

Tipo Tribunal Fuero: **de Emisor:** **Fallo:** TRIBUNAL SENTENCIA SUPERIOR PENAL

Título Principal: RECURSO DE CASACIÓN PENAL - PRUEBA - INDICIOS - VALORACIÓN - ARMAS -ARMAS DE GUERRA - TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO - REQUISITOS TÍPICOS DE LOS DELITOS -

PARTES INTERVINIENTES EN EL FALLO
Actor: GUARDATTI HORACIO EUGENIO Y OTRO
Demandado:
Objeto: PSSAA PORTACIÓN DE ARMA DE GUERRA ETC - RECURSO DE CASACIÓN -

Firmantes:
AIDA BLANC CAFURE GERZICICH de ARABEL, Maria BATTISTELLI, de las Maria TARDITTI Mercedes Esther

Materias: PENAL

REFERENCIAS

- **Referencias Jurisprudenciales:** -----
- **Referencias Normativas:** -----

Sumario: 1-No hay óbice para fundar una condena en prueba indirecta, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos. En similar sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la cual cuando se trata de una prueba de presunciones es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes. La confrontación crítica de todos los indicios resulta inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente que convierte en arbitraria a la sentencia portadora de este vicio.2-La tenencia de armas equivale a la conservación de ellas dentro de un ámbito material de custodia o en un lugar, aún escondido, en el que se encuentre a su disposición. La portación exige que se lleve el arma consigo, trasladándola de un sitio a otro, en lugar público, de acceso público o en lugar privado donde el sujeto activo se ha hecho presente, en condiciones de uso inmediato, aunque para ello deba montarse y, en su caso, cargarla. Tratándose ambos delitos, de ilícitos contra la seguridad pública (seguridad común), tanto la tenencia, como la portación, exigen la conducta flagrante del sujeto activo, pues sólo si se está realizando actualmente [la conducta configurativa de uno u otro entuerto] se puede hablar de un peligro para la seguridad común.La tenencia compartida sobre una única arma es posible, y el reproche habrá de llegar cuando se compruebe en los hechos, que los agentes han tenido un efectivo poder de disposición sobre ella. A diferencia de la tenencia, la portación no parece susceptible de ser compartida, pues si bien la primera sólo implica contar con la posibilidad de disponer de tal objeto, la segunda requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso. No obstante, para el efectivo dominio de

hecho sobre el material no se requiere el persistente contacto físico con el objeto cuya tenencia desautorizada la ley veda.

Texto: SENTENCIA NUMERO: TRESCIENTOS CUATRO En la ciudad de Córdoba, a los veintiocho días del mes de noviembre de dos mil siete, siendo las doce horas se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados "GUARDATTI, Horacio Eugenio y otro p.ss.aa. portación de arma de guerra, etc. - Recurso de Casación-" (Expte. "G", 12/07) con motivo del recurso de casación interpuesto por los defensores Dres. Daniel Eduardo González y María Clara Cendoya a favor de los imputados Miguel Ángel López y Horacio Eugenio Guardatti, respectivamente, en contra de la sentencia número siete, dictada el veintisiete de marzo de dos mil siete, por la Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de esta ciudad de Córdoba, en Sala Colegiada bajo la presidencia del Sr. Vocal Dr. Eduardo Caeiro, e integrada por los Sres. Vocales Dres. Eduardo Ugarte y Julio César Bustos. Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes: 1º) ¿Es nula la sentencia por carecer de fundamentación en cuanto a la participación de los imputados Horacio Eugenio Guardatti y Miguel Ángel López en el hecho? 2º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 189 bis, inc. 2º, cuarto párrafo del Código Penal al caso de autos? 3º) ¿Qué solución corresponde dictar? Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel. A LA PRIMERA CUESTION: La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: I. Por sentencia nº 7, dictada el 27 de marzo de 2007, la Excma. Cámara Octava en lo Criminal de esta ciudad de Córdoba, en Sala Colegiada, resolvió –en lo que aquí interesa–: I) Declarar a Miguel Ángel López, ya filiado, coautor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de guerra (hecho único del requerimiento de citación a juicio obrante a fs. 171/175), en los términos de los arts. 45, 189 bis, 4º párrafo, imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de tres años y siete meses de prisión, con adicionales de ley, costas y declaración de primera reincidencia, revocándosele la libertad condicional concedida por la Cámara Novena del Crimen, por Auto Nº 21 de fecha 03/06/04 (arts. 5, 9, 12, 15, 40, 41 y 50 del CP y arts. 412, 550 y 551 de CPP). Unificar la presente condena con lo que le resta cumplir de la impuesta por la Cámara Novena del Crimen, con fecha 23/02/01, en la pena única de 5 años y 6 meses de prisión, con adicionales de ley, costas, manteniendo la declaración de primera reincidencia (arts. 5, 9, 12, 40, 41, 50 y 58 del CP y arts. 550 y 551 del CPP). II) Declarar a Horacio Eugenio Guardatti, ya filiado, coautor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de guerra (hecho único del auto de elevación a juicio obrante a fs. 338/341), en los términos de los arts. 45, 189 bis, 4º párrafo del CP, imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de 3 años y 8 meses de prisión, con adicionales de ley, costas y declaración de segunda reincidencia (arts. 5, 9, 12, 40, 41 y 50 del CP y arts. 412, 550 y 551 del CPP) (fs. 501/512). II. En forma preliminar corresponde señalar que la presentación de las defensas tanto para la primera como para la segunda cuestión, aunque con desarrollos diferentes, convergen en la pretensión impugnativa y en algunos de los argumentos que exponen en su sustento. Por ello, y por razones de economía procesal, a continuación se abordará un examen conjunto de ellas. III. Recurso del defensor del imputado Miguel Ángel López: Contra el decisorio referido, el Dr. Daniel Eduardo González, en su carácter de letrado defensor de Miguel Ángel López, articula el presente recurso a mérito de lo previsto por los arts. 468 inc. 2º del CPP, por inobservancia del art. 413 inc. 3º y 4º, en función con el art. 185 inc. 3º, por violación de los principios y garantías

