PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año 2018, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrado por los señores Ministros Mario Luis Vivas, Miguel Ángel Donnet y Alejandro Javier Panizzi, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"M. D. M. s/ infracción art. 189 *bis* CP" (expediente 100.314 — año 2017, carpeta 8.903 OJ Comodoro Rivadavia).**

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo obrante en la hoja 81: Donnet, Panizzi y Vivas.

El juez **Miguel Angel Donnet** dijo:

1. El Fiscal General Julio Argentino Fuentes y la Funcionaría de Fiscalía Silvana Andrea Serer dedujeron impugnación extraordinaria contra la sentencia dictada por el juez penal de Comodoro Rivadavia Miguel Angel Caviglia en fecha 1/6/2017 (número de registro digital 2.161/2017 OJCR, según la hoja 43 del expediente), en el marco de la audiencia preliminar de la causa.

Mediante la aludida decisión, el juez resolvió sobreseer al imputado D. M. M. de la presunta comisión del delito de tenencia de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal (Código Penal, artículo 189 *bis,* inciso 2, párrafo 3) , por aplicación del artículo 285 inciso 3 - atipicidad- del Código Procesal Penal, y de jurisprudencia de la Cámara en lo Penal de esa ciudad (causa "C.").

2. En su escrito, los representantes del Ministerio Público Fiscal desarrollan dos agravios: a) errónea aplicación de la ley; y b) arbitrariedad de sentencia.

2.1. Con relación al primer motivo de agravio, los acusadores cuestionan que el juez haya fundado su criterio en el entendimiento de que el arma de fuego, si está descargada, pierde su capacidad de generar riesgo a la seguridad pública.

Esta circunstancia, sostienen, no depende de la existencia de munición en el interior del arma (un requisito que además no está previsto en la ley). Depende, en rigor, de su aptitud para disparo y de su funcionamiento normal. Más aún, el acusado llevaba en su mochila cincuenta y nueve (59) cartuchos a bala del mismo calibre que el arma secuestrada, con la posibilidad latente de cargarla de inmediato y utilizarla, y el peligro abstracto que la norma penal reprime.

Citan la legislación (decreto reglamentario 395/1975), y doctrina y jurisprudencia que consideran aplicables al caso. Consideran que los únicos requisitos legales son la tenencia de un arma de fuego y la ausencia de autorización para ello, y que la ley también reprime otras conductas que se valen de armas cuyas municiones son irrelevantes (CP, articulo 166 último párrafo).

Por último, afirman que en el caso se ha configurado el dolo exigido por la norma en cuestión, pues la propia defensa mencionó que el imputado es policía y ello demuestra su conocimiento de que se trataba de un arma de fuego de guerra.

2.2. En lo atinente al segundo agravio, los recurrentes consideran que la sentencia impugnada carece de motivación suficiente, pues se basó en jurisprudencia de la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia pese a haber manifestado su coincidencia con el criterio de la Fiscalía.

En estas condiciones, dicen, el sobreseimiento carece del fundamento lógico y legal impuesto por la ley (Constitución de la Provincia del Chubut, artículo 169; CPP, artículos 25 y 133), y consiste en la sola invocación de un precedente.

Los representantes del MPF solicitaron, en suma, que se revoque la resolución atacada y se disponga la continuación del proceso.

2.3. En las hojas 79-80, finalmente, se agregó el acta que documenta la audiencia ante la Sala en lo Penal (CPP, artículo 385).

El Ministerio Fiscal ratificó sus argumentos, mientras que la defensa alegó que la tenencia del fusil es atípica en virtud de la baja lesividad del hecho. Recordó que M. integra la fuerza policial, y que en tal calidad está capacitado y autorizado para usar armas. Indicó, asimismo, que el arma descargada y la zona rural, donde el acusado fue interceptado, niegan el peligro que la ley pondera para justificar este tipo penal.

