

Causa Nro. 13990/I

"BIANCHI, AMADOR VÍCTOR S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DEL AUTO DE ELEVACIÓN A JUICIO".

///Isidro, 01 de septiembre de 2015.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver el recurso de apelación concedido a fs. 41, interpuesto por la defensora oficial, Dra. Gabriela Nadia Andrade, a fs. 29/38, contra la resolución cuya copia obra a fs. 21/27, en la que se resolvió no hacer lugar a la oposición al requerimiento de elevación a juicio en favor de Amador Victorio Bianchi y elevar la presente causa a juicio, que se les sigue en orden a la presunta comisión del delito de tenencia de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal (art. 189 *bis* inc. 2 segundo párrafo CP).

Y CONSIDERANDO:

Sometida al Acuerdo la causa y practicado el correspondiente sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Duilio Alberto Cámpora, Oscar Roberto Quintana y Ernesto A. A. García Maañón, para el caso de disidencia.

Seguidamente los Señores Jueces decidieron plantear y votar las siguientes cuestiones:

Primera: ¿Es admisible la impugnación interpuesta?

Segunda: ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Duilio Alberto Cámpora dijo:

A mi juicio, la impugnación intentada resulta formalmente admisible. Ello así, toda vez que además haber cumplido con los recaudos de tiempo y forma que regulan su interposición, el recurso abastece los requisitos de impugnabilidad tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, puesto que fue deducido contra una resolución expresamente prevista como apelable, por quien se encuentra

legitimado para ello, en tanto posee interés directo en el fondo del asunto, indicando específicamente los motivos de agravio y los fundamentos en que se sustenta su pretensión (arts. 18, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 337, 421, 439, 441, 442, 443, 446 a *contrario sensu* CPP).

Voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Oscar Roberto Quintana dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Cámpora, en igual sentido y por sus mismos motivos y fundamentos (arts. 168 y 171 Const. Prov.; 106 CPP).

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Duilio Alberto Cámpora dijo:

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la defensora oficial, Dra. Gabriela Nadia Andrade, contra la resolución de fecha 5 de junio de 2015 en la que se resolvió no hacer lugar a la oposición al requerimiento de elevación a juicio en favor de Amador Victorio Bianchi y elevar la presente causa a juicio, que se le sigue en orden a la presunta comisión del delito de tenencia de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal (art. 189 *bis* inc. 2 segundo párrafo CP).

II. La recurrente, en primer lugar, insistió con el pedido de nulidad del allanamiento que dio origen a la presente, en virtud de que el personal policial incautó efectos que no estaban comprendidos en la orden dispuesta, quebrantando, de esa forma, la garantía de inviolabilidad del domicilio como derivación del derecho a la intimidad (art. 18 CN).

Con relación al allanamiento, también indicó que su asistido hizo entrega al personal policial de la escopeta, sin haber sido anoticiado de

los alcances legales que podía tener tal conducta, circunstancia que, sostuvo, se encuentra en clara colisión con la garantía constitucional que protege contra la autoincriminación.

Afirmó que el allanamiento está viciado de una nulidad de carácter absoluto, por lo que debe ser excluido del proceso, así como la prueba derivada de él (art. 207 CPP), y no existiendo otra fuente de investigación independiente, corresponde sobreseer a su asistido.

En forma subsidiaria, más allá del pedido de nulidad, la Dra. Andrade sostuvo que, a contrario de lo decidido por el *a quo*, no hubo lesión al bien jurídico protegido por la norma porque la escopeta se encontraba descargada, en la casa de su defendido y fue entregada voluntariamente, a lo que le sumó las circunstancias personales de Bianchi al señalar que se trata de un hombre de 64 años de edad sin antecedentes penales. Sostuvo que los delitos de peligro abstracto deben ser interpretados a la luz del principio de lesividad (art. 19 CN), lo que exige descartar su tipicidad cuando no se demuestra una conducta objetivamente peligrosa.

Asimismo, afirmó que la figura en cuestión es de carácter doloso y en la presente, la actitud de entregar la escopeta hace inferir la total falta de intención de detentar la misma con fines ilícitos y la falta de dolo respecto de la figura imputada.

