

Portacion De Arma Ausencia De Municiones

JURISPRUDENCIA

Portación de arma. Ausencia de municiones

Se revoca la

resolución de Cámara que sobreseyó al imputado en orden a la contravención prevista en el artículo 85 del Código Contravencional (portación de arma). Buenos Aires, 11 de octubre 2017 Vistos: los autos indicados en el epígrafe. Resulta 1. El titular de la Fiscalía de Cámara a cargo de la Unidad Fiscal Sur acude en queja (fs. 50/58) por denegación del recurso de inconstitucionalidad cuya copia agregó a fs. 31/38. Allí impugnó la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que había revocado la de primera instancia y sobreseyó a Aldo Kevin Mercado en orden a la contravención prevista en el art. 85 del CC (actual art. 88 según texto consolidado ley n° 5.454), por considerar que no puede haber portación cuando, por carecer de municiones, el arma no se encontraba en condiciones inmediatas de uso (fs. 25/28). 2. El Fiscal de Cámara planteó en su recurso que la interpretación de los jueces acerca del alcance de la figura del artículo citado era arbitraria, por incluir un requisito -llevar el arma en condiciones de uso inmediato- no previsto por el legislador local. 3. La Sala III lo declaró inadmisibile porque entendió que no exponía un caso constitucional, sino una mera discrepancia con el razonamiento efectuado por la Cámara (fs. 42/48). 4. El Fiscal General (a/c), al mantener la queja, propuso que se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad y se revocara la sentencia de segunda instancia (fs. 62/65). Fundamentos: El juez José Osvaldo Casás dijo: 1. El representante del Ministerio Público Fiscal viene en queja ante este Tribunal contra la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que cuestionaba, a su vez, la resolución de la Cámara que dispuso el sobreseimiento de Aldo K. Mercado en orden a la contravención prevista en el artículo 85 de la ley n° 1472 (decisión que en copia obra a fs. 25/28 vuelta). La presentación fue interpuesta en legal tiempo y forma (cf. art. 32 de la ley n° 402) contra una resolución que pone fin al proceso y en ella se expone una crítica concreta y desarrollada que logra poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la queja presenta con éxito un caso constitucional en tanto señala que la decisión impugnada se funda en una interpretación irrazonable del art. 85 del Código Contravencional y resulta arbitraria por falta de fundamentación. En tal sentido, el recurrente expone que los magistrados de la causa han exorbitado el principio de legalidad producto de una lectura manifiestamente desnaturalizante del precepto legal referido (cf., mutatis mutandi, ?Incidente de restitución en autos Rojas, Lorena y otros s/ infra. Art. 181, CP (J.B. Alberdi 2776) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido?, expte. n° 11565/14, resolución del 25/08/2015, entre otros). 2. El recurso de inconstitucionalidad presentado por la parte acusadora también deberá prosperar pues rebate de manera suficiente los escasos desarrollos utilizados para eximir de reproche contravencional el hecho imputado, consistente en haber portado en la vía pública una ?réplica de plástico de un arma de fuego tipo pistola inequívocamente destinada a ejercer violencia o agredir? (conforme lo expuesto en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 22/24). 2.1. En oportunidad de expedirse, el juez Sergio Delgado sostuvo que ?[d]ebe entenderse como comprendido dentro de la acción `portar` a aquel que mantiene el arma (en el caso de aire o gas comprimido) corporalmente en su poder y en condiciones inmediatas de uso. En cambio, si el objeto no era llevado en condiciones de inmediato uso, corresponde descartar la figura de portación. La mera tenencia de un arma no convencional sin munición, además, no se encuentra sujeta a reproche contravencional alguno? (fs. 25 vuelta/26 vuelta). Agregó que ?el imputado no se encontraba en situación de contacto con la pistola de plástico dado que la había descartado, ni [podía] hacer uso inmediato de ella dado que no contaba con munición, no pudiendo en definitiva, serle imputada la conducta tipificada en el art. 85 del Código Contravencional.? A lo expuesto sumó que ?el elemento secuestrado no posee las cualidades necesarias para ser considerado como arma no convencional [...] pues [...] no cumple los requisitos que requiere el tipo contravencional una réplica de pistola (plástico) que, aunque fuera apta para el tiro (lo que no se ha logrado demostrar pese a que han pasado ya más de siete meses desde que se la secuestrara) no tenía munición y, por ello, capacidad autónoma de provocar un daño, siendo materialmente imposible la afectación del bien jurídico tutelado (la seguridad pública) por la norma? (foja 26). El voto concurrente de la señora jueza Silvina Manes, con el que se conforma la mayoría, adhirió a las consideraciones referidas a la atipicidad de la conducta imputada y se refirió a otro caso en el que había afirmado que ?una réplica de un arma de fuego de material plástico no puede ser considerada un arma no convencional? situación que consideró asimilable a la de autos dado que, afirmó, no se acreditó siquiera ?que el elemento secuestrado sea de los de mecanismo de aire o gas comprimido ni que esté con posibilidad inmediata de disparo? (foja 26 vuelta). Por esos argumentos, se resolvió que la conducta por la que se requiriera el juicio del señor Mercado era atípica y se dispuso el sobreseimiento del nombrado. 2.2. El recurrente ha logrado exponer ante este Tribunal que el caso traído a estudio excede el mero análisis de normas de derecho contravencional local (art. 85, CC -actual art. 88, según texto consolidado, ley n° 5.454-), comprometiendo principios constitucionales, encontrándonos en presencia de una sentencia

