en vez de ampliar la imputación en el caso ya judicializado, decidió formar un nuevo legajo de investigación y requerir la apertura de la misma allá por el 14 de mayo de 2013, es decir luego de la acusación formalizándose el 28 del mismo mes y año dando inicio a esta carpeta N° 1186; de allí que habría dos reproches simultáneos.-

2.- Lo primero que debo decir es que, en un proceso que a esa altura llevaba insumido desde el requerimiento de apertura a la acusación casi seis meses y surgiendo ya de la tarea de investigación preliminar la seria sospecha de la comisión de otro ilícito, se esperó hasta después de formular acusación para formar una nueva causa con pruebas ya obtenidas sin ningún control, proceso que concluye con la sentencia condenatoria que estamos revisando, en tanto el inicial culminó con una suspensión de juicio a prueba.-

A no dudar que este desdoblamiento afectó al imputado pues de haberse formalizado la imputación en la carpeta 1125, correspondiente al legajo fiscal N° 5506, se pudo haber dado una solución única a ambos conflictos posiblemente en los términos del Art. 76 bis del C.P.-

Indudablemente se actuó sin tener presentes los principios de unidad penal, concentración y simplificación, y todo culmina con el absurdo que una persona a la que se le imputan dos hechos acaecidos

simultáneamente investigados en un mismo legajo fiscal se le formen dos procesos penales arribando a soluciones distintas y hasta en parte contradictorios pues se lo colocó a prueba en uno y luego en el otro mereció condena a pena de prisión en suspenso, multa y la imposición de reglas de conducta por el plazo de dos años.-

Desde ya corresponde observar la inactividad de la defensa en este sentido, pues debió en las instancias pertinentes formular las observaciones que ahora, en parte, plantea en el recurso; es más el Juez Penal al que se le adjudicó la nueva carpeta (N° 1186), al celebrar la audiencia de apertura le solicita al Fiscal que informe la actividad que desarrolló durante los ocho meses transcurridos entre el hecho y la decisión del Ministerio Público Fiscal de requerir la apertura de la investigación ya que indudablemente estaba concluida y luego de evacuar la consulta el Fiscal pide dos meses más para culminar la investigación, plazo que le es otorgado y todo ello sin objeción de la Defensa.-

Superada la audiencia preliminar se llega al juicio en el que se hizo valer la prueba ya obtenida en la investigación preliminar iniciada allá a principios de septiembre de 2012 ante la denuncia de robo del Sr. P..-

Debo destacar que al inicio del juicio el defensor ha planteado la nulidad de la acusación por el mismo motivo en que funda la impugnación, es decir la violación del principio non bis in idem y de la

garantía de defensa en juicio.-

3.- Retomando y pasando ya al análisis de la sentencia es claro que, teniendo presente que se le atribuye a M. E. L. la tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (Art. 189 bis del C.P.) y establecido que el arma que se menciona no es la que le fue sustraída al Señor P., la respuesta del sentenciante es ajustada por cuanto no se advierte la violación a la garantía denunciada por la defensa, abonando sus argumentos con jurisprudencia del máximo tribunal nacional, que resulta aplicable al caso.-

Ahora bien lo que no puede convalidarse es una sentencia que se apoya en prueba que no contó con el debido control de la Defensa, ni con posibilidades ciertas de contradicción, me refiero puntualmente a la pericia balística realizada por la Lic. En Criminalística C. A., la que resulta esencial para la construcción de la imputación ya que es imprescindible para que se configure el delito enrostrado determinar la aptitud para efectuar disparos del arma de fuego en cuestión, es decir el correcto funcionamiento.-

Teniendo presente que la acción típica del delito de tenencia ilegítima de un arma de fuego consiste en la mera tenencia de dicho elemento dentro de la esfera de custodia del autor que le permita su libre disponibilidad pudiendo hacer uso de ella a voluntad, y como acabo de señalar, siempre que resulte apta para efectuar disparos, tal extremo no fue

debidamente acreditado y en consecuencia corresponde revocar el fallo en crisis.-

a.- Si bien el motivo central del remedio ha sido la afectación o vulneración del principio “ne bis in idem”, también cuestiona la defensa tachando de arbitraria la sentencia, la valoración de la prueba por el a quo para tener por acreditada la materialidad y autoría del ilícito.-

Como prueba esencial y dirimente recepta el sentenciante el trabajo pericial de la Lic. A. y el Defensor, al momento de argumentar en la audiencia del Art. 385 del C.P.P., ha cuestionado la manera en que se inició este proceso que se apoya en prueba acopiada en otro.-

Sabemos que los fiscales durante la etapa preparatoria tienen la facultad de disponer la realización de pericias y designar a los peritos, con la obligación de comunicar a las partes la orden de practicarla, debiendo indicar que tipo de pericia se dispuso, el perito actuante y los puntos de pericia para que puedan ejercer las facultades que establece el Art. 198 del ritual, como proponer otro para que dictaminen conjuntamente, objetar los puntos de pericia o proponer otros, lo que hace al debido control de la prueba.-

Conforme el detalle que he efectuado para iniciar mis conclusiones, tenemos que esta pericia llega a este proceso sin cumplir las exigencias de la normativa que la regula, y si bien la defensa no lo ha

observado ni cuestionado en la audiencia preliminar, al desarrollarse el juicio tampoco contó con la posibilidad de examinar a la perito puesto que se extrae del acta la imposibilidad de asistencia de la experta, procediéndose a la lectura del dictamen, es decir que no fue sometida al contradictorio que hace al debido proceso y resulta uno de los principios rectores (Arts. 44 Const. Prov., 2 y 3 del C.P.P.).-