Por todo lo expuesto, solicitó se revoque la resolución en crisis y se otorgue el sobreseimiento a su asistido.

III. Analizadas las constancias de la causa, estimo que la resolución apelada debe ser revocada.

El magistrado *a quo* tuvo *prima facie* por justificado que *"el 01 de octubre de 2014 siendo las 18:30 aproximadamente, personal policial se constituyó en el domicilio de la calle Perú 1315 de la localidad y partido de Pilar para cumplir con una orden de allanamiento y secuestro emanada del Juzgado de Garantías N°6 de Pilar a cargo de*

Nicolás R. Ceballos, en la IPP N° 14-02-3597-14, siendo que momentos en los que son atendidos en dicho domicilio por Amador Victorio Bianchi, el nombrado hace entrega a la comisión policial de una escopeta recortada de doble caño calibre 16, compuesta por una parte fija y otra retráctil, la retráctil compuesta por el tubo cañon de 40 cm de largo y una manopla debajo de esta hecha en madera y la fija por la culata hecha madera, el cuerpo hecho en metal cromado, arco guardamonte, doble cola disparador dos martillos percutores montables y dos agujas percutoras para cada caño, sin numeración visible, quien la tenía sin la debida autorización legal" (sic conf. requisitoria elevación a juicio fs. 4/5).

La materialidad del hecho y la participación responsable del imputado en el evento fue tenida por acreditada con la evidencia relevada en el auto en crisis (fs. 21/27).

El suceso descrito fue considerado como constitutivo del delito de tenencia ilegal de arma de guerra previsto en el art. 189 *bis* inc. 2 segundo párrafo del CP.

Sobre esta base, corresponde analizar los agravios de la defensa, con el marco de conocimiento establecido por el art. 434 del CPP.

En primer lugar, por una cuestión de orden lógico, he de abocarme al planteo de nulidad, y adelanto que no puedo acompañar a la defensora en este punto.

Cabe destacar que el arma no fue hallada dentro de la morada, sino que fue el propio Bianchi quien entregó el arma antes de que inicie la búsqueda por parte del personal policial dentro del domicilio. En efecto, conforme surge del acta de allanamiento de fs. 3/vta del principal, Bianchi hizo entrega del arma y *acto seguido se designa al Sargento Amarilla Nicolás a realizar la pesquisa (sic)*. Se advierte entonces que los numerarios tomaron conocimiento de la existencia

del arma sin conculcar la esfera de intimidad del individuo por lo que no puede hablarse de una violación a la garantía de inviolabilidad al domicilio.

Por otra parte, estimo que tampoco podrá tener acogida favorable la supuesta vulneración a la garantía constitucional que protege la autoincriminación.

Dicha garantía prohíbe la autoincriminación coaccionada, circunstancia que, según surge de la mentada acta de allanamiento, no se configuró en la presente atento que no existe indicador alguno de que la entrega de la escopeta por parte de Bianchi no haya sido voluntaria.

Al argumentar sobre este punto la defensora resaltó la falta de conocimiento de su asistido sobre los alcances legales de su accionar. Entiendo que en el presente caso, este extremo, tal como explicaré en los párrafos siguientes, impacta y tiene efecto desincriminante, pero en otro nivel del análisis de la responsabilidad penal, la tipicidad subjetiva.

En definitiva, no se observa que haya mediado en la presente, a mi modesto entender, exceso del accionar policial en el marco del allanamiento que implique una violación a la garantía de inviolabilidad del domicilio, como tampoco se advierte afectación alguna a aquello que pretende resguardar la garantía de prohibición de la autoincriminación.

Saldado este punto, he de abocarme a los demás agravios defensistas, planteados en subsidio, relacionados con el encuadre típico de la conducta de Bianchi.

