En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 28 días del mes de abril del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Juan Pedro Cortelezzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"R., C. A. s/ Resistencia en concurso ideal con agresión en concurso real con tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil"** (Expediente 20.921 – 299 – 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 148: Panizzi, Pfleger y Cortelezzi.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) El día 6 de octubre del año 2006, el Juez en lo Correccional de la Circunscripción Judicial de Esquel, doctor Jorge Eyo, dictó la sentencia protocolizada bajo el N° 48 – F° 113/117 – Tomo Único, mediante la cual condenó a don C. A. R. a la pena de 1 (un) año de prisión de ejecución en suspenso, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con agresión, en concurso real con tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, con respecto al hecho ocurrido el día 6 de mayo de 2006, en la localidad de Lago Puelo, en perjuicio de la Administración Pública Provincial, imponiéndole

además las costas del proceso (artículos 26, 40, 41, 54, 55, 104, 186 bis, 4° párrafo y 239 del Código Penal; artículos 486 y 488 del Código Procesal Penal).

II) El magistrado en lo correccional tuvo por probado que en la fecha ya citada, mientras se llevaba a cabo una orden de registro domiciliario y secuestro –expedida por el Juez de Instrucción de Esquel, doctor Jorge Alberto Criado con relación a los autos iniciados mediante el preventivo N° 24/06-, por el hecho ocurrido el día 27 de abril del 2006, entre las 14,00 y las 21,00 horas, en la finca sita en el Margen Oeste de la Ruta Nacional N° 40, ex 258, frente al callejón R., a 500 metros aproximadamente, punto cardinal sur de la Rotonda de Acceso a la localidad de Lago Puelo, C. A. R. procedió con dolo a acometer al personal policial que se encontraba realizando la diligencia mediante la utilización de un cuchillo que se hallaba sobre la mesa de la cocina-comedor del inmueble de referencia, tirando un puntazo sobre el Jefe de Comisaría Subcomisario C., sin herirlo, utilizando fuerza e intimidación para trabar la ejecución del acto de la autoridad razón por la cual fue inmediatamente detenido y esposado.

En esas circunstancias se halló en su domicilio un arma de fuego calibre 0,22 largo, marca “TALA”, número de serie xx.xxx, sin la

documentación debida que acredite que se encontraba autorizado para su tenencia.

III) Contra el pronunciamiento condenatorio la defensa del acusado, a cargo del doctor E. R. M., en forma conjunta con el doctor J. Á. A., abogado adjunto de la defensa pública de la circunscripción judicial de Esquel, dedujeron a fs. 82/86 vta. un recurso de casación.

Solicitaron la nulidad de lo actuado a fs. 11/12, y de todos los actos que fueron su consecuencia, porque el acta allí cosida se elaboró con la presencia de dos testigos pertenecientes al personal policial que llevaba a cabo la diligencia, sin que se hiciera constar la razón de urgencia que impidió la actuación de civiles, como manda el artículo 121 del rito.

Plantearon que, por esa circunstancia, no existieron los testigos de actuación que la tarea requería, lo que privó al sentenciante de la posibilidad de controlar la legalidad del acto con la óptica de un tercero, observador ajeno a los preventores.

Del instrumento atacado —denunciaron— surge que, además, quienes debieron actuar como testigos de actuación no lo hicieron pues participaron en forma activa y persecutoria en la diligencia de registro domiciliario. La prueba —destacaron— resultó irregularmente adquirida, pues fue consecuencia directa de una actuación irregular.

El perjuicio que ello acarreó para el acusado es palmario —señalaron los casacionistas— por cuanto sirvió como prueba directa y dirimente para condenar a R..

Agregaron que el acta impugnada dio cuenta de un acto irreproducible destinado a aportar prueba de cargo irregular, por lo que R. no estaba legalmente obligado a soportar ese accionar ilegítimo basado en una intrusión a su intimidad.

Esa circunstancia –aclararon los recurrentes– constituyó una agresión actual e ilegítima a sus derechos como imputado, que no había provocado ni ayudado a provocar.

Dentro del legítimo ejercicio de un derecho —indicó la defensa– R. utilizó el medio menos lesivo para repeler la actuación ilegal; subir el volumen del equipo de audio fue una conducta que se reveló como necesaria y proporcionada en la emergencia, dijeron, puesto que la situación se hallaba amparada por el artículo 34, inciso 6° del Código Penal.

El posterior uso de un cuchillo para agredir al Subcomisario C., pudo resultar excesivo –subrayaron- pero el origen de la conducta fue absolutamente legítimo, porque ningún ciudadano está obligado a soportar la actuación irregular de los agentes estatales.

Por eso, entendieron que la conducta del acusado ameritaba la aplicación del artículo 35

del Código Penal, pero como esa norma remite a una pena que no está prevista para los delitos de resistencia a la autoridad (artículo 239 C.P.) y agresión (artículo 104 C.P.), para el recurrente la conducta de R. resulta atípica.

