
En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de Junio del año dos mil quince, previo haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Flavia Fabiana TRINCHERI y Rafael LUCCHELLI, bajo la presidencia de éste último, dictan sentencia en estos autos caratulados: **"*P., J. M. P.S.A. INFRACCIÓN ART. 189 BIS C.P. S/ IMPUGNACIÓN" Carpeta Nº 7424 OFIJU; Expte. Nº 07/15 CPPM; Expte. Nº 07/15 C.P.P.M.*;** seguidos contra:

J. M. P. , nacido en G., Provincia del Chubut, el ** de F. de **** , hijo de J. E. e I. A. , casado, instruido, con domicilio en la calle S. D. Nª *** de ésta ciudad, DNI **.***.***, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Defensor Particular Penal Dr. J. P. R. contra la Resolución de fecha 10 de Marzo de dos mil quince, por la que el Sr. Juez Penal Dr. Gustavo Daniel CASTRO condenara al nombrado a la pena de SEIS MESES de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor material y penalmente responsable del delito de TENENCIA DE ARMA DE USO CIVIL EN CARÁCTER DE AUTOR (arts. 189 bis, inc. 2º, párr. 1º y 45 del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn, el día 08 de Enero de 2013, en perjuicio de la SEGURIDAD PÚBLICA.----------

---------- Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. Silvana SALAZAR y por la defensa técnica del imputado, por la Defensa el Sr. Defensor Particular Dr. J. P. R. y el imputado en autos, Sr. J. M. P..----------

---- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo

Marcelo PITCOVSKY, Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI, y Dr. Rafael LUCCHELLI.----------

---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5.478).----------

-------- **La Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:**----------

---------- Contra la sentencia Nº 551/2015 que condenara a **J. M. P.** el Sr. Defensor Particular Dr. J. P. R. interpuso impugnación ordinaria.----------

---------- El Juez Penal Dr. Gustavo Castro, mediante sentencia dictada el 10 de Marzo de 2.015 condenó al nombrado a la pena de Seis meses de prisión, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de Tenencia de Arma de Uso Civil (arts. 189 bis inc. 2º, párrafo 1º y 45 del Código Penal), declarándolo reincidente (art. 50 del C.P.).----------

---------- El hecho objeto de la imputación se describió en la sentencia de la siguiente manera: *"el día 08 de Enero de 2.013, siendo las 16.50 horas, J.M. P. escondió envuelto en bolsas, un arma de fuego tipo revólver calibre .32 sin marca visible con la numeración Nª 16996, con sus cartuchos, unos guantes de lana y unas gafas, en el descampado ubicado en M. A. y J.B. Justo de ésta ciudad, elementos éstos que llevaba en su mochila. Su accionar fue observado por personal policial que se encontraba de licencia y que dio aviso al Comando. Destaca que al momento del hecho P. se encontraba gozando de una salida a la Fundación C, N, , bajo la modalidad de palabra de honor, encontrándose condenado a prisión perpetua"*.----------Planteada la plataforma fáctica del juicio, corresponde analizar si los

---

agravios vertidos por el recurrente resultan procedentes.----------

---------- El Dr. R, planteó en primer término la nulidad del secuestro del arma de fuego, por considerar que el procedimiento policial estaría afectado por una nulidad que no podría ser subsanada, dado que existieron falencias al momento de preservar el lugar en donde la misma fue habida, y que, luego de veinte minutos del primer llamado que pusiera en conocimiento al Comando Radioeléctrico respecto de la presencia de una persona con actitud sospechosa en el baldío lindante a la Comisaría Tercera, es que se procede a aislar el lugar y confeccionar el acta de secuestro con un testigo de actuación, el Sr. T,, quien intervino una vez hallado el objeto luego de haberse extraído el arma del interior de la bolsa de supermercado. -

---

---------- Arguyó que no estamos en presencia de las excepciones procesales que excluyen la posibilidad de intervención de un testigo de actuación civil, (arts. 170, 171 y 178 del CPP), siendo que la presencia de éste debe ser concomitante a las tareas de inspección, requisa y secuestro, resultando que en el mencionado procedimiento su intervención fue ex post facto, debiendo declararse la nulidad de la diligencia que culmina con el secuestro del arma por no haberse respetado el procedimiento legal.----------

