



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 51720/2014/TO1/CNC1

Reg. n°631/2015

///n la ciudad de Buenos Aires, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por la jueza María Laura Garrigós de Rébora y los jueces Pablo Jantus y Eugenio Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa número 51.720/2014 caratulada “Ontiveros, Alejandro Eric s/ robo en tentativa”, de la que **RESULTA:**

I) Eric Alejandro Ontiveros fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17, a la pena de un año y seis meses de prisión, multa de mil pesos y costas, por ser autor del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil (arts. 45 y 189 *bis*, párrafo 2°, apartado 1°, del Código Penal).

Se lo condenó en esa oportunidad, asimismo, a la pena única de nueve años y seis meses de prisión, multa de mil pesos, accesorias legales y costas, comprensiva de la mencionada y de la de ocho años y seis meses de prisión, impuesta el 22 de mayo de 2008 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 (causa n° 2634), en orden al delito de privación ilegítima de la libertad en concurso ideal con secuestro extorsivo y robo agravado por el uso de armas, reiterado en dos oportunidades, y robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa.

Por último, lo declaró reincidente y revocó la libertad condicional que le fue concedida con fecha 9 de abril de 2014 (conf. veredicto del 26 de marzo de 2015 –fs. 270– y fundamentos del 6 de abril de 2015 –fs. 281/290–).

II) La representación letrada de Ontiveros, a cargo de la defensora oficial Lorena Trotta, impugnó el pronunciamiento a través del recurso de casación glosado a fs. 319/337.

Sucintamente, se agravió porque a su juicio existió una errónea aplicación de la ley sustantiva. Ello, al considerar que el Fiscal General, en lo que respecta a la imputación del supuesto intento de desapoderamiento, afirmó que la conducta fue atípica, y, en atención a que el cuadro fáctico impide escindir la tenencia del arma de fuego como un hecho autónomo de aquél, dado que se trató de una única conducta (concurso ideal), se imponía su absolución.

Agregó que, sin perjuicio de ello, el hecho atribuido carece de relevancia penal, pues tomando en cuenta que el arma de fuego secuestrada estaba descargada, no se puso en peligro el bien jurídico protegido por la norma (seguridad pública), y, en sintonía con lo expuesto, desarrolló su posición vinculada a la dudosa constitucionalidad de los denominados delitos de “peligro abstracto”.

Consideró también que se verificó una errónea aplicación de las disposiciones del artículo 12 del Código Penal, y que existió afectación al principio de congruencia ya que, al ser indagado Ontiveros, la descripción del suceso se limitó a incluir al arma como un elemento integrante del delito de robo, y nada se le informó sobre la acción típica exigida para su configuración bajo la figura de tenencia de arma de fuego de uso civil, lo que le hubiera permitido ensayar una estrategia de defensa distinta.

Por último, afirmó que se vulneró el principio acusatorio y que el tribunal *a quo* excedió su jurisdicción. Explicó al respecto que el Fiscal General omitió pronunciarse sobre la aplicación del instituto de la reincidencia y de la pena de multa, lo que recién tuvo lugar luego de finalizado su alegato y ante el traslado que le corrió el tribunal.

En término de oficina se presentó la defensora oficial María Florencia Hegglin, quien a través de la presentación obrante a fs.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 51720/2014/TO1/CNC1

353/363, adhirió a los argumentos de su antecesora, y agregó a dicho planteo que existió una errónea aplicación del instituto de la reincidencia, que este resulta inconstitucional y solicitó la exención del pago de las costas procesales.

**III)** El 14 de julio de 2015, se celebró la audiencia prescripta por el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, a la que asistió Ontiveros y el defensor público coadyuvante Mariano Adolfo Klumpp, quien, en representación de éste, argumentó su posición. No asistió a la audiencia, ningún representante del Ministerio Público Fiscal.

Practicada la pertinente deliberación, el tribunal se encuentra en condiciones de emitir pronunciamiento.

