Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
Camara Criminal
PUERTO MADRYN

---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los nueve días del mes de Octubre del año dos mil trece, en la Cámara en lo Penal de esta ciudad de Puerto Madryn tras haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Leonardo M. PITCOVSKY, Rafael LUCCHELLI y Flavia Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"**M., O. F. S/ Denuncia Robo S/ Impugnación" Expte. Nº 10/2013 CPPM- Carpeta Nº 3776 OFIJU PM, seguidos contra **H. M. A.,** argentino, soltero, hijo de D. J. M. y de L. H., nacido en la ciudad de Trelew en fecha 29 de septiembre de 1988, oficial de la Seccional Segunda de esta ciudad, con DNI Nº XX.XXX.XX, domiciliado en calle B. Nº XXXX, Dpto. 11 de esta ciudad, en virtud de la Impugnación Ordinaria planteada por el Señor Abogado contratado por el Ministerio de la Defensa Pública Dr. Ricardo O. GABILONDO, contra la sentencia de fecha 19 de Abril de 2013, registrada bajo el N° 1057/13 OFIJUPM, suscripta por la Sra. Juez Penal Dra. Patricia Encarnación REYES lo condenara como autor material y penalmente responsable de los delitos de Abuso de autoridad y violación de los deberes de Funcionario Público en Concurso Real con el delito de Omisión de Deberes del oficio en carácter de autor (Arts. 248, 249, 45 y 55 del C.P.), a la pena de Cinco meses de suspensión en Suspenso (Art. 26 del C.P.), diez meses de inhabilitación especial, el pago de multa de ($750) setecientos cincuenta pesos, accesorias legales y costas (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del C.P.), accesorias legales y costas (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del C.P.), por el hecho acaecido en esta ciudad de Puerto Madryn, el día nueve de junio del año dos mil once, en perjuicio de O. F. M..---------- Intervino por la Acusación la Fiscal General Dra. Marcela PÉREZ, y por la Defensa Técnica el

Señor Abogado contratado por el Ministerio de la Defensa Pública Dr. Ricardo O. GABILONDO.---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI, Dr. Rafael LUCCHELLI y Dr. Leonardo M. PITCOVSKY.----------

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 Flavia Fabiana TRINCHERI:**----------

---------- Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por el Defensor del imputado H. M. A., Dr. Ricardo O. GABILONDO contra la sentencia dictada en su contra por la Sra. Juez Penal Dra. Patricia E. REYES el día 19 de abril de 2013 y que condenara al nombrado como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso de autoridad, Violación de los deberes de funcionario público y Omisión de deberes del oficio en concurso real (Arts. 45, 55, 248 y 249 del C. Penal) a la pena de Cinco meses de prisión en suspenso (art. 26 del C.P.), diez meses de inhabilitación especial, el pago de la multa de setecientos cincuenta pesos, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal) por el hecho ocurrido el día 9 de junio de 2011 en perjuicio de O. F. M..----------

---------- El impugnante planteó que en el juicio no se acreditó que su pupilo haya llevado a cabo la conducta encuadrada en los delitos por los que fuera condenado.----------

---------- En relación a ello argumentó que para la sentenciante la conducta de un policía de requerir datos y documentación es abuso de autoridad, por lo que de ser

así los procedimientos de tránsito de rutina podrían encuadrarse en dicho delito.---------- Afirmó que no existe testimonio alguno que haya declarado que A. "retuvo la moto", y que es el propio denunciante M. quien refirió que él le entregó voluntariamente la moto a O., por lo que no merece el reproche efectuado.---------- Negó que su asistido haya secuestrado el rodado y que además no fue mencionado por el acusador que se apartara de las disposiciones legales. Tampoco cuáles eran esas normas. Agregó que al no establecerse cuál era la conducta violada se ha cercenado el Derecho de Defensa.---------- En referencia a la segunda imputación por incumplimiento de los deberes de funcionario público citó la declaración de A. y la del testigo Huenchual, oficial de guardia al momento de la ocurrencia de los hechos, quien declaró que el funcionario aquí imputado en ningún momento bajo su presencia le negó la posibilidad de efectuar una denuncia a alguna persona.---------- ---------- Refirió que cuando el Sr. M. se presentó en la Fiscalía y formuló la denuncia, no aclaró cuál era la denuncia que pretendía incoar contra O., tal como surge de la documentación del legajo.---------- Es por ello que consideró que la sentencia padece de falta de motivación, lo que la torna arbitraria y conlleva una errónea aplicación de la ley y solicitó el dictado de absolución de A..---------- En otro orden esgrimió la arbitrariedad de la sentencia para desechar argumentos defensistas.---------- Centró los motivos señalados aduciendo que la Magistrada sostuvo que

