

"Inc. de apelación de elevación a juicio en favor de Rogelio Omar Rodríguez"

C. 13999/I

San Isidro, 23 de septiembre de 2015.-

AUTOS Y VISTOS:

A fin de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 22/24vta. por la Sra. Defensora Oficial, Dra. María Gabriela Madariaga, contra el auto obrante a fs. 16/20 vta. de la presente incidencia, que resuelve elevar a juicio la IPP n° 14-5-348-15 seguida a Rogelio Omar Rodríguez, por resultar autor "*prima facie*" responsable del delito de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal, en los términos del art. 189 bis inc. 2º párrafo 1º del C.P.

Y CONSIDERANDO:

Sometida al acuerdo la presente causa, se mantiene el orden de votación dispuesto en el sorteo de rigor, correspondiendo expedirse en primer término al Dr. Ernesto A. A. García Maañón, en segundo lugar al Dr. Oscar R. Quintana y, para el caso de disidencia, el Dr. Duílio A. Cámpora.

Seguidamente los Sres. Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes cuestiones:

1.- ¿Es admisible la impugnación planteada?

2.- ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ, DR. GARCÍA MAAÑÓN, DIJO:

Que el requisito de legitimación subjetiva se encuentra cumplido, toda vez que la Sra. Defensora Oficial interviniente se encuentra legitimada para la interposición del recurso en trato, resultando además la vía de impugnación jurídicamente posible según la manda del art. 337 del ritual.

Asimismo, los presupuestos formales y temporales de admisibilidad se encuentran debidamente abastecidos.

En consecuencia, cumplidos los requisitos de admisibilidad subjetiva y objetiva a examinar, es que a la presente cuestión, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.** (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 337, 439, 442, 446 *a contrario sensu* y ccdtes. del C.P.P.)

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ, DR. QUINTANA, DIJO:

Adhiero al voto de mi colega de Sala, Dr. García Maañón, por sus mismos motivos y fundamentos. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del C.P.P.)

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ, DR. CÁMPORA, DIJO:

Adhiero al voto de mi colega preopinante el Dr. García Maañón, por los mismos motivos y fundamentos. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del C.P.P.)

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ, DR. GARCÍA MAAÑÓN, DIJO:

I.- Que el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías N° 5 Departamental, Dr. Diego E. Martínez, resolvió elevar a juicio la IPP n° 14-5-348-15 seguida a Rogelio Omar Rodríguez, por resultar autor "*prima facie*" responsable del delito de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal a tenor del art. 189 bis inc. 2º párrafo 1º del C.P.

II.- Que contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de apelación la Sra. Defensora Oficial, Dra. María Gabriela Madariaga, sosteniendo, básicamente, que el hecho atribuido a su asistido no encuadra en una figura legal, destacando el resultado de la peritación balística llevada a cabo, la cual concluyó que la pistola secuestrada resulta ser "*...NO SER APTA PARA SU FUNCIÓN ESPECÍFICA...*".

Agregó seguidamente que, a su consideración, no se verifica en el caso la tenencia de un objeto prohibido (arma en sentido legal), ya que de acuerdo con lo informado por el técnico en balística, el arma no es apta para el disparo, y a raíz de ello, no se le puede imputar la tenencia de arma a su defendido, pues, no cumple la función de tal.

En función de los argumentos expuestos, solicitó que se revoque la resolución impugnada y se decrete el sobreseimiento total de Rodríguez, en orden al delito investigado en la presente causa.

III.- Ahora bien, luego de un exhaustivo análisis del auto en crisis y sus fundamentos, así como del soporte demostrativo en que se sustenta la resolución, entiendo que los agravios interpuestos por la defensa no pueden prosperar.

En primer lugar, cabe recordar que a Rogelio Omar Rodríguez se le imputó el siguiente hecho: "*Que el Sr. Juez a cargo del Tribunal de Familia nro. 5 del Depto. Judicial de San Isidro, en el marco de los autos "ROMERO BARBARA LORENA C/RODRIGUEZ OMAR ROGELIO S/PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA*

FAMILIAR", ordenó el allanamiento del domicilio habitado por el aquí imputado, sito en la calle Gandolfo 2378 de Virreyes a los fines de proceder al secuestro de armas de fuego no autorizadas, la que se llevó a cabo el día 16 de enero del corriente año siendo las 18:30 hs. Es en esa circunstancia, que bajo del colchón ubicado en el dormitorio del imputado RODRIGUEZ ROGELIO OMAR, se encontró una pistola automática, modelo Raven, de color plateada, calibre 25 marca Phoenix Arms Ontario CA - Made in Usa, con numeración limada, conteniendo un cargador con dos cartuchos intactos del mismo calibre, arma que poseía ilegítimamente, ya que no contaba con la autorización respectiva".

