

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas
Sala III

**Causa N° 0010508-01-00/14 “INCIDENTE DE APELACION en autos
‘DOMINGUEZ Carlos Facundo s/Inf. Art. 85 C.C.’”**

//nos Aires, 28 de diciembre de 2015.

-

El Dr. Jorge A. Franza dijo:

VISTOS:

Vienen los autos a conocimiento de este tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 61/62vta. por la Dra. María Lousteau –Defensora Oficial a cargo de la Defensoría en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 21– contra el auto que resolvió no hacer lugar al planteo de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad incoados por esa parte – cfr. fs. 55/56 vta.-.

Para fundar la excepción por atipicidad, la apelante refirió que *“...no son las valoraciones propias de una audiencia de juicio para determinar la atipicidad de la conducta investigada; toda vez que de la propia descripción de la conducta en el decreto de determinación del hecho se desprende que se trataba de un elemento de plástico que no puede ser considerada “arma no convencional”, tal como lo exige el artículo en cuestión. Como se sostuvo en el planteo oportunamente efectuado el elemento cuya portación se le imputa al Sr. Dominguez no puede ser tomado como “arma”, toda vez que una réplica de plástico no posee cualidades ni para atacar ni para defenderse...”* –cfr. fs. 61 vta.-.

Al contestar la vista conferida, el Fiscal ante esta Cámara entendió que *prima facie* se encontraban acreditados los elementos que integran el tipo contravencional, toda vez que la réplica del arma secuestrada resulta idónea para ejercer la violencia tacita o intimidación típica. Así, entendió que *“...no puede perderse de vista que tal como surge de las constancias de autos el elemento secuestrado resulta una réplica exacta de una real, que incluso posee la inscripción de la marca y el calibre correspondiente, por lo cual podría generar en un tercero la percepción de que se trata de un arma de fuego, acarreando su poder intimidatorio”* –cfr. fs. 70-.

Finalmente, el Defensor ante esta Cámara, Dr. Luis Esteban Duacastella Arbizu, mantuvo todo cuanto fue materia del recurso de apelación esgrimido por su colega de grado –cfr. fs. 73/73vta.-.

Y CONSIDERANDO:

I. Primera cuestión: Admisibilidad del recurso

En lo que respecta a la admisibilidad del planteo recursivo interpuesto por la Defensa Oficial a fs. 61/62 vta., entiendo que el remedio intentado ha sido interpuesto en tiempo y forma y por quien se encuentra legitimado para hacerlo y contra una decisión equiparable, por sus efectos, a sentencia definitiva (arts. 50 de la ley 12; arts. 198 y 279 del C.P.P.C.A.B.A., en función del art. 6 L.P.C.).

II. Segunda Cuestión: De la excepción por atipicidad

Sobre el particular, la Defensa Oficial hizo hincapié en que: *“En definitiva, no nos encontramos ante la necesidad de realizar un profundo análisis de la prueba colectada, sino simplemente establecer una mera relación entre los hechos imputados y las pruebas ya producidas en su totalidad al momento de efectuar este planteo. Razón por la cual, nada variaría, en este punto, con la realización de un eventual juicio oral y público. [...] En definitiva, de la descripción que hace el Sr. Fiscal en el decreto de determinación de los hechos y de lo que surge de la causa al momento, se vislumbra de manera manifiesta la imposibilidad de encuadrar la conducta en la contravención prevista por el art. 85 bis del Código Contravencional”* –cfr. fs. 62-.

Ahora bien, apoyó sus argumentos sobre elementos de carácter probatorio que no pueden ser valorados en esta instancia –como por ejemplo, la falta de poder intimidatorio del arma de plástico secuestrada–, en tanto el momento procesal oportuno para ello es, naturalmente, el debate.

Así lo entendió también el Juez de grado, en cuanto afirmó que *“... el planteo resulta prematuro, ya que durante el debate, de acuerdo con los principios de inmediación y contradicción, se producirán las pruebas que permitirán valorar, en base a los preceptos de la sana crítica racional, si el elemento secuestrado en este proceso se encuentra destinado a ejercer violencia”* –cfr. fs. 56-.

Así, la Sra. Defensora afirmó en su escrito recursivo que tal como se encuentra el estado de la causa, con sólo ponderar lo establecido en el

decreto de determinación de los hechos y lo que surja del resto de las actuaciones, es suficiente para afirmar la atipicidad de la conducta –cfr. fs. 62-. Sobre el punto, entiendo que el *a quo* reconoció que en este estadio procesal no es posible afirmar la manifiesta atipicidad respecto del hecho que se investiga, por lo que consideró necesaria la celebración del juicio oral y público, donde ambas partes tendrán la posibilidad de producir las pruebas que consideran pertinentes para sustentarlas. Ergo, no coincido con la interpretación realizada por el recurrente sobre el decisorio cuestionado.

Sin perjuicio de lo expuesto, pretender que la consecuencia natural de lo manifestado en el decreto de determinación de los hechos del art. 92 del CPPCABA -en función del art. 6 de la LPC- sea el archivo de las actuaciones –omitiendo que el Fiscal articule su teoría del caso, e incluso omitiendo valorar la prueba de cargo–, no sólo no encuentra asidero en la legislación procesal vigente, sino que además implicaría prescindir del principio contradictorio, pilar fundamental del sistema penal acusatorio que rige en nuestro fuero.