constitucionales consagrados en el art. 1, todos del CPP. El impetrante considera que el pronunciamiento condenatorio está basado exclusivamente en prueba indiciaria, careciendo en absoluto de prueba directa acerca de cómo se sucedieron los hechos y la efectiva participación de Miguel Ángel López en el mismo. En este sentido, el recurrente sólo reconoce como probado que el hecho se produjo en calle Del Molino y Saavedra el día veintisiete de noviembre de dos mil cuatro, aproximadamente a las 11:45 horas y admite como cierto que López circulaba en el automóvil detenido en el sitio de mención. Sin embargo, entiende que la conclusión consistente en que López portaba un revolver calibre 38 largo, marca "Orbea", color negro, serie nº 314294 y un revolver calibre 32 largo, marca "Colt", color negro, serie nº 204157, carece de la debida motivación. Destaca que la versión exculpatoria sostenida por López –que nunca vio armas en el automóvil y negó tener arma alguna- no ha sido desvirtuada por elementos probatorios de cargo que quiebren el principio de inocencia. Expresa el quejoso, que tanto al momento de la aprehensión de López, como en la Sala de Audiencia, ninguno de los uniformados intervinientes en el operativo de calle Del Molino y Saavedra reconocieron a López, ni recordaron que el mismo haya portado arma alguna, y mencionaron que López no portaba ninguna arma ya que las mismas se encontraban envueltas en una bolsa plástica de un supermercado, ubicada entre los dos asientos delanteros. Indica el recurrente, que de las actas de secuestro (fs.5 y 10) no surge que ninguno de los objetos allí consignados hayan sido secuestrados en poder de López y sino se puede establecer la pertenencia material del arma no se puede endilgar esa conducta antijurídica a López. Aclara que si bien en su primera declaración su defendido (fs.57) dijo que no había huido y luego en el debate reconoció que sí se había dado a la fuga, no es menos cierto que el mismo explicó que primero huyeron Guardatti y Mansilla, luego huyó él porque cuando el policía Mercado gritó "armas", como tenía antecedentes y "estaba debiendo", quién le iba a creer que esas armas no eran suyas. Agrega el quejoso, que tampoco ha quedado demostrado en el debate dónde estaba realmente López ubicado en el vehículo, porque tanto Ceballos (fs.69) como su defendido dicen que el mismo se encontraba sentado en la parte trasera del rodado, atrás del conductor; en tanto que los funcionarios policiales Mercado y Landriel si bien en su primera declaración (el día del hecho), no dijeron nada con respecto a la ubicación de los sujetos dentro del automóvil, luego de cinco días (fs.44/45) en una segunda declaración, dicen que López iba sentado al lado del acompañante, pero ninguno de ellos en la sala de audiencia reconoció a López, ni se acordaban donde estaba ubicado cada sujeto. Entiende el recurrente que ante estas declaraciones contradictorias el "a quo", sin prueba alguna, tomó por cierto lo expresado por Mercado y Landriel. Afirma el recurrente que la prueba no ha sido analizada de modo integral sino en forma parcial, lo que conlleva a conclusiones parciales y arbitrarias, que de no haber sido así hubiera primado el principio del in dubio pro reo. Concretamente el tribunal de mérito debería haber aplicado el art. 406 párrafo 3 del CPP, que establece para el caso de duda la absolución del imputado. Concluye que la sentencia condenatoria de su defendido carece de la debida fundamentación en orden a la participación responsable del mismo en el hecho investigado, toda vez que los indicios valorados no son lo suficientemente unívocos como para sostener una certeza condenatoria. (fs. 518/528) IV. Recurso de la defensora del imputado Horacio Eugenio Guardatti: a su vez la Dra. María Clara Cendoya, Asesora Letrada Penal del 15º Turno, defensora del imputado Horacio Eugenio Guardatti, fundando técnica y jurídicamente la voluntad recursiva de su asistido, impugna la sentencia dictada en autos, planteando el motivo de casación previsto por el inc. 2º del art. 468 de la ley de rito –motivo formal-, por no encontrarse debidamente fundada la resolución que recurre. Señala la impetrante que, si bien hay circunstancias que