3. La plataforma fáctica, objeto de la decisión impugnada, fue presentada por el Ministerio Fiscal en los siguientes términos: "el día 2/07/2016, siendo aproximadamente las 19:35 horas, D. M. M. circulaba

junto a H. R. A. por inmediaciones de la intersección de la Ruta Nacional Nro. 26 y Ruta Provincial Nro. 37, Departamento Escalante, provincia de Chubut, a bordo de una camioneta marca Toyota modelo Hilux de color blanco, dominio colocado XXX-XXX, llevando sobre el asiento trasero del rodado, y sin contar con autorización para ello, un fusil de repetición MAUSER 1891, calibre 308 PLG, serie nro. XXXXX, sin municiones en su interior, la cual se encuentra registrada a nombre de E. F. C.. Personal policial de la División Seguridad Rural que se encontraba en el lugar efectuado [sic] un control de rutina en prevención de abigeato y de infracción a leyes especiales, interceptó al rodado referido, y advirtió que en la caja de la camioneta había bolsas de tipo consorcio con carne de guanaco despostada en su interior. En tales circunstancias, al encontrarse ante una infracción a la Ley XI N° 10 y su decreto reglamentario 868/90, en virtud de que los ocupantes no poseían permiso de caza, los preventores continuaron con la inspección a fin de proceder al decomiso de las artes de caza, momento en el que constataron la existencia del arma mencionada en el primer párrafo, refiriendo M. que la misma era de su propiedad, pero que carecía de la documentación correspondiente" (ver la hoja 58 de la impugnación fiscal) .

4. Las partes no han controvertido la existencia del arma en poder de M. (fusil de repetición "Mauser" 1891, calibre 308 PLG, número XXXXX), su aptitud para disparar, la ausencia de

cartuchos a bala en su interior -recámara y almacén cargador-, la calidad de policía del acusado, y su falta de autorización para la tenencia del fusil.

De los antecedentes de la causa también surge que, junto con el fusil, el personal policial encontró en poder del acusado un gran número de cartuchos -cincuenta y nueve- cuyo calibre coincidía con el del arma. Las municiones estaban dentro de una mochila que M. entregó a la policía, en cuyo interior también se encontraron una piedra de afilar y un cuchillo (ver la hoja 13 y vuelta del legajo). En la caja del vehículo, en tanto, se encontraron tres bolsas con carne despostada de guanaco en su interior. Sobre estas circunstancias tampoco hubo discusión.

5. El debate se centra, en definitiva, en determinar si el arma descargada satisface las exigencias del tipo objetivo aplicable al caso.

En primer lugar, en el contexto de los hechos investigados, la argumentación de la defensa sobre la ausencia de municiones en el arma es insustancial. El imputado fue interceptado en poder de las artes de caza y de carne ya despostada, como presumible consecuencia del efectivo empleo del fusil.

Más allá de lo antedicho, considero que asiste razón al Ministerio Público Fiscal. La distinción propiciada por la defensa, seguida por el juez en su decisión, carece de base legal, en virtud de la naturaleza misma de la acción que la ley reprime.

Luego, sí el tenedor ilegítimo cuenta además con los cartuchos para su utilización, es una circunstancia que nada agrega al tipo penal. Eventualmente ese dato recién tendrá relevancia con relación al contenido del injusto, a efectos de graduar la pena a aplicar.

Coincido con quienes sostienen que la tenencia de armas es un delito de peligro abstracto, que ni siquiera exige la generación de una concreta o efectiva situación de peligro para las cosas o personas. Es suficiente la posibilidad de un peligro, que nace con la realización de la acción descripta en el tipo penal y que la ley presume. "Para formular este tipo de incriminaciones el Derecho se basa en reglas constantes de la experiencia, desentendiéndose de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o riesgo. (...) Sólo tendrá relevancia procesal la situación de que esa posibilidad de peligro nunca se hubiera podido concretar (no la lesión), como cuando el arma no es apta para el disparo" (cfr. De Langhe, Marcela, "Articulo 189 bis - Armas y materiales peligrosos", en AA. VV. , *Código Penal y normas complementarias,* Baigún y Zaffaroni directores, tomo 8, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, páginas 245-246, con citas de De Lúea, Javier, *El delito de tenencia ilegal de armas de guerra,* Ad- Hoc, Buenos Aires, 1993).

El hecho de que el fusil no estuviere cargado no elimina su condición de arma de fuego. De allí que solo se exija la comprobación del funcionamiento del arma, mas no la existencia de municiones en su interior. "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" (obra citada, página 247).