“en derecho la posesión vale título” y que dicha afirmación no puede ser tolerada en modo alguno, ya que este axioma no se aplica para los bienes muebles registrables como es el caso de los motovehículos. A tal fin citó el Decreto 6582/58.----------

---------- Recalcó que el Sr. M. no era dueño de la motocicleta como para denunciar su sustracción, ni estaba en condiciones de afirmar que era un poseedor de buena fe del vehículo.----------

---------- Hizo reserva del caso federal.----------

---------- A su turno la Sra. Fiscal General, contestó el emplazamiento efectuado, sosteniendo que debe rechazarse la vía impugnativa intentada por la contraparte por entender que la sentencia impugnada en modo alguno adolece de las falencias indicadas por la Defensa.----------

---------- En relación a ello refirió que el hecho imputado a A. ha sido probado por los testimonios de M. y M., quienes se encontraban presentes al momento del suceso. Así indicó que el primero recuerda que vio a quien hoy sabe que son O. y A. – uniformado – mirando su moto, que luego éste último se acerca y le dice que la moto era robada, le pide la documentación, va a buscarla a la mochila, le exhibe el título, el policía lo toma, lo mira, se lo saca, lo retiene, y le manifiesta que le secuestraría la moto tomándole los datos, llevándosela ambos. Agregó que ante esta situación el nombrado M. va en busca del resto de los papeles y de su vendedor S., ambos se dirigen a la Comisaría Segunda, donde los hacen esperar como una hora y luego le dicen que vayan a las XXX viviendas a buscar la moto o a hablar con O..--

---------- Señaló que el hecho narrado también fue visto por M. y a ello se suma que se pudo acreditar que el día 9 de junio no se formuló denuncia por la sustracción del moto vehículo, ni se labró acta alguna en relación al secuestro del rodado y el título de propiedad, ni se puso en conocimiento de ello al Fiscal de

turno.----------

---------- Adujo que la Juez A Quo ha analizado en su sentencia cuál fue la conducta desplegada por el Oficial A., en base al plexo probatorio y la versión traída por el imputado a juicio no resultó corroborada con prueba alguna.----------

Señaló que en la calificación legal escogida, el bien jurídico protegido es el arbitrario ejercicio de la función pública al margen de la constitución, leyes o deberes que la rigen, contemplándose un despliegue arbitrario de la función, contrariando lo que legalmente es debido u obligatorio.---------- En cuanto al segundo delito imputado, la omisión de recibir la denuncia, tal como lo sostuviera la Magistrada actuante, refirió que se encuentra acreditado con los testimonios de M., el denunciante, S. y B., ambos anteriores adquirentes del rodado sustraído.----------

---------- Solicitó se confirme la sentencia en todas sus partes.----------

---------- En la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. las partes ratificaron sus posturas y ampliaron los fundamentos vertidos por escrito.----------

---------- La base fáctica traída por la acusación fue la siguiente:----------

---------- "*El día nueve de Junio del año dos mil doce once, siendo las 22:00 horas aproximadamente en oportunidad en que el Sr. O. M. se encontraba jugando fútbol en la cancha vieja del Club Madryn se presenta E. D.*

O. junto al oficial de Servicio de la Seccional Segunda H. M. A., quien se presentó como Funcionario Policial cumpliendo servicio, quienes le refirieron al denunciante que el moto vehículo marca M., dominio XXX-XXX en el cual se movilizaba él desde hace unos meses era propiedad de O.. Pese a que el denunciante le exhibió a A. el título de propiedad, éste sin mayores explicaciones, ni orden judicial, ni previa denuncia de robo alguna le sacó dicha documental y el moto