Para poder subsumir la conducta del agente en el delito de tenencia ilegal de arma de guerra, la acusación, debe acreditar, como elementos nucleares de la tipicidad objetiva, que el agente tuviere de hecho o a su disposición un arma de fuego, que la misma sea de las caracterizadas como de guerra por el Decreto 395/75 y que se carezca

de la debida autorización legal para tenerlas; a lo que debe sumarse como elemento fundamental, que la conducta lesione el bien jurídico seguridad pública.

Ya tengo dicho sobre este tópico que *dadas las características propias de la prohibición (instantánea, de efecto permanente, de peligro abstracto y de propia mano), entiendo, en lo que se refiere a los delitos de tenencia, que una vinculación típicamente relevante (...) puede establecerse de diversos modos: ser directa, actual y material, o por el contrario llegarse al extremo de no requerir de contacto físico con ellos. Sin embargo, resulta necesario que el objeto prohibido esté sujeto de alguna forma a la voluntad del imputado. Aún cuando la detención física del adminículo no sea imprescindible, sí es requisito que al menos exista un dominio funcional de la cosa, es decir, una posibilidad real de disponer, en el caso, del armamento. (...)Entonces, puede señalarse que la posesión de las armas de fuego opera cuando (a) se las incaute en poder del autor o (b) exista disponibilidad real sobre el objeto, (vgr. conoce donde se encuentra y tiene acceso a ella, o eventualmente, pueda decidir su destino)..." (conf. causas nro. 12.166/I, 11.046/I entre otras).*

En el *sub examine*, los elementos objetivos del tipo legal se encuentran justificados, en tanto el arma de fuego incautada estuvo en el ámbito de disposición del agente, fue caracterizadas como de guerra, según los términos del Decreto 395/75 (fs. 22 del ppal) y el imputado no posee autorización legal para su detención (fs. 25). Además, los elementos resultan aptos para su función, lo que permite tener abastecidas las exigencias del aspecto objetivo del tipo (fs. 21/24).

En respuesta a lo planteado por la defensa sobre la alegada ausencia de peligro a la seguridad pública y consecuente atipicidad, cabe recordar el inveterado criterio sostenido por esta Sala en cuanto

que la tenencia de armas sin la debida autorización está prohibida por ley en la medida que resulta peligrosa o bien que pone en riesgo el bien jurídico que se intenta tutelar: "la seguridad pública" (...) No cabe duda que el legislador penal entonces echa mano a los delitos de peligro abstracto, en la inteligencia que de esta manera se prevén conductas generadoras de riesgo no para un solo bien sino para los bienes en general, considerados en común, como pertenecientes a un grupo indeterminado de personas (...) Es claro que la conducta en estos casos es definida peligrosa por si misma, no hay un adelantamiento a los actos preparatorios de un delito posterior sino que la característica común es antes bien, la generalización del efecto externo en toda conducta de una determinada clase (Jakobs, Gunther, Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgustverletzung, ZSW 97, pp, 751 y ss. / conf. Cit. de Ziffer Patricia, " El Concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma", Doctr. Y Juspr. Penal Año 2 Nro. 3 Edit. Ad-Hoc, Bs As. 1996 Pg. 331/353) -conf. causas 5569/Iª, 6544/Iª, 7608/Iª, 13.604/Iª, entre otras)-.

Por lo tanto, es mi criterio que la acción típica es aquella que crea condiciones vulnerantes, porque "...Tratándose de un delito de peligro abstracto, la tenencia de armas se configura por el solo hecho de poner en peligro la seguridad pública, sin importar si se encuentra cargada, ya que se consuma con la sola acción de tener el objeto sin autorización, cualesquiera que hubiesen sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo... (Cám. Nac. Crim. y Corr. Fed., Sala II, 18 de septiembre 1987, DJ, 1988-2, p. 879, LL, 1988-C, p. 223; ídem, Sala I, 24 de mayo 1989. LL. 1990-A. p. 374; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala IV, 4 de marzo 1994, LL, 1995- B, p. 406)..." - conf. causas nro. 13.604/Iª, 10.668/Iª, entre otras-.

Resulta claro entonces, que no comparto el criterio defensista sobre la ausencia de lesión al bien jurídico en el caso a estudio, pues

no resulta determinante si el arma estaba descargada o no para su examen.