---------- Brevemente cuestionó la capacidad de disparo e idoneidad del arma de fuego, resaltando la vetustez de la misma, sin hacer otra referencia sobre éste tópico.----------

---------- Tras este planteo nulificante, y en forma subsidiaria, el Defensor de confianza de P, articuló impugnación en relación a la declaración de reincidencia de su pupilo, por considerar que la aplicación de éste instituto torna la pena en

excesiva e irrazonable, y que ello conlleva a sostener que la medida adoptada es cruel e inhumana, en tanto viola groseramente el principio de proporcionalidad, al poseer su defendido una condena anterior, de prisión perpetua, y que la aplicación del instituto obstaría a la obtención de la libertad condicional tal cual se desprende del art. 14 del C.P.----------

---------- Destaca que la aplicación de la reincidencia posee los mismos efectos y consecuencias que la medida establecida en el art. 52 del C.P., por lo que solicitó para el caso la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, por similares motivos a los expuestos en el caso "Gramajo" de la CSJN, del cual transcribe diversos párrafos.----------

---------- Hizo reserva del caso federal (Art. 14 de la Ley Nª 48).----------

---------- La Dra. Silvana SALAZAR, Fiscal General, contestó el emplazamiento efectuado refiriéndose, en primer lugar, al planteo nulificante.----------

---------- Entendió que no existieron actos irregulares, toda vez que el procedimiento llevado a cabo por el personal policial fue realizado en legal forma, resaltando que el mismo tuvo su inicio al momento en que fuera hallada el arma de fuego, y es a partir de allí que se determinó la existencia de un hecho delictivo. Que con anterioridad no existían indicios o presunciones de delito alguno, circunstancia ésta que no habilita ni exige rigorismos formales.----------

---------- En cuanto al agravio sobre la declaración de Reincidencia consideró que la aplicación del mismo no torna en cruel, excesiva o violatoria del principio de proporcionalidad la pena impuesta en el presente hecho, toda vez que el Juez sentenciante impuso la pena mínima para el delito endilgado, no existiendo viso de irrazonabilidad entre la pena y el hecho.----------

Asimismo, destacó que la aplicación del mencionado instituto no

---
impediría al condenado tener acceso a otros mecanismos de atenuación paulatina de la pena, asegurado en la normativa de la Ley 24.660.----------

---------- Por último solicitó se rechace el recurso interpuesto y se confirme la sentencia atacada.----------

---------- Efectuada la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. las partes renovaron sus argumentos, reforzando el fundamento de los mismos, los que en honor a la brevedad no repetiré aquí, remitiéndome para el caso a la grabación del audio respectivo.----------

---------- Sentados los motivos impugnatorios del Sr. Defensor que ocasionan el pronunciamiento de esta Alzada, habiendo deliberado en sesión secreta con los restantes miembros del Tribunal actuante y evaluadas las ponencias de las partes, de acuerdo a los preceptos del artículo 25 del C.P.P., pasaré a emitir mi voto.-------

---------- El primer agravio impetrado por el Sr. Defensor se dirigió a extirpar del proceso el elemento fundamental secuestrado a través de una inspección ocular, el arma de fuego, por haberse transgredido las normas que regulan las formalidades que rodean a la actuación.----------

---------- Analizado lo actuado adelantaré que tal incautación debe ser declarada nula por defectos serios en el proceder, violatorios de las normas que la regulan.---

---------- Como surge del acta policial de intervención, de fecha 08 de Enero de 2.013, siendo aproximadamente las 16.50 horas, en circunstancias en que el Oficial F. , fuera del horario de servicio y esperando un remis a unos cincuenta metros de la Comisaría Tercera de ésta ciudad, divisa en el baldío aledaño a la mencionada Seccional una persona de sexo masculino con actitud sospechosa, quien saca de su mochila una bolsa azul tipo supermercado, observando cómo