no se encuentran controvertidas por esa defensa –que el imputado Horacio Eugenio Guardatti iba en el vehículo en cuestión; la posición que en el auto ocupaban cada uno de los imputados de acuerdo con la declaración de los empleados policiales Mercado y Landriel (fs.14 y 19 respectivamente); que se procedió al secuestro de dos armas de entre los dos asientos delanteros, en el interior de una bolsa de nylon, la que estaba cerrada y que una vez que el policía Mercado advierte la existencia de estas armas, Guardatti junto con los imputados Mansilla y López se dan a la fuga-, sí lo están las conclusiones extraídas en la fundamentación que realiza el a quo en lo relativo a la participación que le cupo en el hecho al imputado Guardatti, las que devienen de un razonamiento arbitrario, toda vez que, estima la recurrente, carece de fundamentación a más de que no resulta la única conclusión posible a la que se puede arribar. En efecto, alude, que si bien existió una persecución por parte de los empleados policiales Mercado y Landriel al vehículo Renault 12, no es menos cierto, que era Ceballos el conductor y por ende quien tenía el dominio del mismo, ante lo cual el Tribunal de mérito no fundamenta como Guardatti, quien no tenía el dominio del vehículo, colaboró o asintió con la huída que emprendió Ceballos al advertir la presencia policial. Sumado a ello, la recurrente señala algunas circunstancias desincriminantes, a saber: que terminada la persecución, Guardatti salió del automóvil y entregó su documentación al personal policial en clara evidencia de que nada tenía que ocultar; que las armas se encontraban adentro de una bolsa de nylon entre los dos asientos delanteros y que a simple vista no se veía que contenía la bolsa, tan es así que el policía tuvo que palparla para darse cuenta de que eran armas. A partir de lo expuesto la defensa se pregunta, cómo pudo el juzgador, sin más, concluir que Guardatti conocía de la existencia de las armas sosteniendo en consecuencia, que al no haber sido dotada aquella conclusión de mayores fundamentos, la misma se torna arbitraria. A más de ello, indica, que el Tribunal para llegar a la certeza participativa, analizó las declaraciones efectuadas por los imputados al momento de ejercer sus defensas materiales, a las que remató diciendo que fueron contradictorias entre sí y entre ellos. Advierte la recurrente que los imputados Ceballos y López situaron en el asiento delantero a Guardatti y además manifestaron que fue él quien trajo las bolsas en cuyo interior se secuestraron las armas, en una clara intención de desvincularse y responsabilizar a su defendido cuando aún se encontraba prófugo. Esta incriminación se encuentra desvirtuada por los testimonios policiales de Mercado (fs.14) y Landriel (fs.19), quienes dieron cuenta de que el rodado era conducido por Ceballos y quien lo acompañaba en el asiento delantero era López. Subraya la recurrente que en su posición exculpatoria Guardatti manifestó “que ese día momentos antes de su detención Mansilla lo pasó a buscar junto a otros muchachos, a quienes no conocía, en un Renault 12, para ir a jugar al fútbol y luego son detenidos por la policía, secuestrándose del interior del vehículo unas armas que el dicente no sabía que estaban ya que no eran de él” (fs. 294/295) y si bien esta posición exculpatoria se contradice con lo dicho por los co imputados López y Ceballos, recalca que lo cierto y probado es que las versiones exculpatorias de estos últimos fueron desvirtuadas por los empleados policiales, no así lo dicho por Guardatti. Concluye, que el decisorio atacado incumple con la obligación de fundamentar en motivos de hecho, conforme el principio de razón suficiente, que Guardatti tenía conocimiento de la existencia de las armas, menos aún de que las tenía o portaba, o que una de ellas se trataba de un arma de guerra, ni la voluntad de hacerlo, basándose el Tribunal de mérito únicamente en un indicio, la huída de Guardatti, sin otro elemento de cargo que apoye esa decisión (fs. 529/535). V.1. Esta Sala tiene dicho, en reiterados precedentes, que no hay óbice para fundar una condena en prueba indirecta, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfílogos (T.S.J., Sala Penal, S. n°