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **La jueza Garrigós de Rébora dijo:**

Dado que el cuestionamiento finca en el significado que se debe asignar al vocablo “arma”, cuando se lo alude en el contexto de un tipo penal, considero que el análisis no puede eludir la interesante discusión que a este respecto se plasmó, desde hace ya mucho, en el conocido plenario “Costa” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el que ciertamente no está vigente, conforme a las condiciones que las leyes prescriben a este respecto, pero no por ello deja de ser señero por la importancia del desarrollo doctrinal que significó.

Dicho esto, y aunque resulte obvio, no puedo dejar de advertir que el problema se vincula al hecho de que el lenguaje, pese a ser una convención, y la forma de comunicación por excelencia, no puede eludir las zonas de sombra, en las que los significados pierden las características que les otorgan precisión y nos obligan así a arribar a algún tipo de decisión sobre la amplitud o estrechez del significante. Se pierde así la pretendida neutralidad y se exhibe evidente que hasta

en la interpretación del significante más común intervienen factores ideológicos, cualquiera sea la argumentación que los sostenga.

Tradicionalmente, y porque entiendo que tanto el legislador como los jueces deben tener en mira de su tarea, la comunidad a la que pertenecen, la primera fuente de interpretación de un vocablo debería ser el lenguaje común.

De esto resulta que uno podría pensar que es sencillo, a la luz de esta concepción identificar qué entendemos por “arma”.

Sin embargo, me pregunto si todos podríamos considerar que un arma de fuego sin percutor sigue siéndolo; o si lo es cuando también le falta el gatillo, o en el caso de un revólver si le faltara el tambor, o el caño. En algún momento deja de ser “arma de fuego” para pasar a ser unas piezas de metal. Naturalmente el momento de ese pasaje no es igual para cualquier intérprete, y se me ocurre pensar que un experto en balística será más estricto a la hora de exigir características que alguien que carezca de esos conocimientos específicos.

La dificultad de normalizar esta forma de establecer límites al significado, nos lleva a dejar de lado esta modalidad para, ya que se trata de un análisis jurídico, buscar lo que las normas han dicho al respecto.

En este camino la ley 20.429, que especialmente clasifica las armas, no distingue el hecho de que algunas de ellas carezcan de los elementos que las habiliten a disparar, salvo la expresa alusión que hace, en sentido negativo, a las “piezas sueltas” (Art. 3). En cuanto al decreto reglamentario, lo es sólo a los fines de la clasificación y sin pretensión de alcanzar el nivel de rigurosidad que es justo requerir a la rama más punitiva, a la *ultima ratio*.

En otros instrumentos, el legislador no ha tomado a su cargo la tarea de definir expresamente este concepto. En ese sentido es



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 51720/2014/TO1/CNC1

ilustrativo que no se lo refiere en el art. 77 del C.P., mientras que esta norma clarifica muchos otros significados.

Pese a ello, con posterioridad al dictado del plenario “Costa”, que había logrado zanjar la discusión en su época -al menos en cuanto a si es arma cuando está descargada-, se incorporó al Código Penal la sanción a hechos llevados a cabo con “arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería” (art. 166 inc. 2 ). La pena con que se conmina estas conductas son claramente inferiores a las que se atribuyen a la conducta llevada a cabo con un arma de fuego.

Esta diferencia punitiva sólo puede atribuirse a la mayor aptitud del medio empleado para vulnerar la resistencia de la víctima, ya que si lo que se tuvo en mira es la mayor impresión que le causa, no se entiende que se conminen penas diferentes. Es que si la víctima pudiera advertir diferencias entre un arma de fuego cargada o una descargada y entre un arma de fuego cargada y una de juguete, porque fuera el caso de que la cuestión es a todas luces evidente, entonces no se vería más vulnerada su resistencia a entregar sus pertenencias. De ello se deduce que para la víctima la impresión ha de ser que está siendo atacada por quien exhibe un arma de fuego cargada.