La conducta señalada precedentemente fue calificada precariamente como constitutiva del delito de *"Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (Art. 189 bis, inc. 2º del C.P.)"*, por la que el Magistrado Garante resolvió elevar a juicio la presente causa seguida a Rogelio Omar Rodríguez.

Ahora bien, examinadas que fueron las constancias agregadas al presente incidente, en función de los agravios de la parte impugnadora, entiendo que el recurso interpuesto por la Sra. defensora oficial, no puede prosperar, ello por cuanto, considero que se encuentran reunidos en la presente causa, elementos probatorios que impiden arribar al grado de certeza negativa necesario para el dictado del sobreseimiento del imputado, y que sí se cuenta con la probabilidad necesaria para proceder a la remisión de la causa a juicio.

Si bien tengo dicho que *"...la inaptitud para efectuar disparos del arma detentada implica que la conducta desplegada por el imputado no pueda encuadrar en el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, toda vez que, tal como afirmara en anteriores intervenciones en este Tribunal, no hubo afectación o puesta en peligro al bien jurídico tutelado..."* y que *"...la tenencia de armas sin la debida autorización deviene reprochable penalmente sólo en la medida en que ella resulte peligrosa por poner en riesgo el bien jurídico que se intenta tutelar: la seguridad pública. Mal puede vulnerarse dicho bien jurídico si el arma no puede producir disparos, puesto que carece de la idoneidad exigida al elemento por no reunir los elementos que la definen como tal..."*, considero que el caso traído a estudio no se trata del mismo supuesto, por lo motivos que pasaré seguidamente a desarrollar.

Adopto este temperamento, pues se advierte de la peritación balística practicada al arma de fuego secuestrada -fs. 10/12- que la *"pistola calibre 25 auto, sin numeración visible con las inscripciones PHOENIX ARMS modelo RAVEN"* cumplimenta de modo correcto todo el proceso requerido para que se produzca la percusión, teniendo especialmente en consideración que según se informa *"fueron probados los mecanismos en vacío sin evidenciar desperfectos y/o falencia alguna"*.

Sin perjuicio de advertir que en el informe balístico se concluye que el arma no es apta para el disparo debido a que la aguja percutora no cuenta con la suficiente tensión, reviste particular importancia el hecho de que el percutor haya marcado el fulminante de los proyectiles hallados dentro del arma, lo que genera el riesgo suficiente que requiere la figura típica.

De este modo, comparto la tesis del magistrado "a quo" al señalar que *"si bien la falla mecánica detectada impide que la pistola incautada sea accionada de modo normal, ello no implica que deba desconocerse el peligro que tal artefacto representa, cuya existencia resulta suficiente para poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma"*.

En efecto, más allá de los agravios esgrimidos por la defensa relativos a que no se verifica en el caso la tenencia de un objeto prohibido, no puede descartarse la peligrosidad del arma para poner en riesgo el bien jurídico que se intenta tutelar, esto es, la seguridad pública.

De esta forma, considero que no puede descartarse en esta etapa la concurrencia de los elementos típicos constitutivos de la figura en trato, ni la responsabilidad *"prima facie"* atribuida a Rodríguez en el mismo.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, cabe recordar que los elementos de cargo contra el imputado no resultan definitivos, existiendo otra oportunidad procesalmente útil para reparar el perjuicio que pueda irrogar la resolución, y que la etapa instructoria no define el proceso, sino que solo lo prepara para el juicio contradictorio.

Entonces, analizado el soporte demostrativo en que se sustenta la resolución, estimo que las probanzas valoradas por el magistrado "a quo", poseen la entidad suficiente para el progreso de la causa a la siguiente etapa, toda vez que, como tengo dicho reiteradamente y es doctrina de esta Sala (*in re* causas 5930 "Ocampo Leandro s/ robo"; 6009 "Alberti Claudio s/ lesiones"; 6489 "Allmen Alejandro s/ robo calif"; 6986 "Sanfilipo Ariel Darío s/ homicidio culposo"; entre otras), el sobreseimiento configura una resolución jurisdiccional que cierra el proceso definitiva e irrevocablemente, con relación al imputado a cuyo favor se dicta, por estimarse que carece de fundamento o está extinguida la pretensión represiva, como afirma con precisión Torres Bas ("*El Sobreseimiento*", ed. Plus Ultra, 1971, p. 41). Consecuentemente, esta "*absolución anticipada*", como felizmente denomina Maier al instituto (Derecho Procesal Penal, t. II, p. 85, ed. Del Puerto, 1ª. Edición), o sentencia que concluye la instrucción sin desembocar en la fase del juicio, como la define Leone (Tratado de Derecho Procesal Penal, ed. E.J:E.A., t. II, p. 134, 1990), exige para su

