

PORTACION DE ARMAS DE FUEGO. Atenuante por ausencia de fines ilícitos (art. 189 bis inc. 2°, 6to. párr., CP). Evidencia. Condiciones personales del autor y circunstancias del hecho. Fines ilícitos. Necesidad de invocación de la atenuante a través de la defensa material o técnica. Fundamento.

I. De acuerdo a una interpretación conforme del plexo constitucional, y en consideración del principio de inocencia, la figura atenuada de la portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, apartado 2°, párrafo sexto del CP), se aplicará tanto si existe certeza cuanto si hay duda acerca de la falta de intención de utilización del arma portada con fines ilícitos

II. La figura atenuada de la portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, apartado 2°, párrafo sexto del CP), no delimita cuáles son las condiciones personales del autor que habrán que ponderarse, en conjunto con las circunstancias del hecho, para derivar –con certeza o por duda– la falta de intención de utilizar el arma portada con fines ilícitos. Empero, el derecho penal de acto y no de autor que preside nuestra normativa constitucional, impone estrechar el sentido del amplio tenor literal de la fórmula, excluyendo todas aquellas circunstancias que versen sobre condenas o antecedentes penales previos. En tal sentido, cabe recordar que durante el tratamiento parlamentario de la ley se ejemplificó que esta cláusula sería de aplicación a aquellos casos en los que alguien porta las armas con finalidad deportiva, de caza o de colección. A su vez, la doctrina ha entendido que la atenuante podría aplicarse incluso a otros casos, ejemplificando con aquél que porta un arma para acudir en defensa legítima de un tercero, o bien del que lo hacía para defender a una persona que por error creyó agredida ilegítimamente por otro.

III. El fin ilícito del tipo atenuado del art. 189 bis, inc. 2, 6° párr., del CP, no significa necesariamente delictivo, sino que remite a un concepto más amplio de injusto o contrario a derecho.

IV. En razón de la estructura marcadamente subjetiva de la figura atenuada de la portación de armas por ausencia de fines ilícitos, su invocación debe surgir de la defensa material o técnica.

V. Cuando se sostiene que el tipo atenuado tiene una estructura marcadamente subjetiva y que, por ello, su invocación debe surgir de la defensa material o técnica, se está aludiendo a situaciones comunes con las causas que excluyen el dolo (error de tipo), las que excusan la culpabilidad (vgr. error de prohibición,

coacción), o las que la atenúan (por ejemplo la emoción violenta en el homicidio), en las que su invocación integra la refutación de la defensa a la acusación, sea para obtener una resolución desincriminatoria o bien, como en este caso, para una calificación legal más beneficiosa. Es que como el acusador debe relatar un hecho que se subsuma en un tipo para la acusación, si la defensa procura refutar esa subsunción mediante la invocación de una atenuante subjetiva, debe mínimamente explicitar las circunstancias que suscitan la subsunción pretendida. Ello no significa que el imputado deba probar estas circunstancias, porque conforme al principio de inocencia no tiene la carga probatoria de las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal que invoque. Será carga del acusador desvirtuarlas mediante pruebas porque, a diferencia de la defensa, sobre él pesa la responsabilidad probatoria. Por consiguiente, para la concurrencia de la atenuante prevista en el art. 189 bis inc. 2º, 6to. párrafo, del CP, lo que la defensa deberá invocar son las condiciones personales del autor y las circunstancias del hecho para derivar –con certeza o por duda– la falta de intención de utilizar el arma portada con fines ilícitos, sin necesidad de producir prueba para su verificación.

TSJ, Sala Penal, Sent. n° 310, 3/8/2015, “*ALMADA, Eduardo Ángel p.s.a. portación ilegal de arma de guerra –Recurso de Casación–*”. Vocales: Tarditti, López Peña y Cáceres de Bollati.

SENTENCIA NÚMERO: TRESCIENTOS DIEZ

En la Ciudad de Córdoba, a los tres días del mes de agosto de dos mil quince, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos “**ALMADA, Eduardo Ángel p.s.a. Portación ilegal de arma de guerra - Recurso de Casación-**” (S.A.C. n° 1183082), con motivo del recurso de

casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada Penal de Décimo Quinto Turno, Dra. María Clara Cendoya, defensora del imputado Eduardo Ángel Almada, en contra de la Sentencia número Veintidós, dictada el cuatro de julio de dos mil catorce por la Cámara en lo Criminal de Cuarta Nominación de ésta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Se ha inobservado en la sentencia dictada el art. 189 bis, apartado segundo, párrafo sexto del C.P.?