Surge con evidencia entonces que esta figura de resultado se ve agravada cuando existe un potencial peligro para otro bien jurídico, cual es la vida o la integridad física de la víctima -arma cargada-, o cuando se utilizan medios que facilitan vulnerar su resistencia, tal lo que se produce con un arma cuya aptitud para el disparo no se puede acreditar o un arma de utilería. Se mantiene así la lógica que el legislador utiliza al agravar el robo con efracción, es decir el medio que se utiliza para cometer la sustracción.

Lo que sigue es traspolar este concepto de arma de fuego, que está en el mismo cuerpo legal, al art. 189 *bis* del C.P. y como consecuencia, el arma de fuego, para ser tal deberá tener la posibilidad

de causar un daño, lo que la califica como potencialmente peligrosa, pasible de lesionar bienes jurídicos ajenos. De este modo, así interpretado el artículo en cuestión se enmarca dentro de la racionalidad de un derecho penal respetuoso de la normativa constitucional, eludiendo el sesgo que permite considerar peligroso aquello que me provoca impresión de daño, aún cuando no tenga posibilidad de causarlo.

A mi modo de ver, la inclusión de las conductas descriptas en el tipo del artículo 189 *bis*, inciso 2º, del Código Penal, en el catálogo de los delitos destinados a proteger la seguridad pública, se justifica únicamente en el aumento del poder ofensivo que al agente proporciona el “arma de fuego”, pues, en caso contrario, sería irrazonable la prohibición si el artefacto no es susceptible de provocar una alteración lesiva en el mundo jurídico.

En atención a sus características, esto es, un aparato que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil (dec. 395/75, art. 3, inc. 1º), debe, necesariamente, contar con munición que le permita lograr su fin específico. Podrá, entonces, activarse su mecanismo, pero sin munición disponible, se reduce a un instrumento sin capacidad de aumentar el poder de agresión de quien la detenta, o, si se quiere partir de una acepción de arma como “instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse” (RAE), de cumplir con ese destino.

Si la afectación a la seguridad pública se justifica en el peligro que genera el potencial de causar daño del objeto, entiendo que sería desacertado dar por comprobada una conducta merecedora de reproche penal, cuando ninguna probabilidad de lesión al bien jurídico en cuestión se verifica ante la ausente aptitud del aparato para causarlo, en este caso, derivada de la falta de integración de todas las partes que le permiten la consecución de sus fines específicos. Tolerar



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 51720/2014/TO1/CNC1

tal incriminación, insusceptible de provocar eventuales riesgos, traspone el límite que el principio de reserva establecido por el art. 19 C.N. impuso al arbitrio del legislador.

Es por ello que la interpretación viable de la norma en trato no puede contemplar la situación fáctica que conforma la hipótesis que llevó al fallo condenatorio y, por ello entiendo que corresponde absolver a Alejandro Eric Ontiveros, tornándose inoficioso el tratamiento del resto de los agravios invocados.

### **El juez Jantus dijo:**

Adhiero en lo sustancial al voto de la jueza María Laura Garrigós de Rébora, pues considero, por un lado, que tanto la agravante contenida en el inciso 2º, segundo párrafo, del art. 166, como la conducta contemplada por el art. 189 *bis*, inciso 2º, primer párrafo, del C.P., reclaman la acreditación, como elemento típico, de un “arma de fuego” en los términos descriptos por mi colega; y por el otro, que en este caso y también en el ámbito de la tipicidad, la tenencia al igual que la portación, demandan la concurrencia de un peligro concreto para las personas o para los bienes.

*a.* En primer lugar, tal como he sostenido a partir de la sentencia dictada en la causa n° 3338 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 23, seguida a Sebastián Horacio Aguilera (rta. 12/3/12), como puede advertirse ya desde una pura interpretación gramatical, el “arma de fuego” no equivale ni a la “no apta para el disparo”, ni a la de “utilería” (art. 166, inciso 2º, párrafo tercero, del Código Penal), sino que debe tratarse de una apta para sus fines específicos, esto es, al momento del hecho debe poseer aptitud de disparo, para lo cual es necesario no sólo un funcionamiento del elemento arma que así lo permita, sino también que contenga munición en su interior que resulte, a su vez, apta para producir disparos.

