PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los doce días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, se reunió en Acuerdo la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Mario Luis Vivas, Miguel Ángel Donnet y Sergio Rubén Lucero, con la presidencia del primero de los nombrados, *para dictar sentencia en los autos caratulados* ***"I., L. G. s/ portación de arma de guerra sin autorización legal..."*** *(Expediente 100.284 - F° 1 Año 2017-carpeta 8828).*

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 86: Vivas, Donnet y Lucero.

El Juez **Mario Luis Vivas** dijo:

I. Llegó a conocimiento de la Sala, por vía de impugnación del Ministerio Público Fiscal, la resolución de la Jueza Penal de Comodoro Rivadavia, Raquel Susana Tassello, que en la audiencia preliminar, celebrada el día 3 de mayo de 2017, decidió dictar el sobreseimiento de L. G. I., oportunamente acusado de haber cometido el delito de tenencia de arma de guerra sin autorización legal (CP arts. 45 y 189 bis, inciso segundo, párrafo segundo).

II. La investigación se dirigió contra Ibacache, y se formuló acusación en el escrito que obra en hojas 6 a 9 vta.

Allí se informó que el día 4 de junio de 2016, siendo aproximadamente las 8.45 horas,
L. G. I. fue sorprendido por personal policial en H. al XXXX (casi A.) portando en el bolsillo delantero del buzo tipo canguro un arma de juego tipo pistola, de fabricación casera, de acero, con arco de guardamonte y cola de disparador, empuñadura cubierta con cinta aisladora color negro, y en la parte posterior un hierro que sobresale,

largo total de unos quince centímetros aproximadamente, con una vaina servida en recámara, calibre 9 mm sin contar con autorización legal para tenencia y/o portación de arma

de fuego.

III. La decisión atacada

La jueza de grado decidió desvincular al encartado. Para conocer los fundamentos tuve que escuchar la reproducción que acompaña el legajo bajo, estudio, ya que la resolución en cuestión no se encuentra en un documento escrito, conforme lo exige la doctrina legal de la Sala en lo Penal.

No obstante, teniendo en cuenta que la magistrada tomó la decisión en el curso de una audiencia y que esa decisión quedó registrada en audio - lo cual confirma el acta labrada en forma, suscripta por la misma jueza- y que nadie proclamó agravio alguno, habré de ratificar la validez del acto.

IV. Recurso Fiscal

La impugnación extraordinaria del ministerio público fiscal se encuentra agregada de la hoja 49 a la 53 vta., y fundamenta que la? Jueza
excedió el marco de la audiencia preliminar al apreciar cuestiones atinentes a la pericia balística.

Asegura que la actuación de la doctora Tassello violentó los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad (CPP, art.3) .

Además afirma que no se le permitió debatir respecto del funcionamiento del arma peritada y la aptitud de disparo, como tampoco que el experto diera las explicaciones pertinentes en el debate.

Al finalizar su escrito, hizo reserva del caso

federal, ofreció prueba y pidió la revocación de la decisión.

V. La postura de la defensa

En el escrito que va desde la hoja 71 a 73 vta., la defensora que intervino en la anterior instancia sostuvo que la resolución atacada se ajusta a los preceptos legales que contiene nuestro ordenamiento legal.

Argumentó que en la oportunidad de ser emplazados conforme lo establece el art. 294 del CPP objetaron la acusación e instaron al sobreseimiento por entender que la conducta reprochada resultaba atípica. Así, en la audiencia prevista en el art. 295 sostiene que se desarrollaron los fundamentos en los cuales, se basaba el pedido de sobreseimiento, y solo con ese análisis era suficiente para desvincular a I. del hecho.

Recordó que a su asistido se le imputa una tenencia de arma de guerra sin la debida autorización (art. 189 bis inc. 2°, 2do. párrafo del CP), y que la pericia no cuenta con elementos suficientes y que determina que el arma en cuestión no puede clasificarse por no estar contemplada su clasificación en el Decreto Reglamentario 395/75.

De esta manera asevera que siendo la pericia el único elemento con que el órgano acusador se vale para mantener la acusación, el análisis que se realizó en la audiencia fue pertinente.

Por último, sostuvo la validez del fallo, y pidió que se confirmase.

VI. La audiencia del art. 385 del C.P.P.

Durante el desarrollo de la audiencia (hoja 84/5) las partes se mantuvieron en las posiciones.

