

Expediente I.P.P. catorce mil seiscientos treinta y uno.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los trece días del mes de Julio del año dos mil diecisiete, reunidos en la Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, **Doctores Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou** (art. 440 del C.P.P.), para resolver en la **I.P.P. nro. 14.631/I** del registro del Cuerpo caratulada "**A.,M.M. por tenencia de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización legal**" y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden Barbieri y Soumoulou, decidiendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Resulta admisible el recurso interpuesto?

2da.) ¿Son justos el veredicto y sentencia puestos en crisis?

3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 90/94 y vta. el Sr. Juez a cargo del Juzgado en lo Correccional nro. 1 Departamental – Dr. José Luis Ares- condenó a M.M.A. a la pena de un (1) año y dos (2) meses de prisión de ejecución condicional y multa de mil pesos (\$ 1.000), con más las costas procesales, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, y portación de arma de fuego de uso civil, en concurso real en los términos de los arts. 189 bis. inc. 2do., primer y tercer párrafo, y 55 del Código Penal.

Ese decisorio resultó impugnado por el Sr. Secretario de la Unidad de Defensa Penal especializada en procesos de flagrancia, Dr. Martín de Prada, a fs. 102/105 y vta., habiendo sido el remedio interpuesto en debido tiempo.

En cuanto a la forma, contiene el libelo la indicación de los motivos de agravio. Denuncia que se ha omitido valorar como atenuante "...el concepto vecinal que debe presumirse como bueno..."; posteriormente solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los tipos penales aplicados por entender que las normas, tal como están redactadas, vulneran el principio de lesividad previsto en el art. 19 de la C.N.

Por todo lo expuesto resulta admisible.

Voto, entonces, por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por compartir sus fundamentos al sufragio que me antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DICE: En su primer agravio, el recurrente sostiene que "...no surge acreditado en forma alguna el concepto vecinal que merece mi asistido sea malo, con lo cual debió presumirse el mismo como bueno y considerar tal aspecto como una pauta atenuante para la mensuración de la pena que correspondía aplicar...", solicitando que se disminuya la pena impuesta.

Como segundo agravio solicita que se declare la inconstitucionalidad del delito de tenencia de armas de uso civil sin la debida autorización legal por considerar que el tipo penal del art. 189 bis, tal como está redactado, vulnera el principio de lesividad previsto en el art. 19 de la C.N., por ser un delito de peligro abstracto que pune conductas, aun cuando no haya afectación concreta a ningún bien jurídico. Hace extensible a sus argumentos lo expuesto en el voto emitido por el Dr. Ricardo Lorenzetti en el caso "Arriola", resuelto por la C.S.J.N.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución, propondré al acuerdo no hacer lugar al recurso interpuesto.

Respecto del primer planteo, destaco que el A Quo explicó las razones en las que fundaba la pena a imponer en el veredicto, aludiendo al acuerdo voluntario al que llegaron los intervinientes procesales para que el proceso continúe por el trámite abreviado, a lo que adunara la ausencia de alegaciones específicas sobre circunstancias atenuantes y agravantes, y a que computaba la ausencia de antecedentes penales como diminuyente.

Tal como resolví en la I.P.P. nro. 12000/I de esta Sala, entiendo que el Código de Forma de este Estado establece -en lo que aquí interesa- en el art. 371 que el juzgador al momento de dictar veredicto debe verificar la existencia de atenuantes, agregando luego que "...las cuestiones relativas a eximentes, atenuantes o agravantes, sólo se plantearán cuando hubieren sido discutidas, o el Tribunal las encontrara pertinentes...".

En este caso, la defensa técnica no efectuó petición alguna al Sr. Juez A Quo (lo que pudo y debió hacer si tal era su voluntad), más allá de que el fallo se hubiera dictado por el trámite de juicio abreviado, lo que pudo efectivizar en el mismo acuerdo formulado con la contraparte, o en la audiencia que tuvo ante el juzgador. Ante lo expuesto, no puede calificarse de "omisión" del Juez, la no inclusión de las circunstancias que hoy pretende que se tengan en cuenta en favor de su asistido.

En este sentido recuerdo que, como ha sostenido en diversas oportunidades el Tribunal de Casación Provincial: "...Las partes deben realizar las alegaciones sobre atenuantes y agravantes en el acuerdo de juicio abreviado, pues es el juzgador el encargado de fijar todos los hechos jurídicamente relevantes, entre los que se encuentran las circunstancias para determinar la sanción..." (T.C.P.B.A., actual Sala 2da., causa 45.739 del 30/6/2011 y actual Sala 5ta. causa 54.864 de fecha 18/12/2012).