arbitraria por falta de fundamentación o fundamentación aparente. Al respecto, los argumentos desarrollados en mi voto in re ?Ministerio Público -Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo PCyF de la CABA- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Benítez, Leandro Emanuel y otros a/ infr. art.(s) 85, portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique?, expte. n° 12413/15, resolución del 01/03/16, de la que se agregará copia para formar parte de esta resolución, resultan suficientes para descartar la razonabilidad de lo decidido. En efecto, allí afirmé que objetos idóneos para ejercer violencia o intimidación de terceros, en detrimento de la seguridad pública, pueden ser considerados ?armas no convencionales? de las referidas en el tipo contravencional en cuestión. De lo anterior se deriva que la tipicidad del hecho consistente en llevar consigo en plena vía pública una réplica de un arma de fuego, de aire o gas comprimido, no puede ser descartada con base en la ausencia de municiones, en tanto dicho objeto resulte apto para generar intimidación, no siendo imprescindible, de acuerdo a la finalidad de la regla del art. 85, CC, que se determine la ?capacidad autónoma de provocar un daño? a la que se refieren los jueces de mérito. En consecuencia, la carencia de municiones no impide afirmar la ?portación?, en tanto se determine que el sujeto imputado tenía la disponibilidad inmediata de un arma de aire o gas comprimido que, de acuerdo a lo señalado, resulta apto para afectar el bien jurídico tutelado por la norma en cuestión aún sin municiones. Así, los magistrados han incorporado requisitos no exigidos legalmente para la configuración del tipo contravencional previsto en el art. 85 del Código Contravencional (actual art. 88 según texto consolidado, ley n° 5.454), al punto de tener por no escrita la regla, neutralizando así los efectos pretendidos por el legislador en el ejercicio de funciones que le son propias, y ello es suficiente para descalificar como acto jurisdiccional válido a la sentencia recurrida. 3. Finalmente, la decisión también es descalificable, por prematura, en cuanto afirma que de no tratarse de un arma de aire o gas comprimido, el elemento secuestrado, descripto como una ?pistola de plástico (réplica) color negra, con un cargador de plástico sin municiones? (foja 25 vuelta), no podría ser de los abarcados por el art. 85, CC (actual art. 88, CC). Ello en tanto la acreditación del poder intimidatorio de la ?réplica de arma de fuego? dependerá de la valoración de la prueba y la determinación de las características específicas de dicho objeto y de cómo puede ser percibido por otros en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que se dieron los hechos. 4. Por las razones expuestas, voto por hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos, revocar la resolución de Cámara del 05/12/2016 que dispuso archivar las actuaciones y sobreseer a Aldo K. Mercado. Así lo voto. La juez Inés M. Weinberg dijo: 1. La queja fue interpuesta ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 32 de la ley n° 402) y contiene una fundada crítica al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Además, es procedente pues el Fiscal ha logrado plantear una cuestión constitucional en cuanto sostiene que los jueces de cámara realizaron una interpretación del artículo 85 del Código Contravencional (actual art. 88 según texto consolidado ley n° 5.454) que prescinde de aplicar una norma vigente sin dar un fundamento jurídico que justifique tal apartamiento. La decisión contradice el principio de sujeción de los jueces a la ley por lo que debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido (cf. CSJN, Fallos 329:4688; 279:128, 320:1251, entre otros). 2. En efecto, la Cámara, por mayoría, entiende que la conducta endilgada al imputado resulta manifiestamente atípica (artículo 195 inciso 3 del CPPCABA, por aplicación del artículo 6 de la ley n° 12). Para así decidir consideran que, por un lado, la acción típica ?portar? comprende a aquél que mantiene el arma corporalmente en su poder y en condiciones inmediatas de uso -circunstancia que no surge de la descripción del hecho- y, por otro lado, sostienen que el elemento secuestrado no posee las cualidades necesarias para ser considerado como arma no convencional, toda vez que ?no tenía munición y, por ello, capacidad autónoma de provocar un daño, siendo materialmente imposible la afectación del bien jurídico tutelado? (cf. fs. 25/26). Ambas interpretaciones resultan contrarias a lo que el propio texto legal enuncia, ello en virtud de los fundamentos que a continuación se exponen. 2.1. Con respecto al primero de los argumentos cabe destacar que en el ámbito local el legislador al incorporar el tipo contravencional del artículo 85 del CC, ha entendido que se configura la contravención de ?portación de arma no convencional" cuando se ?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?. La Real Academia Española define la locución ?portar? como ?tener algo consigo o sobre sí? (primera acepción) y ?llevar, conducir algo de una parte a otra? (segunda acepción). Por lo tanto es éste y no otro el sentido que cabe otorgar al verbo típico contravencional. En autos, la Cámara se aparta del sentido literal del término y exige, para su configuración, acreditar la condición inmediata de uso del objeto que el sujeto lleva consigo (en este caso, la réplica de un arma de fuego). Por lo tanto -según los camaristas- al verificar que el arma en cuestión se encontraba descargada, consideran que no se configura el verbo típico contravencional al que refiere el artículo 85 del CC, pues no se encontraba en condiciones inmediatas de uso. Aquella decisión debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido en tanto se aparta de aplicar una ley vigente sin motivos que la justifiquen. Ello así en tanto que no corresponde transpolar la distinción que hace el artículo 189 bis del Código Penal entre ?portar? y ?tener? para interpretar el tipo contravencional bajo estudio. Aquella diferenciación tiene sentido en el Código Penal en virtud de las conductas que allí se sancionan, pues el legislador nacional ha decidido sancionar más severamente a quien lleva consigo, sin autorización, un arma de fuego en condiciones inmediatas de uso