Habiendo establecido que la conducta achacada es objetivamente típica respecto del ilícito previsto en el 189 bis inc. 2 segundo párrafo, corresponde ahora determinar si el imputado actuó con dolo específico, y es en este punto, donde advierto que se encuentra el yerro en la decisión apelada y se funda el sobreseimiento que propongo.

Tengo dicho en relación a la subjetividad exigida en los tipos dolosos, que es regla de la dogmática que el dolo requerido para abastecer el aspecto subjetivo del tipo se configura con el conocimiento de los elementos objetivos de la prohibición y la voluntad de poner en marcha la causalidad, asumiendo su dominio, dirigiéndose a la obtención de un fin determinado, en base al conocimiento que se tiene. Y si bien en punto al conocimiento del agente en esas circunstancias no pueden formularse mayores consideraciones pues no puede invadirse la psique del sujeto como para advertir o no su presencia, no es menos cierto que por las características propias de la prohibición seleccionada por el Ministerio Público Fiscal para encuadrar la conducta del agente, la voluntad, como segundo momento de análisis, es un requisito objetivable que se infiere de determinados indicadores, que deben ser acreditados por la acusación (conf. causas N° 11.046 y 11.312).

Entonces, la detentación exigida por el tipo penal del art. 189 bis inc. 2 segundo párrafo CP, no exige la simple tenencia como dato objetivo, sino el conocimiento y voluntad de tener en la forma y condiciones descriptas en la norma.

En el caso que nos ocupa, es claro que Bianchi conocía la existencia del arma dentro de su domicilio –la tenencia-, sin embargo, estimo que no es posible afirmar, a partir de la prueba recolectada en la

investigación, el conocimiento de su parte de la ilegalidad de la tenencia en estas condiciones.

No debe olvidarse que la exigencia de que la tenencia del armamento sea *sin autorización legal* constituye lo que desde la dogmática penal se ha dado en llamar elemento normativo del tipo (Welzel) o remisión valorativa (Zaffaroni), es decir, aquéllos elementos que hacen a la configuración de la prohibición pero que para su interpretación remiten a valoraciones jurídicas -sea remitiendo a otra norma contenida en el CP o al resto del ordenamiento jurídico- o éticas.

Mas en tanto elemento constitutivo del aspecto objetivo del tipo, debe ser abarcado por el conocimiento del autor. Y si bien no se exige que el agente conozca específica y concretamente el significado que según la valoración jurídica o ética que demanda, pues sólo se requiere un idea general o como se la ha denominad *un conocimiento en la esfera paralela del lego o el profano*, sí se exige que conozca de modo efectivo y actual que no está autorizado a tener armas de fuego.

En el caso, el imputado al momento en que el personal policial se apersonó en su domicilio e hizo entrega del arma, manifestó *que la misma es una herencia de su padre de hace 40 años* - extremo no controvertido por el Ministerio Público Fiscal - (conf. copia del acta de allanamiento a fs. 3/vta. del ppal.).

Debe tenerse en consideración además que se trata de un sujeto de edad apreciable y pese a ello no cuenta con antecedentes penales.

Se aduna la actitud del imputado de entregar voluntariamente la escopeta y los cartuchos, incluso antes de que se pesquise el domicilio.

Todas estas razones pudieron llevarlo a conformarse la creencia de que se encontraba autorizado para la tenencia, extremo que no puede desecharse y que genera un marco de duda razonable.

Entonces, si bien el imputado conocía la existencia del arma y tenía la voluntad de disponer de ella, la versión (no desvirtuada) por la Fiscalía según la cual el arma fue heredada hace cuarenta años de su progenitor, en conjunción con la conducta asumida en el marco del procedimiento policial, permiten inferir que no ha mediado dolo por parte de Bianchi con respecto a la falta de autorización legal que exige el CP para tener por configurado el delito.

En resumen, la prueba hasta ahora reunida en autos no arroja probabilidad positiva respecto de la hipótesis planteada, pues no es factible determinar el conocimiento de la falta de autorización legal para tener la escopeta incautada.