escondía algo entre los matorrales del lugar.---------- ---------- Es así que decide dar aviso de ésta situación al Comando Radioeléctrico local, por lo que se realiza una primera inspección ocular en el baldío mencionado, realizado por la Agente S., adscripta a la Seccional Tercera, quien no logra encontrar objeto alguno. Pasados unos minutos, exactamente a las 17.02 horas, y tal como surge del acta policial mencionada, de la planilla de llamadas del Comando Radioeléctrico, y de las diferentes testimoniales vertidas en debate, el Oficial Fernández vuelve a realizar un llamado al 101, ésta vez anoticiando que la persona que había divisado como sospechosa era el condenado M. P., quien se encontraba alojado en ese momento en la Seccional Tercera. Éste segundo aviso motiva la intervención de personal policial del sector de motos, quienes al arribar al lugar realizan una nueva inspección ocular en el lugar. A las 17.18 horas aproximadamente hallan una bolsa de color verde que contenía un su interior un arma de fuego, y varias municiones, a raíz de lo cual se le da intervención al Oficial de Servicio P. y personal de Criminalística, y también se designa un testigo de actuación civil, quien suscribe el acta mencionada.----------

---------- Éste es el punto neurálgico de la cuestión, pues de acuerdo a la regulación procesal aplicable y vigente el acto de inspección ocular que posteriormente arrojara como resultado el secuestro de un arma de fuego, debió ser realizado con la presencia de un testigo de actuación civil desde el inicio del actuar policial y no desde el momento en que se extrajo el arma del envoltorio de mención.----------

---------- En efecto, de las actuaciones se desprende que la conducta de una persona, en principio desconocida, se traducía –a la vista de un oficial de policía- en una actitud sospechosa, de forma tal que amerita que los empleados policiales

realizaran dos inspecciones oculares en el baldío próximo a la Seccional policial. Que la segunda vez que el Oficial F. llama por teléfono ya pone en conocimiento la identidad del "sospechoso" P., con lo cual se reanuda la búsqueda por el lugar. Y es justamente la sospecha de que se podía hallar un objeto, documento o instrumento que pudieron haber servido o estado destinado a la comisión de un hecho delictual, o ocaso provenir del mismo, conforme la propia letra del C.P.P., lo que movilizó al personal policial a llevar adelante la tarea de prevención. Éste, pues, debió ser el momento y no otro posterior el que marca el inicio de las diligencias y allí tomarse los recaudos previstos para que la misma cumpla con la manda procesal, es decir contar con la presencia de un testigo en las condiciones previstas en la legislación de forma vigente. Además, tampoco consta que en el acaecimiento de éstas inspecciones oculares y posterior secuestro haya existido alguna situación de urgencia o peligro para la seguridad de las personas (art. 171 C.P.P.). Adviértase asimismo la hora en que el procedimiento ocurrió, el lugar de la actuación policial y todas estas circunstancias temporo-espaciales que ameritaban sin dudas el resguardo de las formas procesales.---------- No es como sentenció el Juez Dr. Gustavo CASTRO al decir que "*no cabe duda alguna que la actuación del testigo, lo fue a partir de que los funcionarios policiales encontraran el arma dentro de la bolsa que fuera dejada por P. en el baldío*…", "*…es que la necesidad de la presencia del testigo recién se verifica a partir de que los policías encontraran el arma en el descampado, y no antes, pues hasta ese momento sólo contaban los policías, con la actitud sospechosa de un sujeto, que luego de percatarse de ninguna persona estaba en las cercanías de donde se encontraba, procedió a ocultar entre los matorrales una bola en cuyo interior los funcionarios policiales desconocían su*

contenido. Entonces conviene hacerse la pregunta, de cuál la necesidad del testigo de actuación, si hasta que fue descubierta el arma, sólo existía la actitud sospechosa de un sujetó que resultó ser J. M. P.". Se contradice el a quo en un razonamiento circular del mismo, pues el hallazgo del arma no fue un acontecimiento fortuito y casual, sino que fue producto de una actividad previa policial – dos inspecciones oculares- surgidas por la inquietud que despertó en los uniformados el comportamiento "sospechoso" de un individuo, que a las claras se encontraba escondiendo algo. Es decir, que desde el momento en se comunica el Oficial F. e interviene la agente S., ya se vislumbraba la posibilidad de realizar el hallazgo de algún objeto que pudiera estar relacionado con la comisión de un hecho delictual, sospecha que mereció, en resguardo de las garantías constitucionales, tomar todos los recaudos legales del caso.---------- Ya he manifestado en "V., J. J. Y OTRO PSA ROBO CALIFICADO –EXPTE 54/2006 CCPM) que *"la realización de determinados actos policiales o jurisdiccionales en el marco de cualquier investigación criminal exigen asimismo determinadas formas procesales para su ejecución. No se trata de meras construcciones antojadizas, sino que son incluidas en resguardo de garantías individuales y del debido proceso. Por ende, el máximo respeto de ellas son su consecuencia inevitable…*". Que así, del juego armónico de los artículos 178, 170 y 171 del C.P.P., se impone la necesidad de la presencia de un testigo en la diligencia, que no podrá pertenecer a la policía ni a ninguno de los órganos intervinientes, salvo en caso de suma urgencia o imposibilidad de conseguirlo, excepción que debe ser debidamente acreditada y su inobservancia sancionada con nulidad. Ésta exigencia tiene como fundamento darle fuerza legal al acto de procedimiento policial y no como una mera formalidad vacía de sentido, pues éste es justamente el de otorgarle el mínimo de viso de legalidad a la actuación. Estos testigos tienen el carácter de contralor y no de mera prueba, y es aquí donde