(a esto lo denomina "portación") que al que tiene un arma de fuego sin autorización, pero que no está en condición inmediata de ser utilizada (a esta conducta la denomina "tenencia"). Tal disquisición no resulta trasladable para interpretar la conducta reprimida por el Código Contravencional local pues lo que éste persigue es sancionar, con la misma escala penal, a quienes lleven consigo, en la vía pública y sin causa que lo justifique, otro tipo de armas siempre que resulten "inequívocamente destinadas a ejercer violencia o agredir". Es decir, lo que se exige valorar especialmente es el destino que se le dará al elemento que el sujeto activo lleva consigo en la vía pública y sin justificación (ejercer violencia o agredir). Entonces la distinción entre "portar" y "tener" que hace el legislador nacional no resulta relevante para interpretar el tipo del artículo 85, CC y no hay motivo para apartarse del sentido literal del término escogido por el poder legislativo local al describir la conducta que persigue desalentar. Por ello corresponde dejar sin efecto la decisión de la Cámara. Debe recordarse aquí que, tal como sostiene nuestra Corte Suprema, no es posible "apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente de exégesis de las leyes es su letra, y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquélla (Fallos: 218:56; 299:167). De otro modo podría arribar a una interpretación que -sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal- equivaliese a prescindir de su texto (Fallos: 279:128; 300:687; 301:958)? ("Ballvé, Horacio Jorge c/ A.N.A. s/ nulidad de resolución", resolución del 09/10/1990).