dictado un estado de certeza negativa sobre la responsabilidad o autoría del imputado - entre otros supuestos-, que justifique el fenecimiento anticipado del proceso.

En el presente, reitero, no operan los supuestos mencionados en relación al delito imputado, puesto que el plexo cargoso valorado en su conjunto, abastece el estado de sospecha sobre la autoría responsable del imputado, configurando la probabilidad que Carrara menciona como necesaria para legitimar la acusación (cfr. *"Programa de Derecho Criminal"*, t. II, p. 381, ed. TEMIS.).

En función de lo expuesto, he de sufragar por confirmar el auto apelado que obra a fs. 16/20 vta. de la presente incidencia, en el que se resolvió elevar a juicio la presente causa seguida a Rogelio Omar Rodríguez, en orden al delito de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal, en todo cuanto fuera materia de agravio. **ASÍ LO VOTO** (Arts. 168 y 171 de la Const. de la Pcia. de Buenos Aires; 105, 106, 209, 323, 337, 439 y ccdtes. del C.P.P.; 189 bis inc. 2º párrafo 1 del C.P.).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ, DR. QUINTANA, DIJO:

Debo apartarme respetuosamente del voto del colega de Sala, Dr. García Maañon, pues considero que el motivo de agravio del recurrente puede ser atendido en forma favorable. En tal sentido adelanto, habré de proponer al acuerdo se revoque la decisión efectuada por el *"a quo"*, por los motivos y fundamentos que paso a exponer.

Tal como lo he considerado en anteriores votos de esta Sala (in re causa nº 6609 caratulada *"Roth, Jorge Emanuel s/Tenencia Ilegal de arma de uso civil"*) considero que la conducta de un sujeto que posee un arma de fuego no apta para el disparo resulta ser atípica.

En dicha inteligencia debe considerarse que el objeto del ilícito previsto en el artículo 189 bis, inciso 2º párrafo primero resulta ser las armas de fuego de uso civil.

Según la definición legal de arma de fuego, se entiende por aquella *"La que utiliza la energía de los gases producidos para la deflagración de la pólvora para lanzar un proyectil a distancia"* tal lo estipula el decreto ley 395/75.

Luego debe afirmarse, como lo ha hecho la doctrina, que el tipo legal requiere que el arma de fuego se encuentre en condiciones de ser utilizada, ya que si no funciona, o no es apta para ser usada como tal, desaparece toda posibilidad de peligro y la conducta es atípica (DONNA op. cit. p 108).

Ello es así pues el bien jurídico que se intenta proteger con la norma en trato resulta ser la seguridad común, entendida esta como la situación real en que la integridad de los bienes y de las personas se encuentra exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen, siendo las acciones típicas todas aquellas generadoras de

peligro para esa seguridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla.

Por lo tanto en el caso de marras, tal como surge del informe pericial -ver fojas 45/47- respecto del arma que le fuera secuestrada al imputado en el marco del allanamiento ordenado por el Sr. Juez a cargo del Tribunal de Familia nro. 5 del Departamento Judicial de San Isidro, al no resultar apta para producir disparos debido que la aguja percutora no golpea con la suficiente tensión requerida para que produzca la deflagración, considero que no se generan las condiciones necesarias para vulnerar el bien jurídico protegido por la figura penal en trato, esto es como se explicara anteriormente la seguridad común, deviniendo en consecuencia la atipicidad la conducta llevada a cabo por el imputado Rodriguez.