radica la razón por la cual su rol debe iniciarse con la intervención policial, bajo sanción de nulificar todo lo actuado.----------

---------- Que por lo expuesto, y de acuerdo a las circunstancias que rodearon el hecho y de las falencias en el procedimiento referenciado, se debe declarar la nulidad absoluta del secuestro del arma de fuego (Art. 164 del C.P.P.). Conforme la regla de exclusión establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedentes como "Charles Hermanos", "Montenegro", "Fiorentino", entre otros, a raíz de la violación de garantías constitucionales que tornaron inadmisible como medio de prueba la incautación del arma de fuego; como actos seguidos y conexos, la extensión de tal regla se debe proyectar a todos los actos que son su consecuencia, conforme lo dispuesto en el Art. 46 de la Const. Provincial, debe decretarse la nulidad de todo lo actuado y al no existir un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo, es decir, fuente distinta a éste con el que se involucre a P. en el hecho investigado, procede la debida absolución del mismo.----------

Conforme lo expuesto, deviene en abstracto el análisis de los demás agravios interpuestos. Así lo voto.----------

---------- Juzgo acertado regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en QUINCE JUS (15 JUS), por la labor desarrollada, con cargo a su defendido y conforme lo prevé la ley que regula el asunto.---------- **La Juez Flavia Fabiana TRINCHERI dijo**:----------

---------- Ha llegado la presente Carpeta a revisión de esta instancia en virtud de la Impugnación Ordinaria interpuesta por el Defensor Particular Dr. J. P. R. contra la Resolución de fecha diez de marzo del corriente año, registrada bajo el Nº

551/2015 por la cual el Sr. Juez Penal Dr. Gustavo Daniel CASTRO dispusiera condenar a su defendido J. M. P., a la pena de seis meses de prisión y abonar el mínimo de la multa, por el delito cometido el día 08 de enero de 2013 en esta ciudad de Puerto Madryn, calificado como Tenencia de arma de uso civil (Art. 189 bis inciso 2 primer párrafo y 45 del Código Penal).------ ---------- Los antecedentes del caso comprendidos por el hecho imputado, su calificación legal y el resolutorio del A quo, se encuentran volcados al inicio de la sentencia, al mismo tiempo que mi colega preopinante reseñó in extenso los agravios de la defensa y la réplica efectuada por el titular del MPF. ---------- Celebrada que fue el día once del corriente mes y año la audiencia prevista por el art. 385 del CPP las partes mantuvieron en todos sus términos los fundamentos de la impugnación articulada oportunamente.---------- Establecida la cuestión planteada, deliberado el Tribunal y llegado a un acuerdo por unanimidad, daré de seguido los fundamentos de mi parecer conforme la manda legal –art. 25 del CPP y 169 de la C. Prov.- Adelanto que, tal como acordáramos, la solución que mejor se ajusta al caso, es la absolución del traído a proceso. ----------
---------- El Juzgador luego de afirmar que tiene por probada la autoría en cabeza de P. en el hecho que le endilga, comienza el relato del mismo de una forma exhaustiva en lo que respecta a la presencia de R. F. quien se dirigía a la Remisería ubicada en la calle J. B J. y M. A., cuando vio a una persona ingresar en dirección oeste al descampado contiguo a la Comisaría Tercera en actitud *sospechosa,* sacar de entre sus ropas una bolsa color azul, extrae del interior un elemento, lo esconde entre los yuyos; mientras tanto F. realiza una llamada al 101 –a las 16.54 hs-. Este sujeto, continúa su marcha por la calle Lewis Jones advirtiendo ahí su identidad, J. M. P., se cruza con él, le pregunta que hace, P. le responde que "*hacía tiempo*" para ingresar a la Comisaría Tercera y él, reitera la

llamada –a las 17.02 hs. ---------- En primer lugar, llega al sitio la ayudante de Guardia M. S.