vehículo, el cual posteriormente se lo entregó al supuesto propietario, O., no existiendo constancia alguna ni registro de lo sucedido en el Libro Parte Diario de la Seccional Segunda a cargo en ese horario del Oficial de servicio A.. Ante lo sucedido el Sr. M. concurrió en compañía de C. S., que es quien le vendió el moto vehículo, a la Seccional Segunda a efecto de solicitar explicación de lo ocurrido, recibiendo como respuesta que fuera a buscar el ciclomotor al domicilio de O., sito en Bº XXX viviendas de esta ciudad. Al no encontrar al nombrado concurrió nuevamente a la Seccional Policial a radicar la correspondiente denuncia en compañía del Sr. B., recibiendo como respuesta por parte de A., en su calidad de oficial de Servicio que fuera al otro día a denunciar y que hablara con O.. Es así que ante dicha situación irregular en fecha trece de junio del año dos mil once, en horas de la noche, esto es cuatro días después del secuestro del ciclomotor al Sr. M., en forma sorpresiva y sin ninguna orden judicial al respecto O. en horas de la noche se presenta en la Seccional Segunda, ante el Oficial A., encontrándose este nuevamente como oficial de Servicio y hace entrega espontánea del moto vehículo en cuestión "...a fin que se resuelva la procedencia..." realizando también una denuncia por un hecho de robo ocurrido hace dos meses atrás aproximadamente (en abril de dos mil once) fuera de su domicilio sito en Bº Ruca Hue Mb. 58 depto Nº 348 de esta ciudad, cuando autores ignorados le sustrajeron el moto vehículo marca M. Dominio XXX-XXX, con su tambor de encendido roto, a sabiendas que él mismo a comienzos del mes de febrero del año dos mil once se la entregó como parte de pago con toda su

documentación original al Sr. B.".----------

------Examinada que fue la pieza jurídica atacada, advierto que en primer lugar la titular del Ministerio Público Fiscal relata el primer hecho que le imputa a A., reseñando las probanzas que la llevan a tener por acreditado el mismo –

fundamentalmente el testimonio de M. y el cuadro probatorio que le da sustento- pero, al momento de escoger la calificación legal, incurre en una fatal indeterminación. Es así como refiere: *"... en la calificación legal escogida, el bien jurídico protegido es el arbitrario ejercicio de la función pública al margen de la constitución, leyes o deberes que la rigen, contemplándose un despliegue arbitrario de la función, contrariando lo que legalmente es debido u obligatorio."*---------- Igual camino erróneo escoge la juzgadora. Se detiene en el relato del hecho, reseña el testimonio del denunciante y la prueba que cargosamente lo apontoca, cita doctrina acerca de la valoración de la prueba y como deben valorarse los testimonios, la legitimidad por parte de M. en la posesión del motovehículo, etc; entre otras circunstancias que escapan al correcto mérito de los sucesos y su correspondiente encuadre jurídico. Advierto que, en el acápite "Calificación jurídica" la judicante expresa: *"...Así podemos decir que A. tal como lo explicara la Fiscal ejecutó órdenes contrarias a las leyes que le son propias en este caso el Código de Procedimientos y la ley reglamentaria de la Policía de la Provincia, al presentarse ante la víctima .... Hubo una clara trasgresión de las normas por parte del imputado, a modo ilustrativo cito fallos al respecto ... Por tanto sujeto activo de este delito solo puede ser un funcionario público que lleva a cabo actos propios de sus funciones en las que se excede, como ocurrió con A., al ser un delito de mera actividad, el mismo se configuró al realizar las conductas descriptas excediéndose de sus facultades propias e incumpliendo los mandatos expresos de la ley a su cargo."* Dicho esto, resulta casi indiscutible que estamos frente a un llamado abuso genérico de autoridad, entendiendo por abuso *" los actos u omisiones del funcionario que violan la Constitución o las leyes de una manera dolosa... si no existe la intencionalidad de violación del orden jurídico no podrá haber abuso*." Conf. Donna, Dcho Penal