Así, La -originaria- Sala 1era., sostuvo que: "...Si no hubo mención en el acuerdo que originó el procedimiento abreviado de las circunstancias atenuantes y agravantes, se entiende que el tópico quedó librado al discernimiento del juzgador y por consiguiente, insusceptible de generar agravio atendible en casación..." (LP, P 4289, RSD-485-1 S 27-9-2001) y la -originaria- Sala 2da. expuso: "...En el juicio abreviado si ni el fiscal ni el defensor realizaron consideraciones respecto de las circunstancias atenuantes útiles como pautas para determinar la sanción punitiva, el tribunal no está constreñido a pronunciarse respecto a aquéllas que no encuentra pertinentes -art. 399 en función del art. 371 del C.P.P..." (T.C.P.B.A., Sala 2da. causa. 30247, RSD 943-8 S 9-12-2008).

Más allá de lo expuesto, en atención a la pretensión de la defensa de que se valore como atenuante el buen concepto de A., sin estar informado, proponiendo una presunción de "bondad", digo que tampoco resulta procedente.

Tal como sostuve en la I.P.P. nro. I.P.P. nro. 13.816/I, el 17/03/17, comparto la doctrina sentada en el voto del Dr. Eduardo De Lazzari de nuestro Máximo Tribunal Provincial (en el caso fue acompañado por el sufragio coincidente del Dr. Pettigiani, si bien el resto de los Magistrados sufragaron por otros motivos) en P. 120.196 de fecha 13/7/2016, donde explicó que: "...Sobre esta cuestión, esta Suprema Corte ha resuelto que es ineficaz el planteo en el que el recurrente sostiene que no habiendo prueba de buen concepto que el procesado pudiera merecer, debe presumirse por aplicación del art. 431 del Código de Procedimiento Penal, según ley 3589 y sus modificatorias que éste es bueno y computarlo así como atenuante, porque las circunstancias capaces de operar en tal sentido deben hallarse -como cualquier otro hecho- acreditadas; y al art. 431 citado no puede acudirse para incorporarle a la prueba datos o hechos de los que ni siquiera se saben si existen -en la especie, el buen concepto del que gozaría el procesado- (conf. P. 64.575 sent. del 20/III/2002). Aclaro que si bien el fallo citado menciona el art. 431 del anterior

Código Penal (ley 3589 y modif.), la regla sobre la duda se reproduce en exactamente los mismos términos en el art. 1 del Código vigente.

El principio de inocencia es aplicable a los delitos, no a las pautas que enumera e/l art. 41 del Código Penal ya que ninguna de ellas se refiere a actos ilícitos que es el ámbito en el que verdaderamente puede hablarse de inocencia o culpabilidad (art. 19 de la Constitución nacional).

La norma sobre la duda es una derivación del principio de inocencia, y como tal no puede aplicarse indiscriminadamente. Sabemos que esa regla no es ilimitada, pues es manifiesto que -por ejemplo- ella no se aplica a las causas de justificación (art. 34 del C.P.). Tampoco es ella compatible con lo dispuesto por el art. 41 del Código Penal, pues esa norma manda evaluar datos favorables o desfavorables, pero no autoriza a presumirlos. Del mismo modo, no puede aplicarse la presunción favorable al reo respecto de las demás circunstancias que manda evaluar el artículo citado: sobre los motivos que lo llevaron a delinquir, ni sobre la extensión del daño causado, su educación, o la dificultad para procurarse el sustento, cuando no haya prueba sobre ellas.

No cabría suponer a favor del reo -ante la falta de datos- que los motivos fueron altruistas, ni que el daño haya sido mínimo, ni que la educación haya sido deficiente, o que las dificultades para procurarse el sustento hayan sido apremiantes. Y si se omite la audiencia con el imputado, no puede presumirse que la impresión debió haber sido favorable y elaborar sin más una atenuante, pues ello sería violatorio del art. 41 del Código Penal. Es que ninguno de los aspectos que menciona esa norma tiene que ver con la existencia del hecho punible ni con la culpabilidad del imputado, en los que opera el principio de inocencia y por consiguiente la regla de la duda..."

Esa necesidad de acreditación del buen concepto para que sea viable su posible valoración como atenuante fue resuelto también por S.C.B.A. en P. 40.986 del

4/6/91; P. 45.343 de fecha 6/8/96 y en P.64.575 del 20/3/2002 entre otras. Resultando que en autos ese informe no fue producido, es que el planteo del recurrente debe ser rechazado.

En el presente, agrego, el Juez no se ha excedido de la pena pactada, no advirtiendo afectación en cuanto a la proporcionalidad y a la razonabilidad (arts. 397, 398 y 399 del C.P.P.).