S. quien realiza una búsqueda en el terreno baldío, sin encontrar nada.

Minutos después, arriban al lugar los efectivos C. y P. del sector Motos del Comando Radioeléctrico, y aquí es donde comienza el accionar irregular, que cuestionara el defensor y que, el Juez de grado en su relato y ponderación buscara encausar hacia la legitimidad adjudicándole consecuente un valor probatorio de cargo, que no existió. Doy razones.----------

----------Al arribar los efectivos del Comando al lugar, buscan en el descampado, encuentran la bolsa, la abren y ven en el interior el arma de fuego. Ahí, preservan el sitio, dan aviso a personal de criminalística y convocan a un testigo de actuación civil, exhibiéndole lo hallado. ----------

---------Aquí se comienzan a vislumbrar los errores. En principio, cuando el A quo relata que el testigo T. dice que pasaba caminando y fue llamado por dos o tres policías que lo requirieron como testigo y sólo observó un arma que sacó un efectivo de entre los yuyos, la que reconoce, al igual que la bolsa *azul*, surgiendo del registro de audio que al ser preguntado por el color de la bolsa, T. responde *me parece que era verde*. Seguidamente, al describir el arribo de los efectivos del Comando al descampado, sostiene *"... Al llegar, el operador de la remisería les indicó donde P. había dejado las cosas, llegaron al lugar, las encontraron ..."*. En ningún momento de la investigación se da noticia que tal accionar por parte de P. fuera observado por un operador de la remisería, ni siquiera está identificado, el único testigo presencial habría sido F.. Esta serie de infortunios –una bolsa color azul que un testigo dice podría hacer sido verde, un testigo clave que nunca se identificó para traer al

proceso- tal vez de manera aislada y si existiera otra fuente de prueba independiente, podrían no opacar lo acontecido. Pero lo cierto es que coadyuvan a la cadena de desaciertos en que incurrieron los efectivos intervinientes y el juzgador califica de acertados, cuando en realidad ha convalidado un acto viciado de nulidad.----------

---------- El A quo echa mano a la frase *actitud sospechosa* del imputado, para justificar el llamado por parte de F. a otros efectivos para inspeccionar el lugar; requerimiento que reitera al advertir que se trataba de P.. Una vez allí –y luego de la infructuosa búsqueda de la uniformada S.- vuelven a buscar hasta que encuentran una bolsa, la abren, ven el arma y allí salen a trata de dar con un testigo civil. Claramente desobedecieron la manda del Código en forma en los siguientes artículos: Art. 170: "*... Durante las inspecciones o registros, podrá ordenarse que no se ausenten quienes se encuentren en el lugar o que cualquier otra persona comparezca inmediatamente ..", Art. 171: "... La advertencia y la inspección se realizaran en presencia de un testigo, que no podrá pertenecer a la policía ni a ninguno de los órganos intervinientes, salvo en caso de suma urgencia ... Es nula toda requisa practicada sin observar los presupuestos y las formalidades previstos en el presente artículo...",* Art. 178: *"...Los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado,... así como los que se encontraren en el sito del suceso, serán recogidos, identificados y conservados bajo sello. En todo caso, se levantará un registro de la diligencia, de acuerdo con las normas generales. ... Serán de aplicación para el secuestro las normas previstas para la requisa y el registro."* En todos los casos el subrayado me

pertenece.----------

-------- Como vengo sosteniendo, actuaron contrario a derecho. Conforme el relato