En el fallo citado en el párrafo anterior se analizó la utilización de un arma de fuego descargada para perpetrar un robo y se calificó

tal elemento como “arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de modo alguno por acreditada”, fundándose el agravante de la figura básica contenida en el art. 164 del C.P. en la mayor intimidación que genera sobre las víctimas el empleo de ese elemento, lo que también ocurre en el caso de un arma de utilería. La comparación es pertinente porque en ese caso se sostuvo que admitir para la configuración del delito del que aquí se trata la mera existencia de un arma descargada importaría aceptar, en contra de la letra de la ley, que un arma de fuego inapta para disparar no puede constituir elemento típico del robo con “arma de fuego” pero sí configurar el de la figura de tenencia de “arma de fuego”. Y se agregó que tampoco puede la definición de ese elemento contenido en distintos artículos del Código Penal depender del bien jurídico tutelado en cada uno de sus títulos.

Por fin, como también lo advierte la señora jueza que lidera el acuerdo, pretender que la tenencia de un arma de fuego no apta para el disparo, en razón, por ejemplo, de carecer de balas en su interior, aun cuando se encontrare en condiciones de ser cargada inmediatamente, puede dar base a una prohibición penal, supone otorgar un alcance a la norma legal de que se trata, que la coloca en pugna con los más básicos principios del orden constitucional de reserva y legalidad (arts. 18 y 19 de la C.N.).

A modo de resumen, entiendo que es elocuente el voto del juez Ouviaña en el fallo plenario n° 16 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, caratulado “Costas, H.”, del 15 de octubre de 1986, oportunidad, en que el Tribunal fue convocado a resolver si el uso de un arma descargada apta para disparar encuadra en el concepto de “arma” del art. 166, inc. 2°, del Código Penal.

En esa ocasión, el distinguido magistrado comenzó argumentando que, en principio, “arma” es tanto el objeto específicamente construido para el ataque o defensa (en sentido





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 51720/2014/TO1/CNC1

propio), como cualquier otro que, no obstante su distinta naturaleza, ocasionalmente pueda satisfacer el mismo objetivo (conocida como “impropia”), sin que parezca razonable sostener que el texto legal abarque también a las armas de fuego no cargadas o descargadas, ya que tal elemento no cumple la función que define su inclusión en la llave respectiva; siempre y cuando no se la cargue o utilice como elemento contundente, no podrá ser considerada arma de fuego en sentido propio o arma en sentido impropio.

Luego, sostuvo que “las `armas de fuego´ pertenecen a la familia de `las armas lanzadoras´, que se caracterizan por la posibilidad de actuar a distancia del blanco, mediante el disparo de proyectiles. El actuar a distancia y la necesaria combinación de sus partes, tiene singular relevancia en el problema que nos ocupa. En efecto, sin la inevitable reunión de las dos partes que la constituyen -el mecanismo lanzador y el objeto arrojable- tal instrumento no puede satisfacer la función de `arma´. Es necesario juntar la(s) parte(s) (...) para poder intentar las funciones de ofensa y defensa. Ningún objeto lanzador y ningún proyectil pueden, por sí solos, comportarse como un arma en sentido propio (...). Esta sólo puede ser satisfecha por el conjunto debidamente estructurado, y, por lo tanto, no puede predicarse a ninguna de las `partes´ las propiedades que son privativas del `todo´ (...)”. Por ello, sostuvo luego que “un arma de fuego no cargada o descargada´ no integra el conjunto mentado por el inciso 2º del art. 166 del C.P.”