41, 27/12/84, "Ramírez") y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria (T.S.J., S. n° 45, 29/7/98, "Simoncelli"; "Bona", cit.; A. n° 1, 2/2/04, "Torres", entre muchos otros). En similar sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la cual "cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes" ("Martínez, Saturnino"; 7/6/88, Fallos 311:948; cfr. T.S.J., Sala Penal, S. n° 45, 28/7/98, "Simoncelli"; A. 32, 24/2/99, "Vissani"); "la confrontación crítica de todos los indicios resulta inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente que convierte en arbitraria a la sentencia portadora de este vicio" (C.S.J.N., "Fiscal c/ Huerta Araya", 12/6/90, citado por Caubet, Amanda y Fernández Madrid, Javier, "La Constitución, su jurisprudencia y los tratados concordados", Errepar, 1995, n° 4840). Lo arriba expuesto, congruentemente impone a quien impugna una sentencia fundada en prueba indiciaria, tomar razón de todos y cada uno de los elementos de juicio ponderados por el Tribunal, aprehendidos en su sentido de conjunto, para no desnaturalizar la esencia del razonamiento así estructurado. 2. En este sentido, los recurrentes no discuten que sus defendidos iban en el Renault 12 y que adentro del mismo había armas, por el contrario; el defecto que ellos denuncian se orienta a cuestionar la insuficiencia probatoria en cuanto a que sus asistidos conocían de la existencia de las armas (vicio de fundamentación). Al respecto cabe señalar que el a quo ha realizado una meritación completa e interrelaciona de las pruebas colectadas, respetuosa de la sana crítica racional, que nos lleva a concluir con grado de certeza que tanto Guardatti como López no eran ajenos a que en el interior del Renault 12, en el que se conducían, había armas de fuego. Nos hallamos frente a un cuadro probatorio donde los imputados son sindicados por numerosos indicios que convergen en señalar que los mismos, Guardatti y López, conocían de la existencia de las armas. En tal sentido la motivación reposa en los testimonios del personal policial interviniente en el control policial, el cual encontró su origen en que los imputados, López y Guardatti se conducían -junto con otros dos sujetos más- a bordo de un Renault 12, en contra mano y a una velocidad considerable. Así las cosas, los uniformados Mercado y Landriel fueron contestes en relatar toda la trama de lo sucedido: tiempo, trayecto de persecución y que todo ocurrió sin solución de continuidad. Señalando en similares términos la posición que cada uno de los imputados tenía en el automóvil, el imputado Ceballos era el conductor, en tanto que Miguel Ángel López iba sentado en el asiento delantero derecho (asiento del acompañante), Luis Alberto Mansilla en el asiento trasero lado izquierdo y Horacio Guardatti en el asiento trasero lado derecho (ver fs.1/2, 44, 66/67 y 11, 45 y 109 en función de fs.505/507). En este mismo orden de ideas, el Oficial Mercado, en presencia del imputado Ceballos, realizó el control del rodado, y observó que entre los dos asientos delanteros había una bolsa de nylon color blanco, de supermercado, que contenía dos armas de fuego, un revolver 38 largo y un revolver 32 largo, que no había otra cosa adentro del vehículo y que el mismo carece de guantera y panel delantero por estar totalmente roto (ver fs.1/2 en función de fs. 505/506). Repárese que por el lugar en que se encontraban las armas, al momento de ser secuestradas, las mismas estaban a la vista de todos los que iban en el interior del auto y que si bien aquellas permanecían envueltas en una bolsa de nylon de supermercado, no se trataba de un envoltorio que por su textura impidiera en modo alguno reconocer u apreciar su contenido. En este contexto, adviértase cual fue la

reacción que tanto Guardatti como López tuvieron ante el descubrimiento de las armas, la cual no fue precisamente de desconcierto o asombro sino la de salir corriendo emprendiendo la fuga. No hubo por parte de ellos una actitud de confusión y sobresalto por el hallazgo de las armas, todo lo contrario, en el mismo momento que el policía Mercado anoticia de la existencia de ellas a su compañero Landriel, el imputado Guardatti salió corriendo y el imputado López hizo lo propio pero en sentido contrario (ver testimonios de los policías Mercado fs.1/2, 44 y 66/67, Landriel fs.11, 45 y 109 y Ramírez fs.8). Completa el cuadro probatorio el croquis del lugar del hecho (fs. 3) donde se ve reflejado el trayecto desde que el R12 es avistado hasta el momento de la detención. El acta de aprehensión del imputado Ceballos (fs. 6); acta de secuestro e inspección ocular del rodado, las armas y los documentos de sus ocupantes (fs. 5); acta de aprehensión del imputado López (fs. 4) donde consta que el mismo vestía bermudas rojas y croquis del lugar (fs. 9); acta de secuestro de la camisa roja de la cual López se desprende en su huída (fs. 10). En consecuencia, la declaración del imputado Ceballos carece de fuerza convictiva, y no presta respaldo a la del imputado López. Si bien Ceballos afirmó, con seguridad, que "el loco" (por Guardatti) se sentó adelante y puso la bolsa (en la que estaban las armas) en la gaveta del rodado; ello fue totalmente desmentido por las declaraciones supra valoradas de los policías Mercado y Landriel. Sumado a ello que en la gaveta del Renault 12 no se podía haber guardado elemento alguno ya que la misma estaba totalmente destruida. Cuando el prevenido López manifiesta que se fugó por miedo, porque la policía efectuó un disparo de arma de fuego, esa afirmación se encuentra totalmente desvirtuada por la declaración del personal policial, los que fueron contestes en afirmar que no se hizo ningún disparo durante el procedimiento (fs.109). Por otra parte, tampoco resulta atendible la queja vinculada con la falta de valoración por parte del tribunal de la posición exculpatoria de los imputados López y Guardatti, en cuanto que, se habían juntado para ir a jugar al fútbol. En efecto la defensa soslaya que conforme a las reglas de la experiencia no resulta incompatible conducirse a un partido de fútbol munido de armas de fuego, ambas actividades no resultan antagónicas, ni riñen con la prueba incorporada a debate y valorada por el Tribunal de juicio. En síntesis, todos estos indicios analizados en su conjunto coinciden en acreditar que los aquí traídos a juicio, Horacio Guardatti y Miguel Ángel López, no eran ajenos al conocimiento de que en el interior del Renault 12, en el que se conducían, se encontraban dos armas de fuego; razón por la cual, las conclusiones de la sentencia configuran una decisión razonable de la prueba con ajuste a los principios que se vinculan con la fundamentación lógica y legal, los indicios señalados convergen en forma contundente hacia la existencia y participación de los acusados en el hecho traído a estudio. Voto, pues, negativamente. La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 de las Mercedes Blanc G. de Arabel, 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 CUESTION: La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: I. De otro costado, la defensa de Miguel Ángel López reprocha la calificación legal de portación ilegal de arma de guerra y de uso civil. En este orden de ideas señala que hay un error conceptual en cuanto dicha figura no admite la coautoría de dos personas al mismo tiempo y sobre la misma arma. Advierte el quejoso que el verbo típico que es la "portación" no es compatible con el ejercicio por parte de dos sujetos, ya que el hecho de que esa disposición de hecho se de con relación a uno, implica que el otro no goza de la misma, tampoco se puede observar una