Respecto a la petición de inconstitucionalidad del delito de tenencia de arma que efectúa el apelante, tal como sostuve en la I.P.P. nro. 13.954/I de fecha 6/02/17, destaco que la misma no fue formulada por ante el Juez de la instancia, siendo que tal gravamen denunciado no aparece sorpresivamente con el fallo definitivo (ello es causal de inadmisibilidad).

Es más, el tipo penal que -ahora- se tacha de repugnante a la Carta Magna, ha sido parte del acuerdo voluntario arribado por la defensa técnica, siendo que entonces este planteo aparece como contrario a sus propios actos.

Más allá de lo expuesto, recuerdo que "...La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del ordenamiento jurídico; por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados. Para su procedencia se requiere que el interesado demuestre acabadamente de qué manera la norma cuestionada contraría la Constitución Nacional causándole de ese modo un agravio. Por ello, para que pueda ser atendido un planteo de tal índole, debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos que se apoyen en las circunstancias de la causa..." (S.C.B.A., Causa nº 109.346 "L.,C. s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 28496" rta. El 7-3-2012).

A mayor abundamiento, remarco que en este caso, el recurrente no ha acreditado suficientemente cuál es la grave afectación constitucional sufrida por su representado, que justifique la solución que pretende.

Destaco que su argumento se centra en una interpretación sobre los alcances del voto de –sólo- uno de los miembros de la Corte Suprema Nacional, en el marco de un fallo dictado por un delito distinto al que se investiga en este caso, y en el que prácticamente todos los miembros se expidieron según su voto, no habiendo adherido –el resto- a las afirmaciones del sufragio sobre el que apoya su planteo la defensa.

Máxime, si se tiene en cuenta que la Corte Suprema de Justicia Nacional ha resuelto casos con esta calificación legal sin cuestionar la validez constitucional del tipo penal (319:567).

Igualmente la Suprema Corte Provincial, que ha sostenido expresamente "...con relación a los requisitos de la figura del art. 189 bis, cuarto párrafo del Código Penal -actualmente prevista en el párrafo segundo del ap. 2, conforme al texto según ley 25.886 vigente al momento del hecho atribuido al menor G.- que la misma presenta una especial configuración incriminando conductas independientemente del hecho que constituyan una lesión o pongan en peligro concreto un bien jurídico; se trata de uno de los llamados delitos de peligro abstracto..." (conf. P. 53.712, sent. del 17/II/1998; P. 57.234, sent. del 28/IV/1998; P. 57.217, sent. del 9/II/2000; P. 63.531, sent. del 19/II/2002; P. 64.434, sent. del 26/II/2003; P. 75.078, sent. del 4/VI/2003; P. 90.511, sent. del 6/VII/2005; P. 78.616, sent. del 15/III/2006; entre otros precedentes).

Destaco en ese sentido, lo resuelto en la Ca. nro. P 94.613 S 02/05/2007 "V. ,C. A. s/Robo agravado", donde el máximo Tribunal Provincial sostuvo: "...dentro del título de los "Delitos contra la seguridad pública" del Código Penal se encuentra la figura del art. 189 bis inciso segundo en la que se incrimina la mera

tenencia o portación de un arma de guerra -en el caso- por la idoneidad que ésta posee para crear peligro y causar daño; no advirtiéndose en tal modalidad típica afectación del principio previsto en el art. 19 de la Constitución nacional, como plantea la recurrente...". Allí se explicó que esos tipos penales "...se reducen a describir una forma de comportamiento que, según la experiencia general, representa per se un riesgo de afectación para el objeto protegido, de modo que su configuración no exige necesariamente que ese peligro se haya verificado en los hechos (conf., por muchos, Bacigalupo, Derecho penal. Parte general, Bs. As., 1999, Hammurabi, p. 231; con ese mismo sentido, C.S.J.N., Fallos 319:567, consid. 11)...".

Por las razones expuestas, a esta cuestión voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto que me antecede, sufragando en idéntico sentido (art. 371 y ccdtes. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA TERCERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior corresponde confirmar en todas sus partes el fallo recurrido en lo que fue materia de ataque.

Así lo sufrago.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto que me antecede (art. 371 y ccdts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, 13 de julio de 2016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es justo el fallo dictado.

Por estos fundamentos este **TRIBUNAL RESUELVE:** declarar admisible e **IMPROCEDENTE** el recurso interpuesto por la defensa técnica a fs. 102/105 y vta., y confirmar el fallo apelado de fs. 90/94 y vta., en lo que fue materia de agravio (Arts. 40,41, 189 bis del C.P y 439, 440 y ccdtes del C.P.P).

Notificar en estos principales. Cumplido, remitir a la instancia de origen.