2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia número veintidós, del cuatro de julio de dos mil catorce, la Cámara en lo Criminal de Cuarta Nominación de ésta ciudad resolvió -en lo que aquí interesa-: **DECLARAR A EDUARDO ÁNGEL ALMADA, autor responsable del delito de Portación *Ilegal de Arma de Guerra en los términos de los arts. 45, 189 bis, apartado 2, párrafo 4º del C.P., -Hecho único de la Requisitoria Fiscal de fs. 101/102 de autos-, imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, adicionales de ley y costas, con declaración de reincidencia (arts. 5, 9, 12, 40, 41 y 50 del C.P. y 412, 550 y 551 del C.P.P.)... ” (fs. 181).***

II.1. Contra el decisorio mencionado, el imputado Eduardo Ángel Almada, tempestivamente manifestó su voluntad impugnativa (fs. 187).

2. La Sra. Asesora Letrada Penal de 15º turno, Dra. María Clara Cendoya, interpretando la voluntad recursiva de su defendido, articula el presente recurso de casación, invocando el motivo sustancial de la vía escogida -art. 468 inc. 1 del CPP- (fs. 192 vta.).

La defensa plantea que el sentenciante aplicó erróneamente la ley penal sustantiva con relación al hecho que tuvo por acreditado con certeza,

encuadrando la conducta endilgada a su defendido, en la figura de portación ilegítima de arma de guerra, cuando en realidad correspondía aplicar la figura atenuada contenida en el artículo 189 bis, apartado segundo, párrafo sexto del CP.

Así, alega que el juzgador a los fines de fundamentar el rechazo de la aplicación del tipo atenuado de la portación de armas, sólo se limitó a exponer los elementos típicos y las circunstancias fácticas comunes a toda "portación ilegítima", los cuales no son suficientes para fundar la certeza que debe existir respecto a la intencionalidad del autor de llevar el arma consigo con fines ilícitos. Agrega que aún en caso de duda -sobre dicha intencionalidad del autor-, la misma debió favorecer al acusado y por consiguiente aplicar la figura atenuada (fs. 193 y 194 vta./ 199).

III. El Tribunal de mérito estableció la siguiente plataforma fáctica: "Con fecha nueve de febrero de dos mil trece, siendo las 2,30 hs. aproximadamente, personal policial perteneciente al CAP distrito IX concretamente el cabo Lucas Mauricio Aráoz quien se encontraba a cargo del móvil policial n° 6218 dispuso el control de tres sujetos que se *conducían a bordo del vehículo Fiat Concord domicilio X341479 en Av. Sagrada Familia a la altura del 1000 de B° Parque Tablada de esta Ciudad. Así, tras identificar a los sujetos, quienes se dieron a conocer como Eduardo Ángel Almada, Maximiliano Noel Gutiérrez y Santiago Sebastián Gutiérrez, el cabo Aráoz habría constatado que el primero de los nombrados llevaba colocada en la cintura una pistola calibre 9 mm, n° S1864, de origen República Checa, modelo Model 75, con un cargador con doce cartuchos y uno en la recámara, arma de guerra que portaba sin la debida autorización legal*" (fs. 176 / 176 vta.).

Al momento de calificar legalmente el accionar endilgado al imputado Eduardo Ángel Almada, el sentenciante estimó que el hecho acreditado encuadra en el delito de portación ilegal de arma de guerra, tipificado en el art. 189 bis, apartado 2, párrafo cuarto del Código Penal, descartando la aplicación del párrafo sexto del citado artículo -solicitado por la defensa-, puesto que la manera en que

era llevada el arma por el acusado, demuestra con claridad que sabía perfectamente que la misma no le pertenecía, que la llevaba cargada y con un proyectil en la recámara, por lo que estaba en plena condición de utilización inmediata.

IV. 1. En forma preliminar, corresponde señalar que la acusación por la cual fue llevado a juicio Almada relata un hecho subsumible en la portación de armas de guerra (art. 189 bis, 2º, 4º párr., CP, correspondiente al art. 189, 2º, 4º párr., DJA).

En ejercicio de la defensa material, el imputado negó la portación aunque admitió que "el arma existe y estaba adentro del auto" (fs. 171 vta., 172).