En primer lugar, alegó el doctor Franco y mantiene que la jueza exorbitó sus funciones en la audiencia preliminar ya que valoró evidencia y consideró atípica la conducta. Cita el antecedente "Oyarzo" (del 18/9/2017), y pide la revocación y reenvío.

Luego la defensa cita la respuesta de la defensora de la instancia y agrega que las armas tumberas no están contempladas en la ley, que la magistrada, atinadamente,

dice que hay un vacio

legal en el punto. Cita el antecedente "A." que describe los alcances de la audiencia preliminar. Agregó que el perito informa que el arma secuestrada no está contemplada en la legislación de armas, y que la resolución es razonable, por lo que debía confirmarse el sobreseimiento.

Formulada esta semblanza pasaré a emitir mi voto.

VII. Naturaeza de la audiencia preliminar.

Entiendo que este es el quid de la cuestión: determinar si la jueza excedió sus facultades en ese acto procesal, y si su resolución contiene los fundamentos válidos para desvincular al imputado.

Recientemente, esta Sala en lo Penal, dictó sentencia en autos **"O., H. F. s/ROBO EN GRADO DE TENTATIVA -Carpera N° 8066- Legajo 69679-Comodoro Rivadavaa"** (Expediente N° 100.231 - F° 1 - Año 2016) -antecedente que citó el Ministerio Público Fiscal-, y antes lo hizo en **"A., J. P. *s/* denuncia Abuso sexual *s/* impugnación"** (Expediente N° 22.164 - F° 16 - Año 2010)-que citó la Defensa Pública-.

En estos fallos los ministros que integraban la Sala fijaron el alcance que debía dársele a la audiencia preliminar, y en ambas sentencias hay coincidencia en cuanto a su trascendencia.

Nada me queda por agregar al extenso análisis que hicieron mis distinguidos colegas sobre el tema, por lo que me remito a aquéllas consideraciones efectuadas.

VIII. Volviendo a la cuestión, y de acuerdo a los límites fijados en aquéllos fallos, puedo confirmar que la decisión de la doctora Tassello configuró un exceso.

En efecto, en la oportunidad de controlar la

validez formal de la acusación y la consistencia del caso para pasar a la etapa del juicio, y por expreso pedido de la defensa, la magistrada predica la atipícidad de la conducta enrostrada, afirmando que, de acuerdo a las conclusiones de la pericia, no hay arma de fuego.

La jueza escuchó la posición de las partes, primero a la defensa que hizo el planteo, luego a la Fiscalía que pidió el rechazo. Seguidamente analizó la pericia balística. El informe, que en copia se agregó a fs. 57/63 vta., es contundente en las conclusiones cuando afirma que el arma es apta para producir disparos y de funcionamiento anormal. Esta afirmación es sostenida por la magistrada, según consta en el audio pertinente. Sin embargo, cuando tuvo que decidir, sostuvo que el dictamen ponía en dudas el funcionamiento, que realizó un solo disparo y que después no pudo hacer otro, y que todas las anormalidades que se encontraron en la tumbera devino en la aticipada de la conducta. Así, concluyó que no estaba acreditado que el arma de fuego tenga aptitud de disparo, y dicta el sobreseimiento.

Esta decisión apresurada -y contradictoria, en el marco de una audiencia preliminar, es la que genera, la arbitrariedad.

La jueza ingresó en un terreno que no le correspondí-, y analizó el mérito de la prueba. Todas las dudas que surgieron a partir de esta pericia debieron disiparse en el debate, oportunidad en la que el experto es convocado para ser interrogado por las partes.

En mérito a lo expuesto voto por hacer lugar a la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio

Público Fiscal, revocar la decisión de fs. 47 y vta., y reenviar las actuaciones a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia para reeditar la audiencia preliminar".

Así voto.-

El juez **Miguel Angel Donnet** dijo:

1. En el primer sufragio se han reflejado de modo completo los antecedentes y agravios del caso traído a conocimiento de la Sala en lo Penal. Me abocaré sin más a dar mi opinión sobre el asunto.

2. Habré de coincidir con la solución propiciada por el Ministro que me precede. Doy razones a continuado".

Entre otros argumentos, la Fiscalía apoya su impugnación en la arbitrariedad de sentencia, y cita para ello el artículo 371 del Código Procesal Penal. Considera que la jueza arribó a conclusiones erróneas sobre el funcionamiento anormal del arma secuestrada en autos, y sobre su aptitud para producir disparos.