En dicha dirección se puede decir que la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la posibilidad de conocerla y discutirla, lo que no ha acontecido en el caso; esta irregularidad impone que la misma sea excluida para su valoración y como consecuencia, al no quedar debidamente establecida la aptitud del arma para efectuar disparos, la absolución se impone.-

Las pruebas deben producirse e incorporarse al juicio del modo que autoriza el ritual y debe garantizarse la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución de la Nación y de la Provincia y en el Código Procesal (Art. 17). En tal dirección esta Cámara ya se ha pronunciado en autos “Tirpak, Hugo Néstor s/ Denuncia p.s.a. Lesiones leves”, carpeta N° 4015 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, sentencia protocolizada bajo el N° 5/2014, de fecha 18 de marzo del corriente año, en cuanto a la necesaria observancia de los Arts. 197, 198 y 201 últ. Párrafo del C.P.P., y ante el

supuesto que la Defensa no ha contado con posibilidades ciertas de contradicción, la pericia no habrá de tenerse en cuenta (Art. 46 Const. Prov.).-

b.- Sin perjuicio de las consideraciones efectuadas y conclusión a la que arribamos en el proceso deliberativo, no puedo dejar de señalar la incorrecta valoración de la mentada pericia por el a quo pues señala que la experticia concluyó que "el arma es apta para disparo". En principio en ningún tramo del informe la perito concluye expresamente que el arma es apta para disparos en condiciones normales de uso, simplemente que el mecanismo funciona para lo cual debió efectuar una serie de operaciones que evidencian que para poder accionarla es necesario realizar determinadas maniobras que no se condicen con un uso normal pues le faltaba la culata a la carabina, el sistema de disparo a cerrojo se presentaba incompleto, carece de cola del disparador (gatillo), además de presentar reparaciones caseras en el sistema de puntería; por ende al más elemental análisis a un elemento de tales características no puede adjudicársele el rango de arma de fuego apta para producir disparos en los términos que requiere el tipo objetivo del delito reprochado.-

Quedó establecido, hasta por las operaciones practicadas por la perito, que ese pedazo de lo que fue un rifle tipo carabina para poder disparar un proyectil, quien la emplee debe realizar maniobras y valerse de

herramientas y ello no hace más que confirmar que la misma no era apta para producir disparos en condiciones normales de uso como bien lo observó el Sr. Defensor en el juicio, en definitiva no se verifica mínimamente que ese elemento afecte la seguridad común; en tal dirección es la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene sentado que "el Art. 189 bis del Código Penal exige, como requisito de aplicabilidad, que los actos incriminados sean susceptibles de afectar la seguridad común, bien jurídico tutelado y la determinación concreta de que es lo que, en definitiva, resulta "peligroso" en el sentido de comprometer o poner en peligro real o potencial la seguridad común" (81205, CS, 23/02/82 "Iturri, Daniel F. y otros", L.L. 16/09/82); incluso en función del principio de lesividad conforme lo dispuesto por el Art. 19 de la C.N., solo se habilita poder punitivo sobre aquellas conductas lesivas a los bienes jurídicos, o al menos que en forma concreta y objetiva los coloquen en riesgo de ser vulnerados, lo que no se verificó en el caso. Por todo ello, conforme ya adelantara, debe prosperar el recurso, y así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

De conformidad al resultado al que se arribara en la cuestión precedente, por unanimidad, es que propongo al Acuerdo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. E. L., contra la sentencia nº 206/14 de fecha 3 de abril de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia

ABSOLVER al mencionado *ut supra*, en orden al delito de Tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, previsto y sancionado por el segundo inciso, primer párrafo, del art. 189 bis del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de S. el día 14 de septiembre de 2012, en perjuicio de la Administración pública.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de 20 (veinte) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

En orden al tratamiento de la primera cuestión coincido con lo propuesto por el primer votante, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. E. L., contra la sentencia nº 206/14 de fecha 3 de abril de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia **ABSOLVER** al mencionado *ut supra,* en orden al delito de Tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, previsto y sancionado por el segundo inciso, primer párrafo, del art. 189 bis del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de S. el día 14 de septiembre de 2012, en perjuicio de la Administración pública.-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

De acuerdo al resultado al que se llegara en la cuestión precedente, por unanimidad, adhiero a lo propuesto por mis colegas, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. E. L., contra la sentencia nº 206/14 de fecha 3 de abril de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia **ABSOLVER** al mencionado *ut supra*, en orden al delito de Tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, previsto y sancionado por el segundo inciso, primer párrafo, del art. 189 bis del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de S. el día 14 de septiembre de 2012, en perjuicio de la Administración pública.-

De igual forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. E. L., contra la sentencia nº 206/14 de fecha 3 de abril de 2014 ((arts. 374, 376 inc. 5to. del CPP y 18 CN).----------

2º) REVOCAR la sentencia mencionada y en consecuencia **ABSOLVER** a M. E. L., en orden al delito de Tenencia de arma de fuego de uso civil sin la

debida autorización legal, previsto y sancionado por el segundo inciso, primer párrafo, del art. 189 bis del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de S. el día 14 de septiembre de 2012, en perjuicio de la Administración pública.----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de 20 (veinte) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 21/14

Fdo. Dres. Daniel Luis María Pintos. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Müller.-