En oportunidad de la discusión final, la defensa técnica admitió la portación pero alegó "que no era su intención cometer ningún delito", "no se ha probado que iba a cometer un delito" y solicitó la aplicación del tipo atenuado que concurre "cuando haya certeza, como cuando haya duda de que se portaba para cometer un delito" (fs. 175).

2. La cuestión traída a estudio por el recurrente gira en torno a la aplicación del tipo atenuado de la portación de arma de guerra, contenido en el art. 189 bis, apartado 2º, párrafo sexto del C.P., cuyo análisis se ha realizado en anteriores precedentes de esta Sala (S. nº 235,09/09/2008, "Oviedo"; S. nº 86, 22/04/2009, "Góngora", S. nº 141, 22/06/2011, "Alaníz Funes"), los que aquí se seguirán.

La ley 25.886, introdujo diversas modificaciones en relación a la tenencia y portación de armas de fuego. Estableció un tipo básico de la portación inautorizada de armas de guerra (inc. 2do., 4to. párr.), y entre los tipos atenuados, incluyó el que pretende la defensa, esto es que cuando "por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos" (art. 189 bis, inc. 2º, 6to. párrafo).

En los precedentes citados, en base a los fundamentos entonces explicitados, se realizó una interpretación "conforme al plexo constitucional" de este tipo que

en consideración al principio de inocencia (art. 11 DUDH, art. XXVI DADDH, art. 8, 2 CADH, art. 14, 2PIDCyP, art. 39 C. Pcial), concluyó que las alusiones a la evidencia de la falta de intención de utilización del arma indebidamente portada con fines ilícitos, debe entenderse no sólo de acuerdo a su significado literal como certeza, sino que resultando desde las normas constitucionales equivalente con ella la duda, la interpretación conforme permite complementar el sentido de aquella expresión integrándola con la normativa de mayor jerarquía.

Asimismo, se sostuvo que en cuanto a cuáles son las "condiciones personales del autor ", el tipo atenuado no delimita cuáles son las que habrá que ponderarse en conjunto con las " circunstancias del hecho" para derivar -con certeza o por duda- la falta de intención de utilizar el arma portada con fines ilícitos. En los precedentes jurisprudenciales se remarcado, que conforme al derecho penal de acto y no de autor (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 C.N., 11 DUDDHH, 14.2, 14.2, 15 PIDDCyPP, 8.2, 8.4, 9 CADDHH y ctes.), debe estrecharse el sentido del amplio tenor literal de la fórmula referida a las "condiciones personales del autor ", excluyéndose todas aquellas que versen sobre condenas o antecedentes penales previos.

Se señalaron, tanto en relación a la información que aporta la interpretación histórica durante el tratamiento parlamentario de la ley, más precisamente en el dictamen elaborado por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados (en la que se introdujo esta atenuante no contenida en el proyecto original), explicándose esta cláusula ejemplificando que sería de aplicación a aquellos casos en los que alguien porta las armas con finalidad deportiva, de caza o de colección (Cfr. OTRANTO, Guido S., "Armas y explosivos. El nuevo régimen penal del artículo 189 bis del Código Penal (ley 25.886)", L.L., 22/7/04, versión on line, nota al pié de página n° 22); en la doctrina se ha entendido que la atenuante podría aplicarse incluso a otros casos, ejemplificado con aquél que porta un arma para acudir en defensa legítima de un tercero o bien del que, por error estimó que lo hacía para defender a una persona que creyó que era agredida ilegítimamente por otro (LAJE ANAYA, Justo-LAJE ROS, Cristóbal, "Notas al

Código Penal Argentino. Reformas 2000-2006", Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, p. 312, ABOSO, Gustavo E., "Régimen penal de armas de fuego, municiones y explosivos a partir de la reforma introducida por la ley 25.886", en "Reformas penales al Código Penal", Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 210).

Se sostuvo asimismo que dada la estructura marcadamente subjetiva ("falta de intención de utilizar las armas con fines ilícitos") su invocación debe surgir de la defensa material o técnica.

Esta última cuestión es la que se analizará más detalladamente en este fallo en relación al caso concreto.