2.2. En cuanto al segundo argumento que expone la Cámara para hacer lugar a la excepción de atipicidad (es decir la capacidad autónoma del objeto generar un daño) también debe ser descalificado por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, ello de conformidad con los argumentos que expuse en mi voto en "Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo PCyF de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Benítez, Leandro Emanuel y otros s/ infr. art(s) 85, portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique, CC? expte. n° 12413/15, resolución del 01/03/16; a los que remito. En efecto, en el caso, al igual que en el precedente citado, la sentencia de Cámara no estuvo acompañada por una argumentación que resulte ser una derivación razonada, debidamente fundada de la norma contravencional, pues no explica por qué la réplica de plástico de un arma de fuego no resulta idónea para ejercer la violencia tácita o intimidación que también abarca el tipo contravencional del art. 85.

3. En virtud de lo expuesto, voto por hacer lugar a los recursos del MPF, revocar la sentencia de Cámara (fs. 25/28) y dejar sin efecto el sobreseimiento debiendo continuar las actuaciones según el impulso que recibieren. La jueza Ana María Conde dijo: 1. Acompañó en lo sustancial los desarrollos expuestos por los jueces Inés M. Weinberg y José Osvaldo Casás. El tribunal a quo, en ocasión de tomar intervención en el marco de un planteo de excepción con arreglo a las reglas del CPP (art. 195 y siguientes) que entendió aplicables supletoriamente, argumentó que en el sub lite no se encontraban reunidos los elementos del tipo contravencional descripto por el art. 88 del Código Contravencional (según su texto consolidado, por la ley n° 5.454) cuya comisión la Fiscalía de primera instancia procuraba endilgarle al imputado. Para así resolver la mayoría de la alzada indicó que la "réplica" de arma de fuego que el imputado habría tenido consigo, cuando fue observado por la autoridad policial, no constituyó una portación, en los términos de esta prohibición, en la medida en la cual ella no se encontraba en condiciones de uso inmediato, por carecer de munición; y tampoco se trataba de un arma no convencional que estuviese inequívocamente destinada a ejercer violencia o agredir. El Ministerio Público Fiscal, resumidamente, denuncia que la decisión impugnada mediante su recurso de inconstitucionalidad -en cuanto declaró la "atipicidad manifiesta" de la conducta investigada- vulnera el principio de legalidad, toda vez que desecha la letra y espíritu de la prohibición en trato a través de una interpretación irrazonable y desnaturalizante de aquello que el ordenamiento busca sancionar. En ese sentido, el recurrente sostiene que la solución adoptada habilitaría a la ciudadanía a llevar consigo sin justificación alguna en la vía pública un elemento suficientemente apto para coaccionar o intimidar a terceras personas, pues, en su visión, la conclusión de la Cámara de que tener una réplica de un arma de fuego de la forma en la que Mercado a priori la llevaba no se trata de un hecho contravencionalmente reprochable a la luz del precepto indicado, conduce a eliminar la potencial afectación que una conducta de esa especie puede ocasionar a bienes jurídicos relevantes para la legislación citadina. Entiendo que corresponde hacer lugar a la queja y al recurso que ella defiende en tanto los motivos de impugnación presentados por la Fiscalía de Cámara Sur -relacionados con la interpretación contra legem de una norma infraconstitucional y con la arbitrariedad del razonamiento del tribunal a quo, por carecer de una fundamentación adecuada- alcanzan para delinear una discusión susceptible de ser examinada por este Tribunal. En efecto, aunque por regla la función del Tribunal no radica en establecer la interpretación que corresponde reconocerle a un precepto infraconstitucional a modo de tercera instancia, esta regla no es absoluta y debe ceder frente a un supuesto como el sub iudice en el cual se identifica fundadamente que la exégesis acordada a la norma lesiona el principio de legalidad (art. 13.3, CCABA) o consagra un absurdo en orden al alcance de la prohibición que se dice haber interpretado (según mi voto al cual me remito, por considerarlo enteramente trasladable a esta causa, en "Benítez", expte. n° 12413/15, resolución del 01/03/16). Comencemos por remarcar que el art. 88 del Código Contravencional, cuya constitucionalidad no ha sido impugnada, sanciona a toda persona que "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, (...) con multa de un mil (\$) 1.000) a tres mil (\$) 3.000) pesos o cinco (5) a quince (15) días de arresto? (sin subrayar en el original). Mediante dicha prohibición, que consecuentemente con la descripción reseñada se titula "[p]ortar armas no convencionales?", el legislador local ha considerado que conlleva "un daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos" (art. 1º, CC) que una persona tenga consigo o sobre sí -según la definición que ofrece la RAE del verbo "portar"-, en la vía pública y sin una causa que lo justifique, "cualquier tipo de arma no convencional". A su turno, si bien dentro de las armas no convencionales enunciadas se incluyen a título ejemplificativo a las "de aire o gas comprimido" como una especie de aquellas, lo cierto es que la redacción omnicompreensiva utilizada por el