Cabe señalar que en ocasión de resolver conflictos de competencia, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado -en lo pertinente- en sentido análogo.

Asi, la CSJN ha resuelto que la falta de municiones en el arma impide su uso inmediato y - con ello- la tipicidad de la portación, pero ubica a estas hipótesis en la tenencia ilegitima (del dictamen del Procurador General de la Nación al que remitió la CSJN, *in re* "Alvarez García, Gustavo Gonzalo s/ portación de arma uso civil", sentencia de fecha 18/4/2006, Fallos 329:1324, con citas de los antecedentes parlamentarios).

Por otro lado, nuestro Máximo Tribunal Federal ha distinguido entre el arma en si y su munición: "el peligro para la seguridad común que el articulo 189 *bis* del Código Penal quiere evitar puede ser creado, *indistintamente,* por la tenencia no autorizada de un arma de guerra o de su munición" (del dictamen del PGN al que remitió la CSJN, *in re* "Galarza, Oscar Alberto s/ infr. art. 189 bis C.P.", sentencia de fecha 5/12/2000, Fallos 323:3997, el énfasis me pertenece; con citas de "Amato", Fallos 314:191, y "Peña", Fallos 317:2032) .

Por último, y al revés de lo argumentado por la defensa, la condición de policía del acusado juega en su contra. Se trata de una persona que cuenta con especiales conocimientos en la materia, en particular respecto de los requisitos que se deben cumplir para obtener el permiso de tenencia.

Dicho todo esto de un modo provisorio, claro está, en función de la información con que se cuenta hasta el momento en la causa, y sin perjuicio de la eventual prueba que se produzca oportunamente.

6. Concluyo mi opinión con una reflexión, reiterada, sobre las formas de ciertos actos procesales.

El audio, como único registro, dificulta de manera innecesaria la tarea de revisión. Sobre todo cuando la decisión a examinar se pronuncia, como ocurre en esta causa, sobre el fondo del asunto controvertido (el sobreseimiento del acusado). Si bien la ley autoriza la grabación audiovisual de las audiencias, en paralelo también garantiza el adecuado control y publicidad de las decisiones significativas en el proceso.

El desarrollo escrito de los fundamentos favorece las finalidades recién aludidas. En consecuencia, exhorto enfáticamente a que esta indicación sea tenida en cuenta en el futuro por los tribunales inferiores en grado.

7. Como corolario de mi exposición, pues, propongo al Acuerdo: a) hacer lugar a la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal (hojas 57 a 65/vuelta del expediente); b) anular la resolución n° 2161/2017 del juez penal Miguel Angel Caviglia; y c) reenviarla causa a la instancia, para que se reedite la audiencia preliminar.

Así voto.

Él juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Los titulares de la fiscalía de Comodoro Rivadavia, Silvana Andrea Serer y Julio A. Puentes, dedujeron impugnación extraordinaria -hojas 57/65 y vuelta- contra la resolución N° 2161/2017 -dictada por el juez penal Miguel Ángel Caviglia-, que sobreseyó a D. M. M., en los términos del artículo 285, inciso 3° del Código Procesal Penal.

Los antecedentes del caso, así como la reseña de los agravios, han sido sentados en el sufragio anterior. De manera que, omitiré toda referencia a ellos, a efectos de no repetir innecesariamente la tarea.

II. Las partes no pusieron en cuestión que el agente policial D. M. M., durante el control de rutina en prevención de abigeato, llevara sobre el asiento trasero del rodado que conducía, un fusil de repetición

Mauser 1891, calibre 308 PLG; que éste estuviera descargado ni su aptitud de disparo. Tampoco controvirtieron que M. no contara con autorización para la tenencia del arma mencionada ni que junto al fusil, en una mochila del inculpado, se hallaran cincuenta y nueve cartuchos del mismo calibre que el arma, así como una piedra de afilar y un cuchillo. En tanto que, tampoco fue debatido que en la caja del rodado, se hallaran bolsas con carne de guanaco despostada.