coautoría por división de funciones en razón de que no se aprecia división funcional posible a los fines de concretar la figura típica. Finalmente teniendo en cuenta la teoría del dominio del hecho en virtud del verbo típico, no es posible que ambos sujetos tengan en sus manos la posibilidad de determinar o no la concreción del hecho típico. Destaca el recurrente que se porta un arma cuando un sujeto la lleva consigo en condiciones de inmediatez de uso, por lo que la misma no puede ser compartida. Ello se desprende de la misma naturaleza conceptual de la portación, a diferencia de la tenencia como poder de hecho que sí permite ser compartido en razón de que el verbo típico "tener" admite esa posibilidad. El impetrante coteja tales ideas con las probanzas de autos y aprecia que las armas no fueron secuestradas en poder de ninguno de los prevenidos, que no eran llevadas en condiciones de ser utilizadas en forma inmediata por ninguno de los imputados, por lo que considera que la figura en cuestión no puede ser atribuida a ninguno de los mismos en carácter individual, como así tampoco en calidad de coautores, por lo que esa figura debe ser desplazada por la genérica y abarcativa de la tenencia de arma de fuego, en este caso una de guerra y otra de uso civil, sin la debida autorización o permiso legal. En consecuencia, para el quejoso, la conducta de López y Guardatti debe encuadrarse dentro de la figura de la tenencia de arma de guerra (art. 189 bis, inc.2º, segundo párrafo del CP) (Cita jurisprudencia en abono de su postura) (fs.522 vta./525) II. En igual sentido la Dra. María Clara Cendoya, Asesora Letrada Penal del 15º Turno, defensora del imputado Horacio Eugenio Guardatti, plantea en forma subsidiaria la errónea aplicación de la ley penal sustantiva, toda vez que no es de aplicación al caso la figura de la portación ilegal de arma de fuego sino la de la tenencia. Afirma que tanto en doctrina como en jurisprudencia se entiende que el verbo portar es utilizado en el sentido de que porta quien tiene la facultad para mantener en su poder un arma, es decir, cuando el sujeto la lleva consigo, en condiciones de inmediatez de uso; por eso porta quien la exhibe o blande, trasladándola de un lugar a otro, en lugar público y en condiciones de uso inmediato (cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su afirmación). Continua resaltando la recurrente que el concepto restringido de portación –en relación con el de tenencia- explica que sea erróneo referir que cuatro sujetos puedan portar al mismo tiempo armas de fuego. Indica que al requerir la figura de la portación que su autor lleve el arma sobre sí, la blanda, y también por el solo requerimiento que la tenga a su disposición en condiciones de uso inmediato, determina que la portación, a diferencia de la tenencia, no pueda ser compartida (cita doctrina y jurisprudencia). Por lo que solicita se realice un nuevo encuadramiento legal de la conducta que le cabe a su defendido Horacio Eugenio Guardatti, en la figura de la tenencia ilegal de arma de guerra en los términos de los artículos 45 y 189 inc.2º, segundo párrafo del CP y en consecuencia proceda conforme los arts. 443, segundo párrafo, 474, 479 y ccdtes del CPP (ver fs. 533/535). III.1. El Tribunal de mérito -en lo que aquí interesa- fijó el hecho conforme la requisitoria fiscal de elevación a juicio, del siguiente modo: Con fecha veintisiete de noviembre de dos mil cuatro, siendo aproximadamente las 11:45 horas, los imputados Leonardo Germán Ceballos, Horacio Guardatti, Miguel Ángel López y Luis Alberto Mansilla, se conducían a bordo de un automóvil Renault 12, dominio SQK-062, color amarillo, por calle Díaz de Solís en sentido oeste-este –en contra mano- y al advertir la presencia de un móvil policial aceleran la marcha del rodado y doblan por calle Superi en sentido sur-norte de esta ciudad, girando luego por calle Gaboto hacia la izquierda, luego desde ésta hacia Saavedra en dirección a las vías férreas y luego de recorrer unas cinco cuadras, siendo perseguidos continuamente por personal policial en el móvil N° 3926 de la patrulla preventiva norte, al llegar a la calle Del Molino y Saavedra personal policial les dio la voz de alto, deteniendo el vehículo los imputados y