legislador al sancionar la prohibición no deja fuera de ese género a las réplicas de armas de fuego y tampoco reclama que, con independencia de lo que entendió el tribunal a quo, toda arma impropia para quedar comprendida por el tipo contravencional cuente con la munición respectiva. Tal conclusión queda de manifiesto tan pronto se observa que la norma no sólo desapruueba a quien lleve consigo o sobre sí dicha especie de armas no convencionales, sino que simultáneamente incluyó dentro de su enumeración a cualquier otro elemento corto-punzante o contundente que conforme las circunstancias del suceso puntual haya estado inequívocamente destinado a ejercer violencia o agredir. Lo más revelador de la descripción enunciada y aquello que arrojará o no su adecuación típica es naturalmente esta última circunstancia en tanto la manera en la cual el elemento es transportado debe tener la capacidad de poner en riesgo los bienes tutelados por la figura contravencional. Resultaría absolutamente incongruente exigir que para que se juzgue configurada la conducta de portar cualquier tipo de estos "objetos", todas las armas no convencionales que esa norma parece equiparar deban contar con municiones disponibles, puesto que es obvio que aquel recaudo, en general, excede a la amplia variedad de elementos cuya portación se resolvió incluir; y no hay nada en el Código Contravencional que conduzca razonablemente a semejante afirmación. En definitiva, parece claro que para el ordenamiento no sería una exigencia sine qua non que las armas no convencionales estén cargadas o con posibilidad inmediata de producir disparos como lo interpreta la alzada, sino que con su mera exhibición bastaría en ciertas circunstancias (de hecho y prueba) para amedrentar o intimidar ejerciendo de dicha manera sobre algún tercero la violencia psicológica o tácita que se pretende eliminar; al igual que si le fuera exhibido cualquier otro objeto contundente prima facie apto para provocarle contusiones o incluso que le cause una "gran impresión en el ánimo, convenciéndolo" sobre su capacidad ofensiva -de conformidad con la definición que ofrece la RAE del adjetivo "contundente" en su primera y segunda acepción, a cuyo significado o alcance naturalmente corresponde estar-. Es que concretamente el legislador en pleno uso de sus facultades ha considerado que resulta necesario sancionar, a título contravencional -esto es, a través de un cuerpo que regula conductas reprochables con sanciones sensiblemente inferiores a las previstas en el CP-, la portación de cualquier objeto que no esté expresamente alcanzado por la ley nacional de armas (nº 20.429 y el decreto reglamentario nº 395/75); y lo relevante en la descripción enunciada respecto de aquello que procura prohibir es que estos elementos estén "inequívocamente destinados a ejercer violencia o agredir", por cuanto lo que se intenta neutralizar es el poder vulnerante del individuo que la lleva consigo o sobre sí y la capacidad de poner en riesgo los bienes jurídicos que el ordenamiento infraconstitucional protege (esto es, la "seguridad pública" y la "tranquilidad" de la población, según lo indica el título IV, capítulo I del CC, en cuyo contexto se enmarca el art. 88) frente al peligro generalizado que su mera portación conlleva. No se desconoce aquí, corresponde destacarlo, que el proyecto inicial del Código Contravencional contenía una norma específica que reprimía con un quantum sancionatorio levemente inferior la portación de toda "replica de arma de fuego que tenga la apariencia, forma y configuración" de ella (ver el art. 88 del proyecto tratado en la sesión del 23/09/04) y tampoco que ésta no fue sancionada por no reunir las mayorías necesarias. Sin embargo, aunque ello no sea desconocido, la redacción omnicompreensiva atribuida al precepto inmediato anterior del proyecto inicial, que es el que aquí nos convoca con la misma formulación que -a más de diez años- ha regido hasta el presente, impide considerar que el legislador local no hubiese tenido interés alguno en condenar la portación de una réplica de un arma de fuego lo suficientemente real que pudiese engañar a un tercero respecto a su autenticidad, ni que esa conducta sea contravencionalmente atípica per se, en todos los casos, sino, a lo sumo, que el legislador no ha escogido reprimirla a través de una figura específica -o con un quantum diferenciado e inferior al contemplado para la amplia familia de las armas no convencionales-. Dicho de otro modo, frente a la inexistencia de explicaciones sobre el punto en tal debate parlamentario, aquella eliminación no supone necesariamente que el legislador no hubiese considerado reprochable que en determinados supuestos o de acuerdo a las particularidades del hecho una conducta como la examinada pudiese quedar igualmente englobada por otra/s figura/s del mismo cuerpo (por ejemplo, los arts. 88 o 110, CC) ni que aquella posibilidad hubiera estado fundadamente descartada. Al respecto no es superfluo remarcar que, en contraposición a aquello que regula la mencionada ley nacional o su decreto reglamentario acerca de los instrumentos específicamente concebidos "para la defensa o el ataque" a través de la deflagración de pólvora para lanzar un proyectil a distancia (o de los otros materiales que allí resultan controlados), el Código Contravencional mediante la norma bajo análisis busca captar como arma no convencional