Para finalizar, estableció la imposibilidad de asimilar el uso de un arma de fuego no cargada, o descargada, con la de fuego cargada, ya que eso se fundaría inadecuadamente no en la conducta objetiva y subjetiva del autor, sino en el temor de la víctima derivado de la percepción del uso de un arma de fuego que supone cargada. Tal circunstancia, concluyó, no puede ser sobrevalorada sino que debe ser eventualmente ponderada en el marco de la mensuración de la pena,

conforme lo autoriza el art. 41, inciso 1º, del mismo ordenamiento sustantivo. Esta cuestión sería zanjada luego con la inclusión de la agravante contenida actualmente en el inciso 2º, último párrafo, del art. 166 del C.P. a través de la Ley n° 25.882).

*b.* En segundo lugar, considero que el tipo penal del que aquí se trata requiere la constatación de la conducta de tenencia de un arma de fuego a la cual le resulte imputable objetivamente la realización de un peligro concreto para la seguridad pública, ya que sólo partiendo de esa premisa pueden superarse las razonables objeciones constitucionales que presentan los delitos de peligro abstracto (cf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 469 y ss.).

Es que es absolutamente claro, a mi modo de ver, que únicamente resulta típica objetivamente una conducta cuando ha superado el límite que impone al legislador el art. 19 de la Carta Magna, es decir, cuando se ha demostrado que mediante esa conducta se ha afectado o se ha podido afectar concretamente en el caso en estudio los derechos de otro, sin que resulte válida una presunción *iure et de iure* en este sentido.

Sobre el particular, señalaba el Dr. Mario Magariños en la causa n° 578 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, caratulada “Orlando Osmar Serra” (rta.: 17/3/99), que a la luz de precepto fundamental citado en el párrafo anterior el legislador sólo puede seleccionar como materia de una prohibición acciones que de algún modo perjudiquen o pongan en peligro algún bien jurídico, concretamente, conductas que sean pasibles de un pronóstico o presunción razonable de concreto peligro, y que se traduzcan en el caso concreto.

Creo, además, que esa es la interpretación que sobre la cuestión asumió la C.S.J.N. en el precedente “Capalbo” (*Fallos* 308:1392) y restableció en “Arriola” (*Fallos* 332:1963).



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 51720/2014/TO1/CNC1

Entonces, de acuerdo a las circunstancias del caso, no ha ocurrido ni lo uno ni lo otro, por lo que corresponde absolver al imputado del delito por el que fue condenado y en tal sentido expido mi voto.

### **El juez Sarrabayrouse dijo:**

Adhiero en lo sustancial a los votos de los colegas Garrigós de Rébora y Jantus.

Por lo tanto, corresponde absolver al imputado, tornándose inoficioso el tratamiento del resto de los agravios planteados.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

### **RESUELVE:**

**I. HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 270 y 281/290 y, en consecuencia, **ABSOLVER** a Eric Alejandro Ontiveros, de las demás condiciones personales obrantes en autos, respecto de los hechos por los que recayó condena en este proceso, calificados como constitutivos del delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil; sin costas (art. 189 *bis*, inc. 2º, párr. 1, CP y arts. 456, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

**II. DEJAR SIN EFECTO** los puntos dispositivos II, III, IV y V de la sentencia de fs. 270 y 281/290, debiendo el Tribunal Oral en lo Criminal nº 17 proceder conforme a derecho respecto de los efectos secuestrados.

**III. DISPONER LA LIBERTAD** con relación a este proceso de Eric Alejandro Ontiveros, la que se hará efectiva por el tribunal de la causa, siempre que no existan otros impedimentos que obsten a su liberación (arts. 402 y 473 del Código Procesal Penal de la Nación).

La jueza María Laura Garrigós de Rébora y el juez Eugenio Sarrabayrouse intervienen en la presente en reemplazo, respectivamente, de los jueces Luis F. Niño y Mario Magariños, quienes se encontraban en uso de licencia al tiempo de celebrarse la audiencia prevista en los arts. 465 y 468 del Código Procesal Penal de la Nación (conf. Regla Práctica 18.11 del Reglamento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia con carácter urgente, a fin de que se disponga lo pertinente con relación a la libertad del detenido, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

PABLO JANTUS

EUGENIO SARRABAYROUSE

Ante mí:

PAOLA DROPULICH  
SECRETARIA DE CAMARA