De lo antedicho concluyo que, más allá de que el MPF invoca el segundo inciso del artículo 371 CPP, el contenido de su argumentación -tanto en la impugnación escrita, como luego en su alegato ante esta Sala- gira en torno a una de las opciones previstas en el. primer apartado ("errónea valoración de la prueba").

3. En la audiencia preliminar, y ante un planteo de la defensa, la jueza penal repasó el contenido del informe pericial balístico, y concluyó que de dicho examen surgían muchas características que ponían en duda la aptitud del arma para producir disparos. En función de ello, y por el beneficio de la duda, consideró atípica la conducta, reprochada a L. G. I., y dictó su sobreseimiento.

4. Estimo, a modo de aclaración previa, que la jueza no excedió la jurisdicción propia de la audiencia preliminar.

He tenido oportunidad de pronunciarme sobre el punto en fecha reciente (autos caratulados "Oyarzo, Héctor Fabián s/ robo en grado de tentativa...", citados en el primer sufragio, sentencia definitiva n° 21/2017 de fecha

18/9/2017) .

Allí dije, y aquí reitero por su plena pertinencia, que la audiencia preliminar (Código Procesal Penal, artículo 295) debe su nombre a su carácter previo a la audiencia de debate - instancia central en la noción de juicio previo-, y está contenida dentro del apartado denominado "control de la acusación" (CPP, capítulo V, Título I, Libro I, Segunda Parte).

De acuerdo con ello, esta audiencia constituye un examen crítico del caso presentado por la parte acusadora, a efectos de controlar su validez formal y de poner a prueba su consistencia de cara a un juicio oral.

Este examen del caso permite sanear el proceso, por medio de la exclusión de los elementos de cargo ilegalmente adquiridos, o bien que fueren irrelevantes, impertinentes o sobreabundantes. También permite desechar acusaciones infundadas, sea por la ostensible falta de evidencias que las sustenten, o que así devinieren por la supresión de elementos ya referenciada.

Ello explica que la ley otorgue de manera explícita, por primera vez desde el inicio del proceso, la posibilidad de solicitar y dictar el sobreseimiento del acusado durante esta etapa intermedia (CPP, artículos 161 y concordantes, 294 inciso 1, 295, 296, 297, 285 y concordantes).

Pero en esta causa en concreto el tribunal no brindó una opinión anticipada sobre el mérito de la evidencia (una circunstancia que sí se advirtió en la jurisprudencia de la sala ciliada en el primer voto), sino sobre la consistencia misma del caso de la parte acusadora.

5. Sin embargo, en el ejercicio de su jurisdicción,

sí entiendo que la magistrada mal interpretó de modo ostensible el contenido del peritaje balístico. Esta inobservancia de las reglas de la sana crítica (CPP, artículo 25), por lo que habré de describir a continuación, impidió de modo irreversible las explicaciones que al respecto pudiera brindar el experto en la audiencia de debate.

En efecto, entre otras consideraciones, el perito estableció que el arma era apta para disparo (de hecho pudo dispararla), y también determinó que la vaina servida hallada en la recámara había sido percutida por ese mismo arma (ver, en especial, los apartados "Fundamento de aptitud para el disparo y funcionamiento" y "Conclusiones", en las hojas 62/vuelta y 63 del expediente).

En otras palabras, el arma podía disparar y efectivamente ya había disparado. Esto dicho de modo provisorio, desde ya, porque deberá estarse a la información que en definitiva se obtenga por medio del examen y contraexamen de este testigo experto (CPP, artículo 201 y concordantes).

A la luz de lo expuesto, la resolución implicó un apartamiento de las constancias relevantes comprobadas hasta el momento en la causa, sin que el tribunal haya dado razones para
justificar dicho apartamiento. Según la formulación de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, se trata de uno de los supuestos excepcionales de arbitrariedad de sentencia (por todos, ver CSJN, Fallos 315:2969).

6. Para finalizar, dejo una breve reflexión sobre las formas de los actos procesales.

Una vez más (ver por ejemplo mi voto en la causa "Oyarzo", ya citada), debo señalar que el audio como único registro dificulta la tarea de revisión de un modo innecesario. Más aún cuando se trata de decisiones que se pronuncian sobre el fondo del caso (por ejemplo, el sobreseimiento del imputado, como en esta causa).

Si bien el CPP Chubut autoriza la grabación audiovisual de las audiencias, a la vez garantiza el control y publicidad adecuados de las decisiones importantes en el proceso. El desarrollo escrito de los fundamentos es instrumental para esta finalidad, y por ello, insto a que esta indicación sea tenida en cuenta en el futuro por los tribunales inferiores en grado.