En definitiva la discusión giro en torno a establecer si el arma descargada constituía delito en los términos del artículo 189 bis, inciso 2°, apartado 3° del Código Penal.

El juez Miguel Ángel Caviglia, admitiendo el planteo de la defensa, determinó que la circunstancia de que el fusil encontrado no tuviera cartuchos en su interior, comportaba la pérdida de aptitud del arma para crear peligro.

Discrepo de tal conclusión desde que la norma involucrada no establece como exigencia típica que el arma se encuentre cargada.

La letra de la ley sólo menciona la simple tenencia, es decir, la posesión no autorizada de un arma de fuego. Se trata de un delito de peligro abstracto. En efecto, basta tan sólo con la posibilidad de un peligro, el cual nace con la realización de la acción descripta en el precepto legal.

Por lo tanto, la exigencia introducida por el a quo, en punto a que el fusil debía estar cargado para que la conducta de M. fuera típica, resultó arbitraria y se apartó de la letra expresa de la ley. La circunstancia de que éste no tuviera cartuchos en su interior no convierte en atípico el accionar del

inculpado.

La capacidad para generar un peligro a la seguridad, de acuerdo al texto del Código Penal, no depende de la existencia de municiones en el interior del arma de fuego. Estrictamente, se castiga al tenedor del arma de fuego por el solo hecho de tenerla sin autorización para ello.

En conclusión, la resolución del sentenciador es arbitraria y debe ser revocada, pues -reitero- introduce distinciones o requisitos no previstos por el tipo penal para fundamentar el sobreseimiento de D. M..

III. Por último, efectuaré el mismo señalamiento que el ministro Donnet en punto a las dificultades que encierra el examen de una decisión judicial con el solo registro del audio.

Si bien el ordenamiento procesal doméstico autoriza el uso de sistemas de sonido o grabaciones digitalizadas, seria conveniente, con la finalidad de garantizar adecuadamente la impugnación ante otros órganos jurisdiccionales, su revisión y publicidad, que las razones de las decisiones como éstas, sean asentadas por escrito, sin perjuicio de su registración oral.

En la causa **«L., M. y otra s/ robo en grado de tentativa -carpeta N° 7520- Comodoro Rivadavia»** (Expediente N° 100128 - Folio 1 - Año 2015, sentencia N° 34/2016 del 30/8/2016), propicié la misma recomendación, frente a una situación **semejante.**

IV. Por las razones expuestas, propiciaré que se declare procedente la impugnación extraordinaria de la fiscalía, se anule la resolución N° 2161/2017 del juez penal Miguel Ángel Caviglia y se reenvíe a la instancia

a fin de renovar la audiencia preliminar.

Asi voto.

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

En el primer voto, el Ministro Donnet 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.

I. Al examinar el asunto, advierto que el Ministerio Fiscal interpuso impugnación extraordinaria contra la resolución dictada por el Juez Penal de Comodoro Rivadavia, Miguel Angel Caviglia, quien dictó el sobreseimiento al acusado D. M. M..

Tal resolución fue por aplicación del artículo 285 inciso 3° del Código ritual, por el delito de tenencia de arma de fuego de guerra sin la debía autorización legal (artículo 189 bis inciso segundo, párrafo tercero, del Código Penal), en el transcurso de la audiencia preliminar.

II. Que el recurso fiscal fue deducido tempestivamente y sustanciado en forma; los agravios esgrimidos por el impugnante son el de la errónea aplicación de la ley y la arbitrariedad de sentencia.

Que el primero se funda en que el Juez entendió que si el arma utilizada estaba descargada resultaba atípica la figura atribuida. En tanto que la arbitrariedad radicaría en la falta de motivación de la resolución ya que sólo remitió a una sentencia de la Cámara Penal de esa circunscripción.

Luego ante esta instancia se escuchó a las partes según emerge del acta de fojas 79/80.

IV. Que tal como fue analizado por los distinguidos colegas que me precedieron, el tema central a dilucidar es si el arma descargada resulta apta para tener por configurada la lesión al bien jurídico en juego, atento la calificación penal atribuida por la Fiscalía. Y debo adelantar que asiste razón al impugnante en su postura.