Parte Especial Tomo III Rubinzal Culzoni Editores, Oct. 2001, pag.163. Ahora bien, avocándonos a la letra del artículo 248 del CP, el mismo prevé tres supuestos distintos: "*Será reprimido... el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere".* Con meriD. claridad surge que la conducta enrostrada a A., no encuadra en ninguno de los dos primeros supuestos que comprenden conductas comisivas; en el caso que nos ocupa, el oficial de policía ha incurrido en la tercer forma típica prevista, un tipo omisivo que consiste en no ejecutar las leyes, no aplicarlas al caso concreto existiendo una expresa inobservancia de la norma. Dicho esto, reafirmo lo expresado al inicio del mérito. La titular del Ministerio Público Fiscal recurre a la definición genérica de abuso de autoridad, la que es recepcionada por la judicante sin variantes, incurriendo en el mismo yerro. Adviértase que, de la ponderación que efectúa la A quo al momento de determinar la calificación legal, no surge cuál de las tres conductas previstas en el Art. 248 del CP es la endilgada a A., al mismo tiempo que no realiza el fundamento normativo preciso, por lo que el vicio resulta insalvable; acarreando con ello la nulidad parcial de la acusación y por consiguiente del acto que de ella dependa –sentencia-. Le asiste razón al Defensor al sostener que su pupilo sufrió una imputación genérica en la que se vio afectado su derecho de defensa.---------- Sabido es que la intimación debe ser ajustada a los hechos, a la base fáctica y se le debe hacer saber al imputado la correcta calificación jurídica escogida para la conducta que se le achaca. Resulta insuficiente lo afirmado en la sentencia respecto que el acusado "prestó declaración y respondió preguntas puntuales realizadas por su defensor" y con ello, desechar el agravio de la parte. En el presente, sin perjuicio de haberse realizado en principio, un relato pormenorizado

del supuesto fáctico, resultó vacilante y confusa la calificación legal, toda vez que se escogió una fórmula genérica sin establecer concretamente la figura en un artículo que contiene tres supuestos claramente diferenciados.----------

-- Encuentro que, en lo concerniente a este hecho, estamos frente a un supuesto de "motivación aparente" de la sentencia; es lo que ocurre cuando la misma, "no obstante incluir una exposición en apoyo o justificativa de la decisión, en realidad elude dar cuenta de las razones de ésta, de manera que lo argumentado no guarda relación con lo decidido o esta es puramente superficial y no explicativa. La motivación aparente se da con muchísima frecuencia en materia de hechos, es lo que sucede por ejemplo, cuando la sentencia contiene alguna evasiva referencia a la calidad de las pruebas, por lo general presentando la conclusión obtenida a partir de ellas como una obviedad. *También ocurre en materia de fundamentos de derecho, cuando se opera por yuxtaposición, es decir, cuando junto a la simple afirmación de lo que se entiende por probado se coloca una afirmación igualmente simple de que ese hecho constituye un determinado delito*. Cierto que esto último puede no presentar graves dificultades de comprensión en los casos sencillos. Pero, aparte de que evidencia un modus operandi que continúa impropiamente sugiriendo algo de mecánico en la aplicación del derecho, representa la elusión de un deber constitucional que es incondicionado. *Una cuestión sencilla exigirá una motivación asimismo sencilla, pero no justifica la ausencia de motivación.* (cfme. Ibáñez, Andrés Perfecto, en su obra "La sentencia penal", publicado en "Justicia penal, derechos y garantías", editado en la colección "Pensamiento Jurídico Contemporáneo" dirigido por Manuel Atienza, de los editores "Palestra" de Lima y "Temis" de Bogotá, págs. 153 y sgtes. El destacado me pertenece. ----------

----------Por lo expuesto y encontrando le asiste razón al recurrente en su agravio,

propongo al Acuerdo declarar la nulidad parcial de la sentencia, y por consiguiente absolver a H. M. A. por el hecho ocurrido en esta Ciudad el día nueve de junio de dos mil once, calificado como "Abuso de autoridad y Violación de los deberes de funcionario público", previsto y reprimido por el Art. 248 del CP.----------

---

Adentrándome al análisis del segundo hecho imputado, el ocurrido el día trece de junio del mismo año, adelanto que encuentro erróneamente escogida la calificación legal. Es así como del relato de los sucesos –el primero que se le imputara a A. y que, en principio desencadenara el segundo- surge que el señor M., luego de perder la posesión del motovehículo que había adquirido lícitamente, da con dos de los sucesivos vendedores que lo precedieran en las operaciones comerciales– B. y S.- y los tres se dirigen a la Seccional a realizar una denuncia. ----------

----------En relación a este hecho, el MPF escoge el artículo 249 del CP, endilgándole a A. "Omisión de los deberes de funcionario público". La figura en cuestión comprenden actos de la función, en tres modalidades: omitir, rehusar hacer o retardar. *"La acción de omitir equivale a no realizar el acto, no llevarlo a cabo, tal como está mandado por la norma jurídica. El funcionario omite el acto de su oficio, señala Núñez, si desatendiendo el deber que éste le impone de ejecutarlo, no lo hace en la oportunidad legal (**116**, T. VII, pag. 78). En este supuesto, el funcionario omite la ejecución de un acto que debe realizar de oficio" "Rehusar hacer implica una negativa, expresa o implícita, de llevar a cabo el acto del oficio. En esta modalidad, el agente no quiere llevar a cabo la actividad en la oportunidad debida, luego de haber sido requerido por la parte interesada o por orden de la autoridad" "El retardo implica la no realización del acto en el término fijado legalmente. El funcionario difiere la ejecución del acto para después de la oportunidad debida*." Conforme Baigún Zaffaroni, T10. Parte

