

CAÑIZARES, NESTOR SEBASTIAN infr. art(s). 85, Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique

///nos Aires, 28 de mayo de 2010.

Autos y Vistos; Considerando:

La Dra. Marta Paz dijo:

1) Vienen los autos a conocimiento de este tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa del presunto contraventor (fs. 99/101), contra la resolución que dispuso: "NO HACER LUGAR a la excepción opuesta por la Defensa (art. 195 inc. c) del CPPCABA) (fs. 93/95 vta.).

2) La titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones Nº 2 del fuero dictaminó a fojas 107 y vta. por el rechazo del recurso impetrado y la confirmación de la resolución impugnada.

3) Corrida la vista a tenor de lo previsto por el artículo 51 de la Ley Nº 12, la defensa efectuó la presentación que luce agregada a fojas 110/112 vta.

4) El recurso fue interpuesto por quien se encontraba legitimado para hacerlo, en tiempo y forma, contra una resolución expresamente declarada apelable por el artículo 198 del Código Procesal Penal de esta ciudad, de aplicación supletoria en virtud de lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Procedimiento Contravencional de la ciudad. Por ello resulta formalmente admisible.

5) Las actuaciones se iniciaron el 06/09/2009, luego de que el personal policial que fue desplazado a la calle Suárez Nº 570 de esta ciudad en razón de que un vecino había denunciado a través del 911 que un sujeto se encontraba armado en la vía pública, detuvo a Cañizares y secuestró en su poder un revólver calibre .32 largo, de color gris, con la inscripción Italo 32, sin numeración, conteniendo dos (2) cartuchos intactos en el interior de su tambor (fojas 2/5 vta., 12/15 y 22).

A fojas 28 obra el decreto de determinación del hecho investigado en autos, tipificado en el artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo 2º, del Código Penal, calificación que se mantuvo al momento de intimar al imputado por el hecho que se le reprocha (fojas 30/31 vta.).

El análisis efectuado sobre el arma y la munición secuestrada por personal de la División Balística de la Superintendencia de Policía Científica de la Policía Federal Argentina, concluyó que el revólver de simple y doble acción, calibre .32 largo, marca Italo, resultó "NO APTO PARA PRODUCIR DISPAROS EN LAS CONDICIONES EN QUE FUE RECEPCIONADO" (fojas 50/53).

En virtud del resultado a que arribara la referida pericia, el representante del Ministerio Público Fiscal determinó que debía recalificarse la imputación por el delito de portación de arma de fuego de uso civil (artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo 2º, del Código Penal Nacional) en la prevista en el artículo 85 del Código Contravencional -"portar armas no convencionales"- (fojas 55/56).

Requerida la elevación a juicio de Cañizares (fojas 64/68 vta.), la defensa ofreció prueba para el debate (fojas 76 y vta.) y opuso la excepción prevista en el artículo 195, inciso "c", del CPPCABA argumentando que "se pretende forzar dentro del tipo contravencional una conducta que no es la prevista por la norma", porque el revólver secuestrado en autos no puede encuadrar dentro de la definición "arma no convencional" ya que se trata de es un

“arma de fuego”, aunque incapaz de cumplir con su fin específico: disparar un proyectil (fojas 85/87).

El 04/02/2010 se resolvió no hacer lugar al planteo de excepción incoado por la defensa, fundado en que la conducta atribuida a Cañizares no resultaba manifiestamente atípica, “por cuanto no se puede evaluar en este estadio, la calidad de un arma (no convencional) y su capacidad de intimidación. De lo expuesto, surge claramente la necesidad de que tal circunstancia sea dilucidada en... la audiencia de juicio” (fojas 93/95).

La defensa apeló ese decisorio reiterando los argumentos expuestos al momento de interponer la excepción de atipicidad (fojas 99/101).

6) El artículo 195 del CPPCABA prevé las excepciones de previo y especial pronunciamiento; esto es, una serie de circunstancias que por su naturaleza extraordinaria suspenden o finalizan el proceso sin la necesidad de introducirse en el conocimiento del fondo de la cuestión.

El caso del inciso “c”, que es el invocado por el recurrente, refiere al supuesto en que surja un manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, inexistencia del hecho o falta de participación criminal, respecto de la conducta descrita en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio. Dicho de otra forma, significa que la conducta investigada no se encuentra prevista en el ordenamiento positivo, que el evento investigado no se produjo o que el encartado no ha tenido participación en el mismo, teniendo de marco común la descripción del suceso realizado por el fiscal de grado.

Este tribunal ha señalado reiteradamente que para que proceda esta excepción resulta ineludible que sea manifiesta. Si no fuera así, estaríamos ante el tratamiento de cuestiones ajenas al ámbito de las excepciones de previo y especial pronunciamiento y propias del debate vinculado con las cuestiones de fondo.

En este sentido, señala la doctrina que “...se acoge la falta de acción excepcionalmente y para evitar perjuicios irreparables, cuando es evidente que el hecho imputado no ha sido cometido o que su comisión no constituye delito” (Francisco J. D’Albora, La inexistencia de delito como excepción no legislada, El Derecho, Tomo 121, página 979, la negrita me pertenece).

En autos, la discusión gira en torno a si el revólver secuestrado en poder del presunto contraventor puede o no ser considerado como un “arma no convencional”, extremo que no surge en forma manifiesta y evidente por lo que, necesariamente, debe ser ventilado en la etapa de debate oral. En consecuencia, la resolución recurrida habrá de ser confirmada.