procediendo los uniformados al control de sus ocupantes y palpado de armas, siendo el conductor del vehículo el prevenido Ceballos y el resto de los imputados sus acompañantes, los que no portaban sobre sus cuerpos en ese momento armas de fuego. Luego de controlar a los sujetos, mientras el policía Landriel se quedó con los imputados, el Cabo Primero Omar Mercado se dirigió a controlar el rodado, secuestrando entre los dos asientos delanteros una bolsa de nylon que contenía en su interior dos armas de fuego, a saber un revólver calibre 38 largo, marca Orbea, color negro, serie N° 314294 con una munición en el tambor, calificado de acuerdo a la ley nacional de armas N° 20.429 y sus posteriores modificaciones como arma de guerra y un revólver calibre 32 largo, marca Colt, color negro, serie N° 204157 con carga completa (seis municiones en el tambor), clasificado de acuerdo a la ley nacional de armas N° 20.429 y sus posteriores modificaciones como arma de uso civil, armas que estos imputados portaban sin la debida autorización toda vez que las poseían continuamente a su disposición, habiéndolas colocado previamente y a tales efectos entre medio de los dos asientos delanteros del rodado Renault 12 en el que se conducían. En dicha ocasión, al advertir que personal policial había secuestrado las armas, los imputados López, Guardatti y Mansilla, se dieron a la fuga, quedando en el lugar sólo el prevenido Ceballos, el que fue aprehendido inmediatamente. Momentos después fue aprehendido el prevenido López por personal policial de otro móvil luego de que cruzara la vías férreas en barrio San Martín de esta ciudad, en su huída (fs. 171/175, 338/341 y 501/502).

2. Al momento de calificar legalmente el accionar atribuido a los imputados Guardatti y López, considerado acreditado con certeza por el Tribunal, la sentenciante encontró que éste era típico, proporcionando los siguientes argumentos: el obrar de los mismos consistente en portar sin la debida autorización, un revólver calibre 38 largo marca Orbea, serie N° 314294, con una munición en el interior, calificado de acuerdo a la ley nacional de armas N° 20.429 y sus posteriores modificatorias, como arma de guerra y un revólver calibre 32 largo marca Colt, serie N° 204157 con carga completa (seis municiones en el tambor), clasificado según la ley mencionada como arma de uso civil, armas éstas que los acusados portaban sin la debida autorización toda vez que las poseían continuamente a su disposición, habiéndolas colocado previamente a tales efectos entre medio de dos asientos delanteros del rodado Renault 12 en el que se conducían, hasta que fueron descubiertas y secuestradas en un control policial, tras lo cual se dieron a la fuga, queda atrapado en la figura delictiva del delito de portación ilegal de arma de guerra, en los términos de los arts. 45, 189 bis, 4° párrafo del C. Penal. ...entiende que en el presente caso existe un concurso aparente de leyes, donde opera un desplazamiento de la figura de la portación de arma de uso civil por parte de la portación de arma de guerra, por el accionar de la regla de la consunción, donde un tipo penal queda englobado-absorbido dentro de otro más perfecto y más grave... existe un hecho o acción con pluralidad de encuadramiento legal. (fs.511 vta.).

IV.1. En la medida en que los impugnantes refutan la sentencia en cuanto al encuadre legal propiciado, su reproche se compadece con el motivo sustancial de casación (art. 468 inc. 1°, CPP), y bajo dicha óptica los mismos serán analizados. El problema a resolver en esta segunda cuestión estriba en brindar el correcto encuadre jurídico al hecho atribuido a Miguel Ángel López y Horacio Guardatti. Concretamente, debe indagarse si resulta adecuado haber subsumido la conducta de los nombrados, como lo hizo el a quo, en el delito de portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inc.2°, cuarto párrafo del CP), o si -por el contrario- dicho suceso debe ser encuadrado en la figura de tenencia ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inc. 2°, segundo párrafo del CP).

2. Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse ya en relación con los requisitos típicos de los delitos de tenencia y portación ilegal de

arma de fuego (artículo 189 bis, apartado 2° del C.P.). Por lo tanto, resulta oportuno reiterar los conceptos allí vertidos. Así, por ejemplo, en los precedentes Quinteros, Núñez y Cavaglia –entre otros- (S. n° 93, del 26/8/2005; S. n° 132, del 18/11/2005 y S. n° 134, del 24/11/2005, respectivamente), tuvimos oportunidad de señalar que, mientras la tenencia de armas equivale a la conservación de ellas dentro de un ámbito material de custodia o en un lugar, aún escondido, en el que se encuentre a su disposición (cfr. Balcarce, Fabián I., *Armas, municiones y materiales peligrosos en el Código Penal* (art. 189 bis), Lerner, Córdoba, 2004, p. 76; Reinaldi, Víctor F., *Delincuencia armada*, 2ª edición ampliada y actualizada, Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 161), la portación exige que se lleve el arma consigo, trasladándola de un sitio a otro, en lugar público, de acceso público o en lugar privado donde el sujeto activo se ha hecho presente, en condiciones de uso inmediato, aunque para ello deba montarse y, en su caso, cargarla (cfr. Balcarce, Fabián I., *Armas...* cit., p. 92; en sentido equivalente, Reinaldi, Víctor F., *Delincuencia...* cit., p. 167). Por lo demás, tratándose ambos delitos, de ilícitos contra la seguridad pública (seguridad común), tanto la tenencia, como la portación, exigen la conducta flagrante del sujeto activo, "...pues sólo si se está realizando actualmente [la conducta configurativa de uno u otro entuerto] se puede hablar de un peligro para la seguridad común" (Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 1971, t. VI, pág. 70, quien no obstante referirse a la anterior regulación de estos ilícitos contra la seguridad común, brinda razones igualmente aplicables a la normativa vigente). 3. El marco teórico presentado aporta las razones suficientes para decidir la cuestión planteada, y para hacerlo en sentido favorable a las pretensiones de los recurrentes. En efecto, la figura aplicada por el Tribunal de Juicio requiere que el traslado del arma de fuego, en condiciones de uso inmediato, de un sitio a otro, en un lugar público, sea sin la debida autorización legal y llevándola consigo. La ausencia de este último elemento determina el desplazamiento del tipo penal de portación al de tenencia ilegal de arma de fuego. Corresponde ahora analizar, si conforme a las circunstancias del caso, ese desplazamiento de la figura penal es factible. Ciertamente, la tenencia implica la conservación del arma dentro de un ámbito material de custodia o en un lugar, aun escondido, en el que se encuentre a su disposición, pero sin llevarla consigo (Reinaldi, ob.cit., p. 161). En consecuencia, la tenencia compartida sobre una única arma es posible, y el reproche habrá de llegar cuando se compruebe en los hechos, que los agentes han tenido un efectivo poder de disposición sobre ella (Balcarce, ob. cit., p.76). A diferencia de la tenencia, la portación no parece susceptible de ser compartida, pues si bien la primera sólo implica contar con la posibilidad de disponer de tal objeto, la segunda requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso. No obstante, para el efectivo dominio de hecho sobre el material no se requiere el persistente contacto físico con el objeto cuya tenencia desautorizada la ley veda (Balcarce, ob. cit., p. 92/93). Del análisis de las características que le son propias a la figura de la portación se advierte una seria dificultad conceptual y fáctica de co autoría, en razón de que la portación no se aprecia "prima facie" compatible con el ejercicio de la misma por parte de dos sujetos, ya que el hecho de que uno la lleve consigo implica que el otro no goza de la misma. Esto es así dado que la portación tiene un plus sobre la tenencia: ambos implican poderes de hecho, pero a la primera se le agrega el llevarla consigo mismo y pudiendo efectivizar su posibilidad de disposición en cualquier momento. En sentido opuesto, la mera tenencia como poder de hecho que en sí permite ser compartida en razón de que el verbo típico "tener" admite esa posibilidad, que el tipo se dé en conjunto y por la actuación compartida de dos o más sujetos en calidad de coautores. 4. A partir de la doctrina precedentemente consignada, cabe preguntarse: ¿los prevenidos portaban las armas o simplemente las tenían?. Las