En punto al delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, la defensa solicitó la absolución del acusado pues el hallazgo del arma fue irregular –conforme los fundamentos esgrimidos sobre la actuación policial– y no puede utilizarse como base de la condena.

Hizo reserva de plantear el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV) Al examinar el acta cosida a fs. 11/12, cuya nulidad promueve el recurrente, advierto que la defensa utilizó un argumento basado en un enfoque de lo sucedido, que difiere de la realidad contenida en el instrumento público atacado.

Contrariamente a lo expresado por el casacionista, el responsable de la diligencia en cuestión dio fiel cumplimiento con el mandato del 121 del Código Procesal Penal, pues registró la circunstancia que lo autorizó a utilizar dos testigos de actuación pertenecientes a la misma repartición.

Así, a fs. 12 puede leerse que el Subcomisario J. E. C. expuso *"Se deja constancia que en la presente diligencia no se hallan testigos civiles en virtud a la zona ubicada la*

*vivienda"(sic)*.

Exigir en forma indefectible la intervención de personal civil como testigos de actuación en las diligencias a cargo de funcionarios policiales, sería una condición que sólo podría derivar en el entorpecimiento de las tareas de prevención e investigación, en casos como el de autos en los que tal condición resultaba de difícil cumplimiento.

Por otra parte, la defensa desconoce que las manifestaciones de los funcionarios policiales son suficiente elemento de cargo, porque hacen plena fe hasta tanto se demuestre lo contrario, máxime cuando las acta que confeccionan –que constituyen un documento público– cubren las formas del ritual.

No hubo irregularidad en el procedimiento policial que instrumenta el acta de fs. 11/12. El personal interviniente actuó con legitimidad, prudencia y razonabilidad, por cuanto la diligencia se realizó en el marco de las normas adjetivas que regulan su producción, por lo que incorporó de manera legítima la prueba al proceso.

Por otra parte, en el artículo 123 del rito se encuentran enumerados en forma taxativa los supuestos de hecho sancionados con pena de nulidad, entre los que no se encuentra incluida la hipótesis que planteó el casacionista.

El recurrente dirigió la impugnación contra

un acto producido durante la instrucción, de manera que la nulidad que promueve en esta instancia debió impulsarla durante aquella etapa del proceso o en el término de citación a juicio, por imperio del artículo 152, inciso 1° del Código Procesal Penal.

Surge de la causa que es ésta la primer oportunidad en que la defensa suscitó la nulidad del acta obrante a fs. 11/12, por lo que el planteo resulta, además, extemporáneo.

V) La improcedencia de la nulidad requerida por el casacionista –argumento empleado para fundar el agravio referido a una supuesta violación a la ley de fondo–, podría tornar ocioso su tratamiento.

Sin embargo, diré que el allanamiento del domicilio del acusado estaba legitimado por una orden legalmente expedida, lo cual, descarta que haya habido una agresión ilegítima, como invocó la defensa. Ello, independientemente de la validez o no del acta o de la diligencia misma, extremo que se ha tratado precedentemente.

Estos argumentos desbaratan los agravios de la defensa.

VI) Por todo lo expuesto, propicio el rechazo del recurso de casación deducido por la defensa del acusado, con costas, y la confirmación de la sentencia de fs. 75/79 vta. (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal).

VII) Regulo los honorarios de los profesionales intervinientes, por su labor en esta instancia, en la suma correspondiente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del monto que se le regulará en la instancia de grado, no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. ley 2200, modif. Por la Ley 4335; 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, B.O. 24/10/02).

**Así voto.**

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

**I.** Desde el principio dejaré sentada mi coincidencia con el criterio sustentado por el colega preopinante sobre la interpretación que, del acta de allanamiento y secuestro, ha realizado con la consiguiente repercusión en el resultado de la decisión venida a inspección.

Como lo he sostenido en causas anteriores, no me parece necesario explicar profusamente el sentido que tienen las actas en el procedimiento penal.

Sólo resulta del caso evocar las prescripciones de los arts. 121, 122 y 123 del C.P.P.(Ley 3155), en particular aquellas que conciernen al modo de construcción de esos documentos y a las sanciones procesales que suceden a su inobservancia.

Desde esa perspectiva, debe de señalarse que sólo esta prevista la fulminación de los instrumentos de marras cuando se dan las

condiciones que la norma prevé, en particular: la ausencia de indicación de la fecha o la firma del funcionario actuante o de los testigos de actuación, o la indicación de que quien firma es analfabeto o es ciego.

En el caso, el personal de policía actuante en la emergencia lo hizo en virtud de un mandato jurisdiccional, llevando consigo y presentando la correspondiente orden de allanamiento, registro domiciliario y secuestro, expedida –obviamente- de modo fundado.

Así, advertido el cumplimiento de las reglas formales considero que el planteo involucra estudiar dos cosas: a. la falsedad del acta, b. la alteración de la cadena de seguridad de los secuestros.

Si el recurrente consideró que el contenido del acta no se correspondía con la verdad de lo acontecido porque, como sostuvo en su escrito de impugnación, los testigos de actuación no fueron tales sino personal que tuvo a cargo el acto y lo llevó adelante contraviniendo el adjetivo, debió argumentar al respecto en la audiencia o antes que aquella se incorporara como prueba válida.

