

40.758. “M., R. M.”. Sobreseimiento parcial. Tenencia de arma. Instr. 16/111. Sala VII.

*Poder Judicial de la Nación*

///nos Aires, 11 de mayo de 2011.-

Y VISTOS:

Tras celebrarse la audiencia prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal, convoca a la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en contra del auto pasado a fs 151/153, por el cual se dispuso el sobreseimiento parcial de R. M. M..

**El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:**

Argumentó el órgano acusador oficial con motivo de su disconformidad con el temperamento liberatorio dispuesto, que la falta de municiones en el arma de fuego secuestrada no es un elemento exigido en el tipo penal del artículo 189 *bis*, inciso segundo, del Código Penal, y por lo tanto, la magistrada *a quo* debió ampliar el procesamiento de M. en orden al delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (fs. 159).

Al nombrado se le amplió la imputación (fs. 144/145) por haber tenido en su poder, sin la correspondiente autorización legal, un revólver con inscripción “Smith & Wesson” “32 long otg” con numeración ....., sin municiones en su tambor, aunque apto para producir disparos, que fue secuestrado del interior de su bolsillo derecho el 9 de febrero de 2011, alrededor de las 21:30, ocasión en la que se vio involucrado en el suceso por el cual se dispuso su procesamiento en orden al delito de robo simple en grado de tentativa (fs. 95/100).

Los dichos del preventor D. M. R. (fs. 1/2) y del damnificado L. D. V. (fs. 9/10) no ofrecen reparos en orden a establecer que el arma en cuestión -fotografiada a fs. 26/27 y 69/70- M. la llevaba entre sus prendas, el primero de ellos porque procedió a secuestrarla del interior del bolsillo derecho del encausado (fs. 5), en tanto que V. observó cuando la extrajo de entre sus ropas.

Por otra parte, el perito que intervino a fs. 77 señaló que el revólver se encontraba “en perfectas condiciones para su uso”, mientras que en las conclusiones del informe pericial de fs. 91/93 se determinó que el arma resultó ser “apta para el tiro y de funcionamiento normal”.

Además, de los datos aportados a fs. 104, 105 y 149 puede concluirse en que el arma no se encuentra registrada ni pesa orden de secuestro por su numeración, así como también, que M. no reviste la calidad de legítimo usuario.

Por ser ello así, comparto el reclamo de la Fiscalía, toda vez que la figura prevista por el artículo 189 *bis*, inciso 2º, primer párrafo, del Código Penal, se verifica a partir de que se tiene el arma sin la debida autorización legal, en tanto delito de peligro abstracto que tutela la seguridad pública, ya que, como instrumento peligroso que es, este bien jurídico se encuentra comprometido por sólo tenerse sin los debidos controles.

De allí deriva, de adverso a lo sostenido por la señora juez de grado al considerar atípico el suceso, la innecesaria exigencia de que el arma se encuentre cargada.

En efecto, como sostuve en anterior ocasión, la tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, para su configuración, no reclama que el arma se halle cargada (causas números 32.033, “Roig, Julio”, del 21 de junio de 2007 y 123, “Basallo, Juan Pablo y otro”, del 8 de agosto de 2008, ésta última de la Sala de FERIA “B”).

Superada esta cuestión y teniendo en cuenta que M. se encuentra procesado en orden al delito de robo simple en grado de tentativa (fs. 95/100), entre dicha figura legal y la tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, media un concurso material, aun cuando las conductas se superpongan temporalmente durante el robo, porque no pierden su autonomía al resultar acciones física y jurídicamente separables e independientes.

Ello, porque la tenencia de un arma de uso civil constituye un delito de carácter permanente y de peligro abstracto que se configura sólo con la voluntad de detentar el arma sin la autorización para ello, con independencia de la motivación del sujeto -aun cuando no se emplee-, lo que equivale a sostener que tiene autonomía intelectual. Por el contrario, el robo, que tutela la propiedad, es de carácter instantáneo y se consuma en el momento de su comisión (causas números 36.820 “Carbajal, Walter”, del 24 de junio de 2009 y 29.064 “García, Alejandro César y otros”, del 17 de abril de 2006).