-denominada ordinariamente impropia- a una multiplicidad de instrumentos, elementos u objetos, que, sin reconocer necesariamente o por su naturaleza aquel destino específico de operar como un medio para atacar o defenderse, en determinados contextos la inadecuada manera en la que prima facie ellos son utilizados o exhibidos, por quien los lleva consigo en plena vía pública y sin explicación válida, les confiere el poder ofensivo o capacidad intimidante que la Legislatura no ha querido tolerar en resguardo de los bienes jurídicos que le incumbe tutelar. En estos supuestos, la norma desalienta con alcance general: que la ciudadanía transite por esta urbe -sin justificación alguna- muñida de cualquier tipo de ?arma no convencional? como lo enuncia el título dado al precepto, es decir, despojados de un arma de aire o gas comprimido (con o sin balines), arma de fuego cuya idoneidad para el disparo no pudiera tenerse de alguna forma acreditada, réplica de un arma de fuego (simulada, falsa o incluso de juguete que parezca a primera vista como una verdadera), navaja, cuchilla, sable, hacha, jeringa, bisturí, maza, palo, piedra o similares. Conviene tener en consideración que, toda vez que no se requiere un resultado dañoso concreto sobre algún tercero sino que se intenta protegerlo preventivamente de ciertas modalidades de empleo de objetos idóneos para menoscabarlo en sus derechos, en abstracto, la réplica de un arma de fuego se encuentra en análogas condiciones para ejercer violencia, intimidación o amedrentamiento que un arma de fuego inidónea, de aire o gas comprimido, elemento corto-punzante o contundente. En otras palabras, no es razonable justipreciar que un revolver, pistola o arma replicada se muestre desprovista, sin más, de idoneidad o capacidad vulnerante bajo la perspectiva del Código Contravencional; máxime, si se tiene en cuenta que esta clase de elementos (réplicas o armas de juguete) ha convocado específicamente la atención del Congreso Nacional, en diversas leyes de aplicación en todo el territorio de la República (ver: ley n° 24.703 y su decreto reglamentario n° 1177/96; ley n° 25.882; y ley n° 26.216 -en especial su art. 12-) que seguramente nuestro legislador no pretende desconocer. Lo relevante es como ya fue dicho que el ?arma?, instrumento u objeto que injustificadamente una persona lleva consigo o sobre sí en la vía pública esté inequívocamente destinado a ser utilizado con fines ilegítimos y aquella circunstancia, sin bien se relaciona con la proximidad o inmediación que une al sujeto con la cosa potencialmente ofensiva que es transportada (es decir, con la plena disponibilidad de uso), no tiene vinculación directa con el hecho de que se encuentre cargada o no como ocurre con relación a las conductas reprimidas por el CP (según mi voto, mutatis mutandi, en ?Carabajal Zapata?, expte. n° 10245/13, resolución del 23/12/14), sino con la posibilidad concreta de servirse rápidamente de esa cosa con la finalidad espuria o intolerable de someter a un tercero a escenarios que menoscaben sus derechos. En autos, como lo revela el Ministerio Público Fiscal, difícilmente cabría afirmar, como lo hizo el tribunal a quo, que la conducta a priori protagonizada por Mercado no se trata de una ?portación? cuando conforme la describe el recurrente -y también el juez Franza, en su voto en disidencia (fs. 27 vuelta)-: ?el incuso portaba en una mochila que llevaba consigo una réplica de plástico de un arma de fuego (...) que fue advertida [directamente por el agente preventor, cuando] (...) el propio imputado dejó caer el elemento al suelo al notar la presencia policial? y fue claramente esa ?similitud con un arma de fuego la que provocó la intervención de tal personal, por lo cual efectivamente [aquel instrumento, según la visión de la Fiscalía.] podría generar en un tercero la percepción de que se trat[ó] de un arma de fuego? (fs. 54; el énfasis ha sido añadido); conducta que, por cierto, según surgiría del requerimiento de juicio habría tenido lugar un día miércoles, a las 17 horas y ?en una de las puertas de salida del hall de la estación de trenes Constitución? (fs. 1/3). En ese punto, la cuestión que la mayoría del tribunal a quo resolvió en orden a la atipicidad del comportamiento que conforma el objeto procesal del sub lite, en todo caso -en sintonía con lo indicado por el doctor Casás en el pto. 3 de su voto- aparece sin dudas descalificable por prematura, en tanto, en las condiciones actuales y a la luz de los escasos argumentos en los que encuentra apoyo la solución a la que se arribara, no es posible descartar sin más que el elemento secuestrado y respecto del cual Mercado intentó prima facie descartarse, en un escenario espacio-temporal cuanto menos singular, encuentre adecuada significación jurídica en la conducta que la norma aquí examinada reprime o que aquel objeto no estuviera siendo transportado con un destino o propósito como el cual nuestro ordenamiento infraconstitucional busca desterrar. La determinación de esas circunstancias y de cualquier otra controversia que quepa dilucidar dependerá en verdad de las pruebas que la Fiscalía ofreció para hacer valer en el marco de un juicio, según su teoría del caso, y no se muestra en modo alguno razonable prescindir de esa instancia natural de discusión. En suma, no resulta posible inferir anticipadamente, en autos, que resulte absurdo o constitucionalmente intolerable que la conducta que el titular de la acción insiste en debatir en juicio, al aumentar el potencial poder intimidatorio que Mercado aparentemente buscaba con esta portación, carezca de lesividad para ser perseguida contravencionalmente. 2. Por todo lo expuesto, corresponde: admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia impugnada (art. 30, in fine, ley n° 402 -según su texto consolidado por ley n° 5.454-). El juez Luis Francisco Lozano dijo: 1. La Cámara afirmó que ?si el objeto (el arma de aire o gas comprimido) no era llevado en condiciones de inmediato uso, corresponde descartar la figura de portación? (a fs. 25 vuelta). Sobre esa base, entendió que la ?mera tenencia de un arma no convencional sin munición? (a fs. 25 vuelta) era manifiestamente atípica de la contravención establecida en el art. 85 del CC. 2. El art. 85 del CC, norma cuya validez constitucional no ha sido controvertida, dice así: 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 un mil (\$ 1.000) a tres mil (\$ 3.000) pesos o cinco (5) a quince (15) días de arresto.