de los efectivos, ante la actitud sospechosa de un condenado a prisión perpetua que se encontraba en la vía publica gozando de las salidas transitorias, cabe preguntarse, ¿Cúal fue el obstáculo que los llevó a que un día de verano, en horas de la tarde, en una arteria por demás transitada, no pudieran convocar a un testigo civil para que los acompañara los minutos que iban a demorar en recorrer los pastizales del baldío contiguo a la Comisaría? Si tenían *sospechas* acerca del accionar del condenado, como no convocaron previamente a un testigo civil para dar legitimidad a aquella fuerte intuición que tuvo F.?---------- La regla es que el testigo civil de actuación se encuentre desde el inicio del procedimiento y que no se haga así, es la excepción, por lo que abunda decir, que lo hecho es totalmente desajustado al caso que se les presentaba.---------- El mismo reproche que recae sobre los efectivos, le cabe al Juzgador en su sentencia, quien además buscó apuntalar jurídicamente tal yerro. Es así como dice: *"... la necesidad de la presencia del testigo recién se verifica a partir de que los policías encontraran el arma en el descampado, y no antes, pues hasta ese momento sólo contaban los policías con la actitud sospechosa de un sujeto... conviene hacerse la pregunta, de cual es la necesidad del testigo de actuación, si hasta que fue descubierta el arma, solo existía la actitud sospechosa de un sujeto que resultó ser J. M. ...."*. Adviértase que, su razonamiento no guarda logicidad. Si el hecho antecedente –P. en actitud sospechosa- justifica lo ocurrido consecuentemente –policías buscando lo que éste arrojó- necesariamente debían convocar a un testigo civil.- Conf. Arts. 170, 171, 178 y

cctes del CPP.----------

--------- El Juez de grado realiza la pregunta e incurre en una respuesta casi violatoria del principio de no contradicción. En igual error incurre la representante del MPF al responder el agravio del defensor, ella sostiene en la audiencia *"... Es recién ahí donde obviamente exigen este formalismo, porque al verificar que la bolsa contaba con un arma en principio, de fuego, es que se preserva el lugar. Es a partir de ese momento en que nos encontramos con una conducta delictiva. Porque antes podría haberse descartado de cualquier otro elemento que no significara una conducta delictiva."* Corregiría tal argumento sosteniendo que, la conducta delictiva habría sido *ex ante* y el accionar policial con vicios de forma, fue *ex post.*---------- Por último he de decir, que tanto la señora Fiscal como el Judicante, le achacan a la defensa no haber expresado cual era su agravio, en peticionar la nulidad del secuestro *por la nulidad misma*. Surge claramente de los dichos del defensor el agravio. La incautación del arma en el terreno baldío practicada mediante un procedimiento viciado, es lo único que sostiene a la sentencia en lo que respecta a la materialidad y autoría que enrostran a P., quedando tal pieza jurídica con gran orfandad probatoria de cargo y debiendo declarar la nulidad de tal acta, en consecuencia, los actos que de ella dependan –conf. Art 164, sig. y cc. del CPP y 46 C. Prov.-; no corresponde que nos explayemos sobre el resto de los agravios que comprenden cuestiones de derecho de fondo, las que se tornan abstractas ante las resultas de este primer agravio.----------

---------- En base a todo lo dicho propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: Declarar la nulidad de la sentencia condenatoria nº 551/2015 y consecuentemente ABSOLVER a J. M. P.. ---------- Respecto a la regulación de honorarios del Dr. J. P. R., por su actuación en esta Alzada y el resultado obtenido, comparto lo propuesto por el Juez que lidera el Acuerdo.- Así

lo voto.---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo**:---------- ---------- Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por el Defensor de confianza del imputado J.M. P. , Dr. J. P. R., contra la sentencia dictada en su contra por el Dr. Gustavo Daniel CASTRO, el día 10 de marzo de 2015 y que condenara al nombrado como autor material y penalmente responsable del delito de Tenencia de Arma de Uso Civil (Art. 189 bis, inc.2°, párrafo 1° y 45 del C. Penal) a la pena de Seis meses de prisión y a pagar el mínimo de la multa (artículos 189 bis inc. 2° párrafo 1ro., 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal), declarándolo reincidente (artículo 50 del Código Penal) por los hechos cometidos en esta ciudad de Puerto Madryn, el día 08 de enero de 2013 en perjuicio de la Seguridad Pública.----------