3. Cuando se sostiene que el tipo atenuado tiene una estructura marcadamente subjetiva y que, por ello, su invocación debe surgir de la defensa material o técnica, con ello se está aludiendo a situaciones comunes con las causas que excluyen el dolo (error de tipo), las que excluyen o excusan la culpabilidad (vgr. error de prohibición, coacción) o las que la atenúan (por ejemplo la emoción violenta en el homicidio), en las que su invocación integra la refutación de la defensa a la acusación, sea para obtener una resolución desincriminatoria o bien como en este caso interesa, para una calificación legal más beneficiosa.

Así como el acusador debe relatar un hecho que se subsuma en un tipo para la acusación, si la defensa procura refutar esa subsunción mediante la invocación de una atenuante subjetiva, debe mínimamente explicitar las circunstancias que suscitan la subsunción pretendida, sin que deba probarlas porque conforme al principio de inocencia, el imputado no tiene la carga probatoria de las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal que invoque (v. Cafferata Nores-Tarditti, colab. Arocena, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Ed. Mediterránea, 2003, Córdoba, T. 1, p. 27). Será carga del acusador desvirtuarlas mediante pruebas, porque a diferencia de la defensa sobre él pesa la responsabilidad probatoria.

Las circunstancias que la defensa debe invocar, como se ha explicitado, son las " condiciones personales del autor" y las "circunstancias del hecho" para

derivar -con certeza o por duda- la falta de intención de utilizar el arma portada con fines ilícitos, sin necesidad de producir prueba para su verificación.

En el caso, la defensa técnica solicitó la aplicación de la atenuante por falta de intención de utilizar el arma portada con fin ilícito, aludiendo a "que no era su intención cometer ningún delito", "no se ha probado que iba a cometer un delito" (fs. 175).

Sin embargo, como se sostuvo en el precedente "Oviedo" (TSJ, Sala Penal, s. n° 235/2008), "ilícito no significa necesariamente delictivo sino que remite a un concepto más amplio de injusto o contrario a derecho".

Y esto es lo que acontece conforme a las "circunstancias del hecho", en el contexto en que se produjo la aprehensión en flagrancia del imputado.

El imputado junto a otras dos personas, circulaban en un automóvil, en horas de madrugada, a alta velocidad y de manera zigzagueante por las calles de la ciudad. Tal situación en tanto generadora de un riesgo no permitido, objetivamente motivó sospechas en personal policial que patrullaba por el lugar y que los llevó a tomar la decisión de "controlarlos", es decir un procedimiento que tampoco ha sido objetado en su legalidad y que ante un proceder en principio contrario a normas, es decir para nada una conducta lícita, consiste básicamente en identificar, verificar que el automotor tenga la documentación, verificar la condición en relación a alcohol que pueda vincularse con la conducción peligrosa. Para ello, el móvil policial encendió las balizas y sirena, pero en lugar de detenerse, siguieron la marcha, se tuvo que solicitar colaboración a otra dotación policial a los fines de darles alcance, logrando su cometido luego de una persecución que se extendió a lo largo de cinco o seis cuadras, luego de las cuales identificaron a los sujetos, de los cuáles sólo el imputado estaba armado, todos ebrios, el automóvil en pésimas condiciones de circulación y sin documentación (fs. 179 vta. / 180 vta.). Este obrar reticente tampoco es lícito aunque no resulte delictivo. Si bien el imputado no era quien conducía el vehículo -a alta velocidad- iba dentro del automóvil por voluntad propia, toda vez que era amigo de los otros

ocupantes de la unidad, todos los cuales viven en el mismo barrio -Colinas del Cerro- y lo trasladaban -a esa hora de la madrugada y armado- a barrio Alberdi.

En definitiva, no fue erróneamente aplicada al caso la figura básica de portación ilegal de arma de guerra prevista en el art. 189 bis inc. 2°, párrafo cuarto del C.P., ni se ha inobservado incorrectamente la aplicación del tipo atenuado, por las razones dadas precedentemente.

Así voto.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada Penal de 15° turno, Dra. María Clara Cendoya, en su carácter de defensora del imputado Eduardo Ángel Almada, con costas (arts. 550 y 551, CPP).

Así voto.

El señor Vocal doctor Sebastián López Peña, dijo:

La señora Vocal preopinante, Dr. Aída Tarditti, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación deducido por la Sra.

Asesora Letrada Penal de 15° turno, Dra. María Clara Cendoya, en su carácter de defensora del imputado Eduardo Ángel Almada. Con costas (art. 550/551 del C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.