armas de fuego al momento del secuestro se encontraban entre los dos asientos delanteros adentro de una bolsa de nylon. No puede aseverarse con certeza que alguno de los imputados las llevara sobre sí, momentos antes del control policial, y en su caso cuál de ellos, dado que ese detalle no surge de las constancias obrantes en autos. Pero sí puede sostenerse con certeza que tenían dos armas de fuego entre los asientos delanteros del vehículo automotor, tenencia que sí es susceptible de ser compartida, dado que tanto López como Guardatti conocían de su existencia en ese lugar, ya que estaban a la vista y disposición de cualquiera, y obviamente que las tenían sin autorización legal conforme surge de los informes de fs. 74, 118, 167 y 191. En el caso bajo examen cabe concluir, entonces, que hecho endilgado a Miguel Ángel López y Horacio Guardatti se encuadra dentro de la figura de la tenencia ilegal de arma de guerra. Voto, en este punto, afirmativamente. La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 de las Mercedes Blanc G. de Arabel, 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 TERCERA CUESTION: La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde: I. Rechazar el recurso deducido, en cuanto a los agravios tratados en la primera cuestión. II. Hacer lugar al recurso deducido, en cuanto a la segunda cuestión. En consecuencia corresponde casar parcialmente la sentencia impugnada (arts. 468 inc. 1º y 479 C.P.P.), sólo en cuanto al encuadramiento legal del hecho como portación ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inc.2º, cuarto párrafo del CP). En su lugar, debe calificarse como tenencia ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo del CP). III. Asimismo, corresponde ahora fijar la pena para los imputados Miguel Ángel López y Horacio Eugenio Guardatti. 1. De las pautas individualizadoras para el imputado Miguel Ángel López, se mantiene en su favor, que es una persona joven, con estudios secundarios incompletos, que tiene tres hijos menores de edad que educar, que tiene trabajo u oficio para mantener a su familia. En su contra, se valoran: sus antecedentes penales computables dado que tiene una condena anterior y la modalidad de intervención penal. Por todas esas circunstancias, estimamos razonable imponer a Miguel Ángel López la pena de dos años y seis meses de prisión, declaración de primera reincidencia, adicionales de ley y costas, unificando la misma con lo que le resta cumplir de la impuesta el 23/02/2001 por la Cámara Novena en lo Criminal de esta Ciudad, en la pena única de cuatro años y cinco meses de prisión, con declaración de primera reincidencia, adicionales de ley y costas, revocando la libertad condicional otorgada por aquel Tribunal el 03/06/2004 (arts. 5, 9, 12, 40, 41, 50 y 58 CP). 2. De las pautas individualizadoras para el imputado Horacio Eugenio Guardatti, se mantiene en su favor, su edad, que tiene primario completo, que tiene trabajo para mantenerse. En su contra, se valoran: sus antecedentes penales computables dado que tiene dos condenas anteriores y la modalidad de intervención plural. Por todas esas circunstancias, estimamos razonable imponer a Horacio Eugenio Guardatti la pena de dos años y seis meses de prisión, la declaración de segunda reincidencia, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 40, 41, 50 del CP y arts.). IV. Sin costas de esta Sede, atento al éxito aquí obtenido (art. 550 y 551 CPP). Así voto. La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 de las Mercedes Blanc G. de Arabel, 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. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; RESUELVE: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Daniel Eduardo González, en su condición de defensor del imputado Miguel Ángel López y de la Dra. María Clara Cendoya, Asesora Letrada del 15 Turno, defensora del imputado Horacio Guardatti, en cuanto a los agravios tratados en la primera cuestión. II) Casar parcialmente la sentencia número siete, del veintisiete de marzo de dos mil siete, dictada por la Cámara Octava en lo Criminal de esta ciudad (arts. 468 inc. 1ro. y 479 C.P.P.), en cuanto resolvió declarar Miguel Ángel López, ya filiado, coautor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de guerra (hecho único del requerimiento de citación a juicio obrante a fs.171/175), en los términos de los arts. 45, 189 bis, 4º párrafo, imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de tres años y siete meses de prisión, con adicionales de ley, costas y declaración de primera reincidencia, revocándosele la libertad condicional concedida por la Cámara Novena del Crimen, por Auto N° 21 de fecha 03/06/04 (arts. 5, 9, 12, 15, 40, 41 y 50 del CP y arts. 412, 550 y 551 de CPP). Unificar la presente condena con lo que le resta cumplir de la impuesta por la Cámara Novena del Crimen, con fecha 23/02/01, en la pena única de 5 años y 6 meses de prisión, con adicionales de ley, costas, manteniendo la declaración de primera reincidencia (arts. 5, 9, 12, 40, 41, 50 y 58 del CP y arts. 550 y 551 del CPP). Declarar a Horacio Eugenio Guardatti, ya filiado, coautor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de guerra (hecho único del auto de elevación a juicio obrante a fs. 338/341), en los términos de los arts. 45, 189 bis, 4º párrafo del CP, imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de 3 años y 8 meses de prisión, con adicionales de ley, costas y declaración de segunda reincidencia (arts. 5, 9, 12, 40, 41 y 50 del CP y arts. 412, 550 y 551 del CPP) (fs. 501/512). III) En su lugar, declarar, que Miguel Ángel López es autor del delito de tenencia ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo del CP), e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de dos años y seis meses de prisión, con declaración de primera reincidencia, adicionales de ley y costas, unificando la misma con lo que le resta cumplir de la impuesta el 23/02/2001 por la Cámara Novena en lo Criminal de esta Ciudad, en la pena única de cuatro años y cinco meses de prisión, con declaración de primera reincidencia, adicionales de ley y costas, revocando la libertad condicional otorgada por aquel tribunal el 03/06/2004 (arts. 5, 9, 12, 40, 41, 50 y 58 CP). Declarar, que Horacio Eugenio Guardatti es autor del delito de tenencia ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo del CP), e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de dos años y seis meses de prisión, con declaración de segunda reincidencia, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 40, 41 y 50 CP). IV) Sin las costas de esta Sede, atento al éxito aquí obtenido (art. 550 y 551 CPP). 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 las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Fallo N° 304 de fecha 28/11/2007