En la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. el Dr. R. ratificó los agravios postulados y amplió los fundamentos vertidos por escrito.------ ---------- El hecho por el cual fuera condenado el imputado, es el que habría ocurrido el día 8 de enero de 2013, aproximadamente siendo las 16:50 horas, en el que J. M. P. habría escondido, envuelto en bolsas, un arma de fuego tipo revolver, calibre 32, sin marca visible con la numeración n° 6996, con sus cartuchos, unos guantes de lana y unas gafas, en el descampado ubicado en M. A. y J. B. J. de esta ciudad, elementos estos que llevaba en su mochila. Su accionar habría sido observado por personal policial que se encontraba de licencia y que dio aviso al Comando. Al momento del hecho P. se encontraba gozando de una salida a la Fundación C. N., bajo palabra de honor, encontrándose condenado a prisión perpetua.---------- El defensor indica dos agravios en su libelo recursivo. En primer lugar, señala que la

intervención del testigo de actuación –salvo las excepciones expresamente regladas en nuestro Código Procesal Penal- debe ser concomitante con las tareas de inspección y secuestro. Siendo que en el caso, ha quedado claro que se le dio intervención al nombrado ex post facto, sin que existieran algunas de las excepciones mencionadas, se debe declarar la nulidad de los secuestros.---------- ---------- En segundo lugar, en forma subsidiaria, se agravia de la declaración de reincidente del condenado.---------- En primer término trataré la supuesta irregularidad procesal denunciada por la defensa, en cuanto a que el secuestro de los elementos que fueran usados como pruebas de cargo, se realizo sin las formalidades que exige el rito.---- ---------- Ya he tenido la oportunidad de expedirme, sobre este asunto, en un precedente. He dicho al respecto en autos caratulados: "C., A.Y OTRO P.S.A. HOMICIDIO AGRAVADO S/ IMPUGNACIÓN" Expte. Nº 01/2012 CPPM, Carpeta N° 2.620 OFIJU, sentencia de fecha catorce de mayo del año dos mil doce que"… Así entiendo que: *los Magistrados debemos controlar que los mecanismos de protección que se encuentran en las formas procesales hayan sido escrupulosamente respetados. Al decir de Binder: "...Las formas son las garantías mismas que permite detectar la violación de uno de esos principios…"(Binder, Alberto M., "El incumplimiento de las formas procesales", Ed. Ad-Hoc, pág. 50). Vale decir, no cuidamos las formas procesales por el mero ejercicio de un ritualismo anacrónico. Lo hacemos porque dentro de dichas formas se encuentran aseguradas el conjunto de garantías que nos permiten convivir en libertad. Así, resulta esclarecedor lo dicho por Ihering cuando señala que: "...aunque la libertad, por dar el más libre vuelo a la libertad, y la forma, por reducirla desde el punto de vista formal, parecen contradictorias, están, sin embargo, en dependencia mutua y relación oculta (...)El pleno auge de la idea de*

libertad coincide con el reinado tiránico de la forma (...) Enemiga de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad"(von Ihering: "El espíritu del derecho romano", de la edición abreviada realizada por Fernando Vela, para la Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 284, citado por Alberto Binder, op.cit., pág. 35).-- Cuando una garantía constitucional, encerrada en una forma procesal, se ve vulnerada, es tarea de los jueces, aún de oficio, declarar la invalidez del acto que se ha realizado inobservando las reglas que nuestra Constitución establece. Este es el medio que contamos para hacer prevalecer la garantía quebrantada.---------- ---------- ----- Sin embargo, la declaración de nulidad, junto con los alcances que se le acuerda a la misma, debe ser ponderada con suma prudencia. Dado que si se administra este remedio procesal de forma desaprensiva, lejos de ayudar a vivificar el proceso, lo mataría.---------- ---------- Ese es el espíritu que anida en nuestra Constitución Provincial, cuando establece que las sanciones procesales deben ser interpretadas restrictivamente (Artículo 44, cláusula II, C. Ch). Del mismo modo, esta regla es reproducida en nuestro Código de Procesal Penal (Artículo 31 C.P.P.).---------- ---------- Sin embargo, también debo resaltar que nuestro codificador ha sido claro al establecer en el artículo 161 del C.P.P. que: "...No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución de la Nación, en los tratados internacionales de protección de