Las actas son instrumentos públicos y en ese sentido resulta menester redargüirlas de falsedad para extirparlas del proceso. Corresponde en especial señalar, con precisión, en qué punto la actividad documentada por el funcionario actuante no se condice con la verdad.

Y como bien lo señala mi distinguido colega, ello no ha sucedido.

Es más, durante el alegato el señor Defensor puso su afán en señalar la ilegalidad que –en su opinión- constituyó la presentación de C. J. B. acompañado de R. en la Comisaría, lo que calificó como una detención ilegal y cargó las tintas sobre su nulidad y la de los actos de ella dependientes; pero nada dijo hasta después de la sentencia respecto de alguna trasgresión en el acto de registro domiciliario puesto en crisis en la etapa recursiva.

Nada más impropio, a mi parecer y sin mengua del respeto moral e intelectual del colega, que la aceptación de una posición y luego la mutación cuando las cosas no son favorables.

Si bien a diferencia de otras legislaciones procesales no está previsto aquí que el abogado sostenga una línea de defensa y no deba apartarse, so riesgo de sanción, al menos me parece inadecuado un comportamiento procesal como el que entiendo ha ocurrido, oscilante.

El Código Procesal Penal, de todas formas, tiene resguardos para preservar la sana progresividad del caso.

Por ello es que las nulidades ocurridas durante la instrucción deben ser siempre planteadas antes de la apertura del debate, salvo las insanables, pudiendo derivarse de ello que la redargución de falsedad debe también suceder al

menos durante el debate o en el alegato, si de su curso surgieran elementos que la justificasen.

Es claro que no desconozco la importancia de las formas como reaseguro para el orden regular del proceso en todo su contenido y – por añadidura- para la adquisición legal de la evidencia; pero otra cosa diferente es la descalificación de la actividad estatal basada en supuestos no comprobados y, para peor, sostenidos por los elementos con los que el acta puede confrontarse.

Porque nada indica que el procedimiento no se realizó en el lugar, en la fecha o en la hora en que los actuantes impusieron, ni que se hubieran secuestrados otros efectos o añadido, como evidencias, objetos que no estaban en la casa al tiempo del ingreso de la policía.

No es extraño que las fuerzas de seguridad habilitadas para ejecutar un allanamiento procedan con el concurso de testigos de la propia repartición cumpliendo acabadamente las formas estipuladas en el rito.

Es que la ley contempla esos supuestos, que se advierten en el caso, con fundamento en la imposibilidad de conseguir testigos ajenos en razón de la hora avanzada en que se realiza el acto, o en la ubicación de la vivienda registrada, o aún en la reticencia de eventuales actuarios.

Esta es la situación que se presenta aquí, y

por ello ningún prejuicio puede derribar la actividad puesta en vilo.

En suma, no veo que otro argumento más que el formal ha sido elevado para la proposición nulificatoria.

Ningún concreto perjuicio, salvo el interés de la ley, ha sido exhibido en el recurso y ya se ha dicho que es el principio de trascendencia el que guía a los jueces a la hora de resolver sobre esos puntos; principio que implica la necesidad de advertir la lesión concreta de un derecho para fulminar una actividad que se insinúa regular.

Esto hecha por tierra toda la línea argumental de la defensa y provoca la adhesión que anunciaba en el prólogo.

Por lo expuesto, resultando inocuo el ataque al acto consagrado en el acta de fs. 11/12, la nulidad que pretendió el Defensor de los actos posteriores dependientes de 0aquel, aludiendo a la teoría del fruto del árbol envenenado, deviene insustancial y debe rechazarse con costas, conforme lo ha señalado el Juez Panizzi.

**II**. Por último, habré de coincidir también con relación a los honorarios profesionales que deberán regularse a la Defensa Pública, en la proporción del 25 por ciento de monto a regular por el Tribunal de Mérito.

**Así me expido y voto.**

El Juez **Cortelezzi** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los

doctores Alejandro Javier Panizzi y Jorge Pfleger, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el art. 357 del Código Procesal Penal (texto según ley 4550).

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

**---------- S E N T E N C I A ----------**

**1°) Rechazar** el recurso de casación deducido a fs. 82/86 vta. por la Defensa de don C. A. R., a cargo de los doctores E. R. M. y J. Á. A., con costas (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal);

**2°) Confirmar** la sentencia dictada a 75/79 vta. por el Juez en lo Correccional de la ciudad de Esquel, doctor Jorge Eyo, registrada bajo el N° 48 – F° 113/117 – T° Único del año 2006;

**3°) Regular** los honorarios de los profesionales intervinientes, por su labor en esta instancia, en la suma correspondiente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del monto que se le regulará en la instancia de grado, no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. ley 2200, modif. Por la Ley 4335; 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, B.O. 24/10/02);

**4°) Protocolícese** y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, Cortelezzi, Panizzi.-