3. De la lectura de la norma, surge que la "portación" es uno de los elementos necesarios para completar la tipicidad de esta contravención. Al votar in re "Ministerio Público -Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Incidente de prisión preventiva en: "CN 8891/11 Cabanillas, Jorge Alberto s/ infr. art. 189 bis CP", expte. n° 8143/11, resolución del 3/10/2012, considerandos 10 y 11, expliqué el alcance que debe darse al término "portación", y la diferencia que existe, en mi opinión con la "tenencia". Allí, en coincidencia con la interpretación que ha realizado la CSJN (por ejemplo, en el marco de la contienda negativa de competencia que se había trabado entre la justicia Nacional en lo Criminal y Correccional y la local Penal, Contravencional y de Faltas en la causa "Álvarez García, Gustavo Gonzalo s/ portación de arma uso civil", sentencia publicada en Fallos: 329:1324), sostuve que "portar" un "arma de fuego" consiste en llevarla, acarrearla o trasladarla (la RAE define al verbo "portar", en su segunda acepción, como: "llevar o traer") en condiciones tales que pueda ser utilizada en forma inmediata?. Ello, para luego afirmar que "no parece posible decir que se "va armado" cuando se tiene una pistola sin balas a menos que se esté en condiciones de cargarla sin dilación?. Finalmente, en aquel precedente sostuve que "la inmediatez con la que ese potencial agresor pueda llegar a utilizar el arma de fuego debe ser medida en función del factor sorpresa con que cuenta todo agresor respecto a su posible víctima. Si el arma que lleva, acarrea o traslada no está en condiciones de uso inmediato, habrá que constatar qué pasos restaba cumplir para que pudiera ser disparada, y si ellos eran susceptibles de ser realizados durante el tiempo que contaba el posible agresor para sorprender a su víctima".