*Poder Judicial de la Nación*

De tal modo, la revocación del auto dictado en la instancia de grado será acompañado con el procesamiento de R. M. M. en orden al delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, que concurre materialmente con el de robo simple en grado de tentativa por el que anteriormente fuera procesado (artículos 42, 45, 55, 164 y 189 *bis*, inciso 2º, primer párrafo, del Código Penal).

Sobre el tópico vinculado con la cautela personal del imputado, no sólo ha quedado firme la prisión preventiva dictada a fs. 95/100, punto dispositivo II, sino que se trata de una cuestión que ya fue analizada por la Sala en ocasión de decidir en el incidente de excarcelación promovido a favor del imputado (causa nº 40.525), por lo que ha de estarse a lo ya dispuesto.

Finalmente, en tanto delito que no es de naturaleza económica, me parece que el embargo ya decretado cubre las exigencias del art. 518 del ritual, de modo que también debe estarse a la suma fijada a fs. 95/100, punto I.

Así voto.

**El juez Mauro A. Divito dijo:**

Comparto con el juez Cicciaro que la tenencia no autorizada del arma de fuego de uso civil sin municiones secuestrada a R. M. M., configura, en el caso, el delito previsto por el artículo 189 *bis*, inciso 2º, primer párrafo, del Código Penal, ya que no aparece controvertido que el nombrado detentó el arma sin autorización legal y que ésta resultó apta para ser usada como tal, si bien no se hallaba cargada.

Bajo tales premisas, y teniendo en cuenta que en el *sub examen* el revólver en cuestión fue empleado para cometer un robo, conforme se desprende del auto de procesamiento -firme- documentado a fs. 95/100, estimo que no es posible descartar el peligro para la seguridad pública que caracteriza al tipo penal citado.

También coincido con el razonamiento efectuado en el voto que antecede, en lo concerniente al embargo y la medida de cautela personal.

Sin embargo, mi opinión es diferente en torno al modo en que debe concursar ese tipo legal con el de robo simple en grado de tentativa por el cual M. resultó procesado en esta causa (fs. 95/100), que debe ser formal de acuerdo con las

particulares circunstancias del caso y el criterio que expuse en anterior ocasión (causa n° 36.820 “Carbajal, Walter”, del 24 de junio de 2009).

Tal inteligencia se justifica porque en el *sub examen*, al haberse establecido que el arma descargada se esgrimió frente al damnificado para desapoderarlo, su tenencia integró la violencia típica, de modo que se verifica la superposición que caracteriza al concurso ideal, en tanto “los tipos que convergen presentan una especial conexión -a partir de ciertos elementos comunes- que hace que funcionen como círculos secantes”, mientras que en el concurso real, se carece de esa conexión y los tipos funcionan como círculos independientes (Pessoa, Nelson R., *Concurso de delitos*, Hammurabi, 2006, Buenos Aires, p. 131).

Así, como el hallazgo del revólver con inscripción “Smith & Wesson” “32 long otg” con numeración ..... en el interior del bolsillo derecho de M. (fs. 5) se produjo con motivo del hecho contra la propiedad, cabe entender que ello constituye un hecho único, máxime si se recuerda que la tenencia quedó temporalmente circunscripta al período que insumió el apoderamiento intentado (C.N.C.P., Sala II, causa n° 6.518, registro n° 9.140, “Orona, Oscar Alejandro”, del 20-10-2006 -voto del juez Mitchell-, Sala IV, causa n° 6.414, registro n° 8.264, “Palacios, Miguel Ángel”, del 20-02-2007, entre otros).