A los fines de desandar el derrotero propuesto, corresponde dejar establecidas circunstancias que no fueron cuestionadas por las partes.

Para empezar que el acusado D. M. M. poseía un fusil de repetición "Mauser" 1891, calibre 308 PLG, del que se determinó en la causa que poseía capacidad para efectuar disparos; por otro lado, que si bien el fusil estaba descargado al momento del secuestro del mismo, M. poseía una mochila que en su interior tenía cincuenta y nueve cartuchos del mismo calibre.

Asimismo, que en el vehículo en el que circulaba M. se secuestró carne de guanaco despostada y, por último, que el acusado no tenía autorización legal para poseer el arma de fuego en cuestión.

Ahora bien, circunscripto el objeto de análisis, corresponde examinar la figura legal y el alcance de la lesión al bien jurídico protegido en el presente caso.

La tenencia de arma de fuego que el legislador ha tipificado dentro de los "Delitos contra la Seguridad Pública", implica que "...el agente pueda disponer físicamente del arma en cualquier momento, llevándola en su poder, o dejándola "guardada" en algún lugar y teniéndola a su disposición..." (Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial T 1, ed. Astrea Buenos Aires, 1997 p.31).

Concuerdo con mis colegas en cuanto a que se trata de un delito de peligro abstracto. Por ello es que no se requiere la concreta lesión al bien jurídico protegido sino la posibilidad de que éste sea afectado.

La doctrina es unánime en cuanto a que es necesario que el arma esté en condiciones de ser utilizada, por ello en el caso de que se acredite que no resulta apta para disparar, se desvanece cualquier posibilidad de peligro para el bien jurídico protegido y devendrá atípica la conducta desplegada por el sujeto.

Sin lugar a dudas, debe tratarse de un arma de fuego idónea para efectuar detonaciones y pasible de ser utilizada por el agente o un tercero, pero no es requisito que se encuentre cargada para la configuración del peligro para la Seguridad Pública.

Aunque no tenga municiones en su interior al momento de la consumación del delito de tenencia, un arma de fuego idónea implica "per se" la situación de peligro que el legislador presume basándose en reglas de la experiencia.

En este sentido, Javier Augusto De Luca refiere que "...en los delitos de peligro abstracto lo que sucede es que, en el caso concreto.:. Sólo tendrá relevancia procesal la situación de que esa posibilidad de peligro nunca se hubiera podido concretar (no la lesión) , como cuando el arma de guerra no es apta para el disparo..." ("El Delito de tenencia de armas de guerra", ed. Ad. Hoc, 1993, pág. 34 y 35).

Otro aspecto a considerar, traído por la Defensa, es que el imputado reviste la calidad de miembro de la Policía de la Provincia por lo cual estaba autorizado para la portación de armas de guerra, lo que hace a la baja lesividad del hecho. Considero que habiéndose

acreditado que no tenía el permiso correspondiente, la calidad de empleado policial le otorgó conocimientos calificados respecto a la normativa aplicable para la tenencia del fusil, por lo que su calidad lejos está de exculpar o minimizar en forma alguna su responsabilidad.

En consecuencia, por los argumentos vertidos, atento la errónea aplicación de la ley (artículo 189 bis inciso segundo, párrafo tercero del Código Penal) efectuada por el Juez Penal para dictar el sobreseimiento, se impone la declaración de nulidad de la resolución atacada y la renovación del acto.

V. Como consecuencia de os argumentos brindados, propicio acoger el recurso extraordinario interpuesto, anular la resolución N° 2161/17 dictada por el Juez Miguel Angel Caviglia del Colegio de Jueces de Comodoro Rivadavia, y reenviar a los fines de desarrollar una nueva audiencia en los términos del artículo 295 del Código ritual.

Asi voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1°) DECLARAR PROCEDENTE la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal (hojas 57 a 65/vuelta);

2°) ANULAR la resolución n° 2.161/2017 del juez penal Miguel Angel Caviglia;

3°) REENVIAR la causa a la instancia, para que se reedite la audiencia preliminar; y

4°) Protocolícese y notifiquese.

MARIO LUIS VIVAS

MIGUEL ÁNGEL DONNET

ALEJANDRO JAVIER PANIZZI