Especial. Ed. Hammurabi. José L. De Palma Editores. Pág. 373.----------

---------- En la sentencia atacada, la judicante reprocha a A. que: *"sabía cuáles eran sus obligaciones como funcionario y no las cumplió, ante el requerimiento de la víctima y sus amigos se negó a tomar la denuncia omitiendo hacer actos propios de su función".* Aquí es donde advierto la equivocación en que incurre la magistrada. Repasemos los hechos, M. se dirigió a Comisaría con B. y S. *"a fin de pedir explicaciones, recibiendo como respuesta por parte de A. ..."* (t) en razón que, le había sido retenida o secuestrada su moto y él junto a los dos nombrados, podía aclarar como la había comprado, como había llegado a sus manos el título del rodado, como era el encendido del ciclomotor, entre otras cuestiones que se ventilaron y detallaron en el juicio. Dicho esto, se advierte que estamos ante una operación comercial realizada entre particulares con una modalidad habitual del tracto comercial diario, pero que adolecía de cierta informalidad. Cabe preguntarse, esta circunstancia por sí sola, -¿Traía como consecuencia necesaria que un funcionario público reciba una denuncia por lo que se vislumbraba como sucesivas compraventas efectuadas irregularmente? El funcionario público, el Oficial de servicio en este caso, -¿ Está obligado a recibir denuncias por cualquier hecho infortunado que sufra quien se presente en comisaría y quiera ponerlo en conocimiento de la autoridad para que ésta intervenga.? La

respuesta es negativa. ----------

---------- En caso de tenerse el hecho por acreditado tal como está descripto, A. no ha incurrido en una conducta delictiva de la prevista en el Art. 249 del CP, puede estarse tal vez ante una falta administrativa en la comprensión que debió asesorar a los requirentes, pero no recibir una "denuncia" –noticia criminis- donde se diera cuenta que M. era comprador de buena fe de S. y éste a su vez, comprador de buena

fe de B..----------La circunstancia que luego en el asiento de la Fiscalía se le recibiera la denuncia a M. por los hechos que nos ocuparon, encuentran su explicación en que haber rehusado recibir la denuncia por el personal policial, se concatenó con lo ocurrido el día nueve de junio donde la víctima fuera despojada del motovehículo.----------Por lo expuesto, en la comprensión que este agravio debe prosperar, propongo al acuerdo la absolución de H. M. A. por el segundo hecho perpetrado en esta ciudad de Puerto Madryn, el día trece de junio de dos mil once, calificado como Omisión de deberes del oficio, Art. 249 del CP.---------- ---------- Respecto de los honorarios profesionales del defensor técnico del imputado, Dr. Ricardo O. GABILONDO, juzgo acertados fijarlos en la suma de

Diez Jus –Art. 59 de la Ley V Nº 90, antes N° 4920- art. 239, 240, 242, ccdtes. del CPP.----------

---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:**----------

---------- Ha venido la presente Carpeta a revisión de este Tribunal, en virtud de la Impugnación Ordinaria (art. 374 del C.P.P.) interpuesta por el Sr. Defensor Dr. Ricardo O. GABILONDO, contra la sentencia dictada por la Sra. Juez Penal Dra. Patricia Encarnación REYES el día 19 de abril de 2013 y que condenara a su pupilo H. M. A. como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso de autoridad, Violación de los deberes de funcionario público y

Omisión de deberes del oficio en concurso real (Arts. 45, 55, 248 y 249 del C. Penal) a la pena de Cinco meses de prisión en suspenso (art. 26 del C.P.), diez meses de inhabilitación especial, el pago de la multa de setecientos cincuenta pesos, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal), por el hecho ocurrido el día 9 de junio de 2011 en perjuicio de O. F. M..---

---------- Los

detalles de los agravios de las partes han sido minuciosamente expresados en el primer voto como también la base fáctica de la acusación por los que en honor a la brevedad, a los mismos me remito.----------