7. En virtud de lo expuesto, propongo hacer lugar a la impugnación extraordinaria del Ministerio Público Fiscal, anular la sentencia 1.857/2017 (obrante en la hoja 47 y vuelta), y, reenviar la causa a la instancia para qué /e reedite la audiencia preliminar.

8. Así voto.

El juez **Sergio Rubén Lucero** dijo:

I. En el primer voto, el Ministro Vivas brindó una detallada descripción de los antecedentes del caso y de los motivos que informan la impugnación extraordinaria de la Fiscalía, razón por la cual evitaré incurrir en repeticiones innecesarias.

II. Al examinar el asunto, advierto que se cuestiona el sobreseimiento dictado a L. G. I. por atipicidad en la audiencia preliminar, en virtud del artículo 385 inciso 3 del Código Penal. Entendió la jueza de garantías que el arma de tipo tumbera que tenía en su poder el imputado no poseía aptitud para el disparo, lo que impedía tener por configurada la tenencia ilegal de arma de fuego. del artículo 189 bis inciso segundo, párrafo segundo del Código Penal, figura por la que fue acusado.

Existen dos temas centrales para resolver. En primer lugar, la viabilidad del sobreseimiento en la audiencia preliminar y, en segundo término, si el arma pudo ser considerada apta para disparar a los fines de la tipicidad legal.

Desandando el derrotero propuesto, he de concordar con los ministros qué me precedieron en el voto. En primer lugar, la audiencia preliminar posee un alcance cardinal en el proceso al permitir examinar con profundidad el caso

fiscal, la fijación de los hechos y la prueba ofrecida
para llegar al juicio oral y público. Se trata de un control crítico de la acusación mediante el contradictorio, que permite verificar los recaudos formales y la solidez del caso que se pretende llevar a debate. Cabe recordar la jurisprudencia de esta Sala en tal sentido, que fue citada en los votos precedentes y en honor a la brevedad omitiré citar nuevamente.

El Juez tiene la facultad de mandar a corregir defectos en la acusación -en caso de advertirlos-, y "...resolverá el sobreseimiento del imputado cuando de la audiencia preliminar surjan los presupuestos para dictarlo...", como establece el artículo 297 última parte del código ritual, en clara concordancia con los artículos 294 y 285 del mismo digesto legal.

Por ello debo establecer que estaba habilitada la magistrada para dictar el sobreseimiento de I. cuestionado por el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, en este caso, en el marco de la audiencia preliminar sindicada, la jueza de garantías llevó, a cabo una errónea interpretación de la pericia balística, que la llevó a concluir que el arma no era apta para efectuar disparos y ello fue determinante para el sobreseimiento.

Surge evidente al contrastar la pericia balística y la resolución dictada en la audiencia, que la Magistrada yerra al concluir que dicha pericia no acreditaba que el arma
tuviera aptitud para el disparo, y que por aplicación de la duda procedía el sobreseimiento. Es que contrariamente a ello, el perito en el apartado "Fundamento de aptitud para el disparo y funcionamiento" y "Conclusiones" de fojas 62/vuelta y 63, expresamente determina que el arma

podía disparar y que al momento de efectuar la experticia había disparado.

La contradicción resulta patente y en ella radica la arbitrariedad de sentencia que habilita el recurso interpuesto.

Así, la jueza debió habilitar que el perito concurriera a la audiencia de juicio y despejara las dudas de la defensa, pero luego de que el experto fuera preguntado en el marco del contradictorio.

Por las razones expuestas, debe declararse procedente la impugnación extraordinaria, anular la sentencia 1.857/17 de fojas 47 y vuelta, y por consiguiente reenviarse el caso a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, para llevar a cabo nuevamente la audiencia preliminar.

Asi voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente;

---------- SENTENCIA----------

1°) Hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por el Fiscal General de Comodoro Rivadavia (fojas 49/67 y vuelta.

2°) Revocar la resolución N° 1857/2017 de la jueza penal Raquel Susana Tassello, que sobreseyó a L. G. I. (hoja 47 y vuelta).

3°) Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia a los fines de la continuidad del trámite.

4°) Protocolice se y notifíquese.-

MARIO LUIS VIVAS

Sergio Rubén Lucero

MIGUEL ÁNGEL DONNET

José A. FERREYRA
SECRETARIO