Derechos Humanos, en la Constitución de la Provincia y en este Código...".---------- El Magistrado al determinar a partir de qué momento realizó su cometido el testigo de actuación indicó: *"...No cabe duda alguna que la actuación del testigo, lo fue a partir de que los funcionarios policiales encontraran el arma dentro de la bolsa que fuera dejada por P. en el baldío, tal como lo manifestara el Oficial F.…".*---------- Por otro lado, al momento de descartar el planteo que la defensa, en el mismo sentido que lo hace ahora, formulara en los alegatos indicó que; "…*como podrá advertirse del alegato del Sr. Defensor Particular, no advierte al Tribunal sobre el perjuicio que le ha ocasionado a su pupilo procesal, la circunstancia de que el testigo de actuación, haya sido convocado una vez que fue encontrada el arma por los efectivos policiales en el baldío al lado de la Comisaría Seccional Tercera de esta ciudad, si es que la norma procesal invocada exige la presencia del testigo desde el inicio del procedimiento policial. Pero por otro lado, y en esto creo que finca la confusión del Sr. Defensor, es que la necesidad de la presencia del testigo recién se verifica a partir de que los policías encontraran el arma en el descampado, y no antes, pues hasta ese momento sólo contaban los policías, con la actitud sospechosa de un sujeto, que luego de percatarse de ninguna persona estaba en las cercanías de donde se encontraba, procedió a ocultar entre los matorrales una bolsa cuyo interior los funcionarios policiales desconocían su contenido. Entonces conviene hacerse la pregunta, de cuál la necesidad del testigo de actuación, si hasta que fue descubierta el arma, sólo existía la actitud sospechosa de un sujeto que resultó ser J. M. P. …".*---------- Resulta claro, en el caso puesto a examen, como la forma procesal –la exigencia de presencia de un testigo civil – encierra una garantía que ha sido vulnerada. Ello, es así, toda vez que dicho testigo debió estar presente desde el inicio de la búsqueda a fin de garantizar la corrección del procedimiento.

De otro modo, si fuera para ver cómo, luego de encontrar el arma, realizaban un acta, su presencia sería a todas luces un exceso ritual manifiesto.----------

---- ---------- Por ello, se deberá declarar la nulidad del secuestro del arma (Art.164 del C.P.P), por cuya tenencia J. M. P. fuera condenado, ya que no existe ninguna prueba independiente que pudiera hacer innecesaria la exclusión probatoria requerida.----------

---------- Por todo lo expuesto, considero que se debe hacer lugar a la impugnación articulada, absolviéndose a J. M. P. por el hecho por el cual fuera condenado. Así lo voto.---------- ----------

--- Con relación a los honorarios considero acertado el monto que se ha fijado, dado que se ha llegado al mismo, conforme los lineamientos que establece la ley que regula el asunto.---------- ----------

--- Corresponde, por último, adherir a la regulación de honorarios dispuesta por la Magistrada que me precede en el voto.---------- En cuanto a los honorarios profesionales de la Defensa en esta etapa encuentro justos los asignados por la Juez preopinante. Así voto.----------

FALLO:----------

----------**I) DECLARAR LA NULIDAD** de la incautación del arma de fuego (Arts. 161, sig, y cc. Del C.P.P. y 46 de la C. Prov.)----------

---------- **II) HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida por el Dr. J. P. R. contra la Sentencia Nº 551/2015 de fecha 10 de Marzo de 2.015, glosada a fs. 70/76 vta..----------

---------- **III) REVOCAR** la Sentencia Nª 551/2015 ABSOLVIENDO a J.

M. P. del delito de TENENCIA DE ARMA DE USO CIVIL EN CARÁCTER DE AUTOR (arts. 189 bis, inc. 2º, párr. 1º y 45 del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn, el día 08 de Enero de 2013, en perjuicio de la SEGURIDAD PÚBLICA, sin costas las que se declaran a cargo

del Estado.---------- **IV) REGULAR** los Honorarios profesionales del Dr. J. P. R. en la suma de Quince Jus con cargo a su defendido. (Arts. 7, 9, 14 y cctes. De la Ley XIII Nº 4, antes Nª 2200, Decreto Ley 4335 y art. 59 de la Ley V Nº 90, antes Nº 4920).---------- **V) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública

proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior de la Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI (art. 331 última parte del C.P.P.).----------

Leonardo Marcelo PITCOVSKY — Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI — Presidente

Ante mí:

CORINA FRANCO — Secretaria de Cámara

REGISTRADA BAJO EL NRO 07/15 CPPM. CONSTE.

CORINA FRANCO

Secretaria de Cámara