Por último, y tal como lo he expresado en otras oportunidades^[1], la atipicidad debe aparecer en forma evidente, palmaria y patente, circunstancia que no ocurre en estos actuados toda vez que no se observa en el decreto de determinación de los hechos –cfr. fs. 11-, ni en el resto de las constancias de autos, que pueda descartarse de plano la existencia de los elementos típicos de la figura contravencional atribuida.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo: I) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. 61/62 vta. por la Dra. María Lousteau –titular de la Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 21–; y en consecuencia; II) CONFIRMAR la resolución atacada, en todo cuanto fuera materia de agravio (fs. 55/56 vta.); III) TENER PRESENTES las reservas efectuadas por la parte recurrente.

Así lo voto.

Sergio Delgado dijo:

Primera Cuestión

Adhiero a lo expuesto por el Dr. Jorge A. Franza en relación a la admisibilidad del recurso, debiendo declararse formalmente admisible el recurso presentado a fs. 61/62vta.

Segunda Cuestión

En cuanto a la cuestión de fondo planteada, no comparto lo expuesto por el vocal preopinante, por los argumentos que a continuación expondré.

La excepción planteada en virtud del art. 195 inc. c) del código procesal penal de la ciudad, de aplicación supletoria en virtud del art. 6 de la ley 12, requiere que la atipicidad de la conducta se configure de forma manifiesta. Dentro de dicho contexto se deberá analizar la conducta atribuida al Sr. Carlos Facundo Domínguez.

Señalado ello, conforme se desprende del decreto de determinación de los hechos, se estableció que la investigación tendrá por objeto determinar si, el día 21 de julio de 2014, a las 22:40 horas aproximadamente, en la calle Riestra 278 de la CABA, el Sr. Domínguez portaba una réplica de pistola 9 mm, con empuñadura de plástico color negro y armazón metálico color cromado. El representante del ministerio público fiscal encuadró la conducta en la figura prevista por el art. 85 del Código Contravencional (fs. 11).

Corresponde recordar que el mencionado artículo del Código establece: *“Quien porta en la vía pública, sin causa que lo justifique, cualquier tipo de arma no convencional, de aire o gas comprimido, arma blanca u objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a ejercer violencia o agredir, es sancionado/a con multa de mil a tres mil pesos o cinco a quince días de arresto”*.

Se plantea en el caso de autos si la conducta presuntamente desplegada por Carlos Facundo Domínguez de tener consigo una réplica de un arma de fuego se puede subsumir en la figura sancionada en el artículo citado.

Al respecto, no siendo el elemento colectado un arma de aire o gas comprimido, ni un arma blanca u objeto cortante o contundente, restaría determinar si, la réplica de un arma de fuego se encuentra comprendida dentro de los parámetros de un arma “no convencional”.

El término “arma no convencional” obliga a atenernos al concepto de “arma”, definido por el diccionario de la Real Academia española como: “instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse”. Debe ser considerado como tal, entonces, aquellos elementos que han sido creados específicamente con el fin de ser usados para defenderse o atacar. En un sentido similar lo expresó en su voto el Dr. Juliano al señalar que “...el concepto de arma debe ser construido en función del destino para el cual

cada objeto fue fabricado” (causa “M. Juan Manuel s/ robo agravado”, rta. el 12/8/2005, Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de Necochea).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido que “...*el principio de legalidad (art. 18 C.N) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*” (331:858).

Siguiendo dichos lineamientos interpretativos, entiendo, que un arma tipo réplica, como la secuestrada en autos (descrita a fs. 7) no puede ser incluida dentro del término “arma no convencional” que describe el art. 85 del código contravencional, ya que no tiene la capacidad autónoma de provocar un daño, siendo materialmente imposible la afectación del bien jurídico tutelado (la seguridad pública).

En razón de ello, la conducta atribuida al Sr. Carlos Facundo Domínguez resulta, a criterio del suscripto, manifiestamente atípica dado que no puede subsumirse en la conducta descrita por el art. 85 del código contravencional en virtud de que no se encuentra dentro del espectro de elementos mencionados por el artículo 85 del Código Contravencional, y tampoco el elemento colectado resulta eficaz para vulnerar la seguridad pública.

Por todo lo expuesto, corresponde: 1) Hacer lugar al recurso presentado a fs. 61/62vta.; 2) Revocar lo dispuesto a fs. 55/56 y vta. en cuanto resolvió: “*No hacer lugar al planteo de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad deducido por la señora Defensora Oficial*”. Así voto.

La Dra. Silvina Manes dijo:

En virtud de lo resuelto por la suscripta *in re* Causa N° 0037449-00-00/11: “TEJERINA, JAVIER s/infr. art(s). 85, Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que los justifique – CC” con fecha 22/12/11 y las consideraciones expuestas por mi distinguido colega preopinante, Sergio Delgado, adhiero a su voto.

Así voto.

En consecuencia, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

I) HACER LUGAR al recurso de apelación presentado a fs. 61/62vta.

II) REVOCAR la resolución obrante a fs. 55/56vta., en cuanto no hizo lugar al planteo de atipicidad.

Regístrese, notifíquese a las partes y oportunamente remítase al juzgado de origen.

Ante mí:

-

En / /2015 se remitieron las actuaciones a la Fiscalía de Cámara Sur a los efectos de notificar la resolución dictada en autos. Conste.