Finalmente, con relación al precedente de esta Sala que se citara al comienzo del presente voto, ante la interposición de recurso de casación Fiscal contra dicha resolución, el Tribunal de Casación Provincial resolvió rechazarlo argumentando - *causa nº 7310 - "...Que, para comenzar, conviene poner de resalto que nuestro Máximo Tribunal Provincial estableció que "no es por lo tanto aceptable que el << arma>> de guerra sin proyectiles, es decir, descargada o no cargada, pierda su condición esencial de ser arma, ya que el legislador ha entendido que continúa siendo tal aún cuando carezca de proyectiles, pues de lo contrario no sería admisible la penalización paralela de la tenencia o el acopio de varios objetos, estén juntos o separados. Que el arma esté 'cargada' con los proyectiles es indiferente al efecto (ver. SCBA. P 67.742, "Mendoza, Martín Ernesto", del 2-10-02. En sentido similar, causa P 63531, "Solís, Catalino", del 19-2-02,).*

En el mismo tenor se ha expresado parte de la jurisprudencia en el ámbito nacional, al explicar que "no es aceptable considerar que el arma de guerra sin proyectiles, es decir descargada o no cargada, pierda su condición esencial de ser arma de guerra y que no sea punible la tenencia de un arma en esas condiciones" (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, "R., G.", del 26-4-02).

Ahora bien, los precedentes así expuestos, cuyas apreciaciones comparto, me llevan a concluir que los requisitos típicos del artículo 189 bis del Código Penal se agotan en el hecho de que los materiales descriptos puedan ser utilizados en algún momento. Por ello, el recurrente lleva razón, en parte, sólo cuando centra su crítica en destacar que la circunstancia que el objeto secuestrado no contenía su cargador, no alcanza de por sí, para declarar la atipicidad de la conducta.

Sin embargo, en la especie concurren otros elementos que sí habilitan a soslayar la regla que acabo de exponer y que llevan, en definitiva, a la improcedencia del reclamo. Es que, de acuerdo a lo dicho, escapan al concepto típico del término "

arma ”, en el sentido del artículo 189 bis del Código Penal, aquellos elementos cuyo desgaste o deterioro los torna inocuos, es decir, inaptos para el fin para el cual fueron creados.

Así las cosas, si en forma incontrovertida se afirma que de acuerdo a la prueba pericial obrante en el expediente –que no fue cuestionada por el Fiscal-, el objeto que llevaba consigo el imputado J.E.R. no resultaba “apto” para el disparo (ver fs. 2/2 vta.), no puede considerársele “ arma ” en el sentido que corresponde otorgar al delito contra la seguridad común, por lo que el sobreseimiento dictado se encuentra ajustado a derecho...”.

En consecuencia, propongo al acuerdo revocar el auto en crisis y sobreseer a Rogelio Omar Rodriguez en la presente causa incoada en orden al delito de Tenencia ilegal de arma de uso civil sin la debida autorización (art. 189 bis, inciso 2º párrafo primero del Código Penal), por no encuadrar el hecho atribuido en una figura legal. Rigen los artículos 210, 323 inc. 3º, 337, 439 y ccdtes. del C.P.P.; arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ, DR. CÁMPORA, DIJO:

Siempre respetuoso, adhiero al voto del Dr. O. R. Quintana, por sus mismos motivos y fundamentos. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del C.P.P.)

Por todo lo expuesto, el Tribunal;

RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLE, por unanimidad, el recurso de apelación interpuesto a fs. 22/24vta. por la Sra. Defensora Oficial, por los motivos expuestos al tratar la primer cuestión. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 337, 439, 442, 446 “a contrario sensu” y ccdtes. del C.P.P.)

II. REVOCAR, por mayoría, el auto apelado que obra a fs. 16/20vta. de la presente incidencia y **SOBRESEER** a Rogelio Omar Rodríguez en la presente causa incoada en orden al delito de Tenencia ilegal de arma de uso civil sin la debida autorización (art. 189 bis, inciso 2º párrafo primero del Código Penal), por no encuadrar el hecho atribuido en una figura legal, por los motivos expuestos en el considerando, sin costas. (Arts. 168 y 171 de la Const. de la Pcia. de Buenos Aires; 105, 106, 210, 323 inc. 3º, 337, 439, 531 y ccdtes. del C.P.P).

Regístrese, notifíquese al Sr. Fiscal General y devuélvase al Juzgado de origen de conformidad con el Acuerdo Extraordinario de esta Alzada N° 693,

encomendando a su Secretario practique las notificaciones que estime pertinentes;
sirva el presente de atenta nota de estilo.-

**FDO: OSCAR R. QUINTANA- DUILIO A. CAMPORA – ERNESTO A. A. GARCÍA
MAAÑÓN**

Ante mí: BERNARDO HERMIDA LOZANO