Como corolario de ello, voto para que se revoque el auto liberatorio dispuesto en la instancia de grado y se amplíe el procesamiento de R. M. M. en orden al delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, que concurre idealmente con el de robo simple en grado de tentativa (artículos 42, 45, 54, 164 y 189 *bis*, inciso 2°, primer párrafo, del Código Penal).

**El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:**

Habiendo escuchado la grabación de la audiencia, participado de la deliberación y no teniendo preguntas para formular, comparto con los jueces que me precedieron que R. M. M. debe responder en orden al el delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal (artículo 189 *bis*, inciso 2°, primer párrafo, del Código Penal), de modo que el auto de sobreseimiento dictado en la instancia anterior corresponde que se revoque.

*Poder Judicial de la Nación*

Es que como sostuve en anterior ocasión, la sola circunstancia de hallarse descargada el arma, en principio, no excluiría la posibilidad de riesgo al bien tutelado. En efecto, distinto es el supuesto donde el artefacto no es apto para sus fines, donde no hay posibilidad alguna para afectar el bien protegido (Sala V, causa n° 39.838 “Ibarra, Matías Gonzalo s/ portación ....”, del 4 de octubre de 2010).

Por otro lado, para el caso del *sub examen*, el modo en que debe concursar el delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal con el robo en grado de tentativa, he sostenido en anteriores ocasiones que la cuestión se limita a una discusión dogmática en cuanto a la forma de concurrencia de delitos de ejecución permanente y aquellos de consumación instantánea, cuando esta última se superpone temporalmente con parte del proceso consumativo de aquél.

Entiendo que esa superposición temporal no conduce *per se* a sostener un concurso ideal o aparente. Lo contrario llevaría a considerar que mientras se sigue ejecutando el delito permanente (“tal el caso “tenencia de un arma sin la debida autorización”) los distintos hechos que pudieran cometerse (la receptación en un principio, y otros posteriores -robos, homicidio, etc.-) concurrirían cada uno en forma ideal con aquél, con la posible conclusión, entonces, de que todos conformen un único delito, lo que entiendo desacertado.

No desconozco, por cierto, que dicho supuesto fue tratado en doctrina bajo la denominación de “concurso ideal por enganche” (Zaffaroni, Alagia, Slokar. “*Derecho Penal. Parte General*”. Editorial Ediar, 2000, pág. 830.) o “unidad de acción por abrazadera” (Jescheck, Hans Heinrich, “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”. 4ta. ed. Editorial Conares, 1993, pág.659), mas no comparto dicha postura; si dos hechos son diferenciables entre sí, no puede cada uno constituir un mismo hecho con una tercera conducta (ver C.C.C. Sala V, voto del suscripto “Luna Rodriguez, Juan Emilio” rta. 10 de noviembre de 2010).

Conforme lo expuesto, adhiero al voto del juez Cicciaro.

Así voto.

En razón del mérito que ofrece el Acuerdo que antecede, esta Sala del Tribunal RESUELVE:

I. REVOCAR el auto interlocutorio de fs. 151/153, en cuanto fuera materia de recurso.

II. AMPLIAR EL PROCESAMIENTO de R. M. M., ....., en orden al delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, que concurre materialmente con el de robo simple en grado de tentativa por el que anteriormente fuera procesado (artículos 42, 45, 55, 164 y 189 *bis*, inciso 2º, primer párrafo, del Código Penal y 306 del Código Procesal Penal).

III. Mantener la prisión preventiva y embargo decretados oportunamente.

Devuélvase y sirva lo aquí proveído de respetuosa nota de remisión.

El juez Rodolfo Pociello Argerich integra esta Sala VII por disposición de la Presidencia de esta Cámara del 5 de agosto de 2009, quien no intervino en la audiencia oral por su actuación simultánea en la Sala V del Tribunal.-

Juan Esteban Cicciaro

Mauro A. Divito  
(disidencia parcial)

Rodolfo Pociello Argerich

Ante mí: Roberto Miguel Besansón