4. Dicho esto, no se desprende de la lectura del art. 85 del CC, transcripto supra, que el legislador local haya querido darle un alcance distinto al término "porta" para el caso de las armas no convencionales, ni logra mostrarlo la recurrente. Por ello, más allá de su acierto o error, no resulta insostenible la posición de la Cámara, en cuanto entendió que llevar un arma no convencional es una conducta atípica de la contravención del art. 85, si no se la lleva en condiciones de uso inmediato.

5. Ahora bien, lo dicho hasta aquí no obsta a que existan diferencias a la hora de delimitar cuando un arma en particular se encuentra en "condiciones de uso inmediato?". En este orden de ideas, y entre otras cosas, no debería soslayarse que la propulsión en las armas de fuego nace de la pólvora incorporada en el cartucho . Así, para que pueda decirse que se "porta" (en el sentido descrito en este voto) un arma de esa especie, se debería contar con los cartuchos adecuados, o al menos con la posibilidad de acceder a ellos sin dilación. Diferente es el caso de la mayoría de las armas de aire comprimido, las cuales poseen por sí mismas la capacidad de propulsar . Por ello, para que este tipo de arma se encuentre en condiciones de uso inmediato, bastaría con que se tenga la capacidad de acceder sin demora a cualquier objeto contundente, que quepa dentro del cañón del arma, y que pueda ser dañino, una vez lanzado a alta velocidad. En última instancia, establecer cuando un arma específica se encuentra en condiciones de uso inmediato va a depender de los hechos de cada caso en particular, cuyo acaecimiento compete establecer a los jueces de mérito, como principio privativamente.

6. Sentado lo anterior, lo cierto es que el MPF no muestra que la interpretación que el tribunal a quo realiza del art. 85 del CC, aplicado a los hechos de este caso, exceda las posibilidades hermenéuticas privativas de los jueces de la causa. Por ello, corresponde rechazar su recurso de queja. Por ello, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia resuelve: 1. Hacer lugar al recurso de queja interpuesto. 2. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la resolución de Cámara del 05/12/2016. 3. Agregar a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 01/03/16 en los autos "Ministerio Público -Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo PCyF de la CABA- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Benítez, Leandro Emanuel y otros a/ infr. art.(s) 85, portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique", expte. n° 12413/16, como parte integrante del voto del juez José Osvaldo Casás. 4. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. La jueza Alicia E. C. Ruiz no firma por encontrarse en uso de licencia.

023890E