La ausencia de dolo sobre uno de los elementos del tipo excluye la posibilidad de subsumir el hecho descrito como constitutivo del delito imputado.

En este contexto, entiendo la situación procesal del imputado ingresa a los supuestos previstos en el art. 323 incs. 3 y 6 CPP, por mediar *duda insuperable* sobre uno de los extremos de la imputación, no haber un pronóstico favorable respecto a la posible incorporación de prueba de cargo de permita destruir ese estado y encontrarse agotados los tiempos de investigación (conf. fecha de declaración a tenor del art. 308 CPP, fs. 31).

En función de lo expuesto, propongo al acuerdo revocar el auto en crisis y sobreseer a Amador Victor Bianchi, cuyas circunstancias obran en autos, por el hecho ocurrido el día 1 de octubre 2014, a las 18.30 hs. aproximadamente, en la finca sita en la calle Perú 1315, de la localidad y partido de Pilar, Provincia de Buenos Aires, que fuera jurídicamente calificado como constitutivo del delito de tenencia de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal, por mediar *duda insuperable* sobre uno de los extremos de la imputación, y no haber un pronóstico favorable respecto a la posible incorporación de

prueba de cargo de permita destruir ese estado y encontrarse agotados los tiempos de investigación (arts. 18, 19, 31 y 33 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 189 *bis* inc. 2 párrafo segundo *a contrario sensu* CP; 100, 201, 206 *a contrario sensu*, 207, 210, 211, 337 en función del 157 incs. 1 *a contrario sensu*, 323 inc. 3 y 6, 434 y 435 CPP).

Es mi voto.

A la misma cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Oscar Roberto Quintana dijo:

Adhiero al voto del Dr. Cámpora en igual sentido y por sus mismos motivos y fundamentos (arts. 18, 19, 31 y 33 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 189 *bis* inc. 2 párrafo primero *a contrario sensu* CP; 100, 201, 206 *a contrario sensu*, 207, 210, 211, 337 en función del 157 incs. 1 *a contrario sensu*, 323 inc. 2, 3 y 6, 434 y 435 CPP).

Es mi voto.

Por lo expuesto, el Tribunal

RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación el recurso de apelación concedido a fs. 41, interpuesto por la defensora oficial, Dra. Gabriela Nadia Andrade, a fs. 29/38, contra la resolución cuya copia obra a fs. 21/27, en la que se resolvió no hacer lugar a la oposición al requerimiento de elevación a juicio en favor de Amador Victorio Bianchi y elevar la presente causa a juicio, que se les sigue en orden a la presunta comisión del delito de tenencia de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal, de conformidad con los motivos expuestos al tratar la cuestión primera (arts. 168 y 171 Const. Prov.; 337, 421, 439, 441, 442, 443, 446 *a contrario sensu* CPP).

II. REVOCAR el auto en crisis y **SOBRESEER** a Amador Victorio Bianchi, cuyas circunstancias obran en autos, por el hecho ocurrido el día 1 de octubre de 2015, a las 18.30 hs. aproximadamente, en la finca sita en la calle Perú 1315, de la

localidad y partido de Pilar, Provincia de Buenos Aires, que fuera jurídicamente calificado como constitutivo del delito de tenencia de arma de fuego de guerra sin la debida autorización legal, de conformidad con los motivos expuestos al tratar la cuestión segunda (arts. 18, 19, 31 y 33 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 189 *bis* inc. 2 párrafo segundo *a contrario sensu* CP; 100, 201, 206 *a contrario sensu*, 207, 210, 211, 337 en función del 157 incs. 1 *a contrario sensu*, 323 inc. 3 y 6, 434 y 435 CPP).

Regístrese, notifíquese al señor Fiscal General y devuélvase de conformidad al Acuerdo Extraordinario de esta Alzada nro. 693, encomendando al Señor Secretario del Juzgado actuante la realización de las notificaciones restantes, sirviendo el presente de atenta nota de envío.

FDO.: DUILIO A. CÁMPORA – OSCAR R. QUINTANA

Ante Mí : BERNARDO HERMIDA LOZANO