7) Por todo ello, corresponde: RECHAZAR el recurso de apelación interpuestos por la defensa de Néstor Sebastián Cañizares (fojas 99/101) y CONFIRMAR la resolución obrante a fojas 93/95 vta. en cuanto fue materia de agravio.

Así lo voto.

La Dra. Silvina Manes dijo:

RESULTA:

1) Arriban las presentes actuaciones a este tribunal, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Emilio Antonio Cappuccio, titular de la defensoría nro. 4 del fuero, contra el pronunciamiento dictado por la a quo que resolvió no hacer lugar a la excepción interpuesta (ver fs. 93/95).

Visto el dictamen de la Sra. fiscal de cámara a fs. 107/vta. y la presentación de la defensa a fs. 110/112vta., pasan los autos a resolver.

Y CONSIDERANDO:

Primera cuestión: admisibilidad.

2) El remedio intentado ha sido interpuesto en las condiciones y plazos establecidos por el 198 CPPCABA de aplicación supletoria conforme el art. 6 LPC y por quien se encuentra legitimado para hacerlo, por lo que resulta formalmente admisible.

3) Se agravia la defensa al entender que resulta evidente la atipicidad de la conducta desplegada por Cañizares. Alega que de la simple lectura del artículo 85 CC se vislumbra que un arma de fuego no encuadra dentro de las previsiones legales que definen lo que es un arma no convencional; que un revólver es, por definición, un arma claramente convencional, aunque en este caso particular, no sea apta para producir disparos, es decir, para cumplir sus fines específicos.

A partir de tal razonamiento, sostiene una violación al principio de legalidad en cuanto *lex stricta*, agregando que es una consideración "de puro derecho" en torno a un elemento normativo del tipo que no requiere de sustanciación probatoria en juicio.

4) En primer lugar, es menester recordar que la excepción por manifiesto defecto de la pretensión por atipicidad, procede cuando la descripción del hecho no se ajusta *prima facie* a los elementos normativos y descriptivos del tipo penal/contravencional.

Este criterio que sostengo ya ha sido delineado en la causa Nº 27629-00/CC/06 "Barros Varela, María Teresa y otros s/inf. art. 65, ley 1472- Apelación" en donde se señaló que "...la excepción de falta de acción por inexistencia de delito es procedente cuando la atipicidad de la conducta investigada surge de modo evidente..." (conf. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, SMULEWICZ, Salomón, rta. 19/06/2003).

"... se acoge la falta de acción excepcionalmente y para evitar perjuicios irreparables, cuando es evidente que el hecho imputado no ha sido cometido o que su comisión no constituye delito." (D'Albora, Francisco J., La inexistencia de delito como excepción no legislada. El Derecho, Tomo 121, página 979).

Aplicando estos postulados al sub examine, habrá que determinarse si el arma secuestrada -que según informe pericial 1880/09 que luce a fs. 51/53, no resultó apta para el disparo en las condiciones que fue recepcionada- puede ser subsumida en el tipo contravencional de portación de armas no convencionales o si, en su defecto, la conducta del encartado debe ser desincriminada por palmariamente atípica.

Entiendo que el revólver calibre 32 largo que presuntamente portaba Cañizares, puede ser considerado un elemento contundente en los términos del art. 85 CC, ya que no es posible descartar, al menos en este estado del proceso, que aquél sea apto para utilizarse como tal a fin de ejercer violencia o agredir, v.gr. "culatazo".

De lo contrario, podría caerse en la inconsecuencia de aceptar que una persona que porte una piedra, lata, botella o caja pueda ser eventualmente perseguida por contravención y quien porte un revólver no apto para el disparo, no.

Dicho esto, no es posible concluir que la conducta del nombrado, resulta palmariamente atípica en los términos descriptos *ut supra*.

Conforme lo expuesto, considero que la resolución que no hace lugar a la excepción planteada resulta conforme a derecho y debe ser confirmada.

5) *Obiter dictum*, considero necesario aclarar en relación a la audiencia del art. 197 CPPCABA, que la razón principal de la misma es la producción de la prueba que sustente

la excepción interpuesta, siendo ello constitucionalmente necesario a efectos de garantizar la oralidad y el control probatorio de las partes.

Sin embargo, al no haberse ofrecido prueba en el caso que nos ocupa, más allá de las constancias del propio expediente, no existe principio de inmediación que proteger, habiéndose garantizado el contradictorio a través de la vista corrida al Sr. Fiscal de grado. En estas condiciones, no se puede sostener validamente que por no haberse sustanciado la audiencia referida se hubiesen visto afectadas garantías constitucionales o derecho alguno del imputado.

6) Por las consideraciones anteriormente vertidas, propongo: I. RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. 99/101. II. CONFIRMAR la resolución de fs. 93/95 en cuanto fuera materia de recurso.

Lo que así voto.

El Dr. Jorge A. Franza dijo:

Por compartir mayoritariamente los argumentos vertidos por mi distinguida colega Dra. Marta Paz, por lo que adhiero a su voto en todo cuanto propone.

Así voto.

En orden a lo expuesto, este tribunal **RESUELVE:**

I.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuestos por la defensa de Néstor Sebastián Cañizares (fojas 99/101).

II.- CONFIRMAR la resolución obrante a fojas 93/95 vta. en cuanto fue materia de agravio. Regístrese, notifíquese a la Sra. fiscal de cámara y oportunamente remítanse al juzgado de origen.