Efectuada la audiencia prescripta por el código de forma –art. 385 del CPP- y habiendo deliberado conforme el art. 329 del CPP, paso sin más a fundar mi voto.----------

---------- El primer agravio, consistiría en que la sentenciante, habría tomado por válida una acusación donde no se habría precisado, acabadamente, el precepto legal en el que se encuadraría la primera imputación que se le efectuara a H. M. A.. Además que dicha omisión podría haber violado lo establecido en el inciso 4 del artículo 291 del C.P.P., le habría impedido al Dr. Ricardo O. GABILONDO, a partir de dicha indeterminación, realizar una defensa eficaz.----------

---------- El hecho que fuera materia de acusación por parte del Ministerio Público Fiscal y que fuera tomado por la Dra. REYES como fundamento fáctico de su sentencia es el siguiente: " El día nueve de Junio del año dos mil once, siendo las 22:00 horas aproximadamente en oportunidad en que el Sr. O. M. se encontraba jugando fútbol en la cancha vieja del Club Madryn se presento E. D. O. junto al oficial de Servicio de la Seccional Segunda H. M. A., quien se presento como Funcionario Policial cumpliendo servicio, quienes le refirieron al denunciante que el moto vehículo marca M., dominio XXX-XXX en el cual se movilizaba él desde hace unos meses era propiedad de O.. Pese a que el denunciante le exhibió a A. el titulo de propiedad, éste sin mayores explicaciones, ni orden judicial, ni previa denuncia de robo alguna le saco dicha documental y el moto vehículo, el cual posteriormente se lo entrego al supuesto propietario, O., no

existiendo constancias alguna ni registro de lo sucedido en el Libro Parte Diario de la Seccional Segunda a cargo en ese horario del Oficial de Servicio A.. Ante lo sucedido el Sr. M. concurrió en compañía de C. S., que es quien le vendió el moto vehículo, a la Seccional Segunda a efectos de solicitar explicación por lo ocurrido, recibiendo como respuesta que fuera a buscar el ciclomotor al domicilio de O., sito en Bº XXX Viviendas de esta ciudad. Al no encontrar al nombrado concurrió nuevamente a la Seccional Policial a radicar la correspondiente denuncia en compañía del Sr. B., recibiendo como respuesta por parte de A., en su calidad de oficial de Servicio que fuera al otro día a denunciar y que hablara con O.. Es así que ante dicha situación irregular en fecha trece de junio del año dos mil once, en horas de la noche, esto es cuatro días después del secuestro del ciclomotor al Sr. M., en forma sorpresiva y sin ninguna orden judicial al respecto O. en horas de la noche se presenta en la Seccional Segunda, ante el oficial A., encontrándose este nuevamente como oficial de Servicio y hace entrega espontánea del moto vehículo en cuestión "...a fin que se resuelva la procedencia..." realizando también una denuncia por un hecho de robo ocurrido hace dos meses atrás aproximadamente (en abril de dos mil once) fuera de su domicilio sito en Bº Ruca Hue Mb. 58 depto Nº 348 de esta ciudad, cuando autores ignorados le sustrajeron el moto vehículo marca M. Dominio XXX-XXX, con su tambor de encendido roto, a sabiendas que él mismo a comienzos del mes de febrero del año dos mil once se la entrego como parte de pago con toda su documentación original al Sr. B.."---------- Estos hechos fueron calificados por la parte Acusadora y receptado por la Magistrada en su sentencia condenatoria como constitutivos de los delitos de Abuso de autoridad y violación de los deberes de Funcionario Público en concurso real con el delito de Omisión de deberes del oficio en carácter de autor, previstos y reprimidos por los 248, 249, 45 y 55 del Código Penal.---------- De

acuerdo a lo que enseña Jorge E. Buompadre: "...El artículo (248 del C.P) describe tres conductas típicas distintas: a) Dictar resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes; b) Ejecutar las órdenes de esta clase existentes, vale decir, cuando son contrarias a dicho orden normativo; c) No ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario. Las dos primeras hipótesis corresponden a conductas activas, tipos de acción; mientras que la última describe un tipo omisivo..."(BAIGUN –ZAFFARONI, "Código Penal" Parte Especial, T. 10, Ed. Hammurabi, pág 366).----------

---------- Entiendo que el hecho que la Titular de la Acción Pública no haya explicitado a qué supuesto se refería, cuando calificó la conducta de A. como subsumida en el artículo 248 del Código Penal, ha conculcado una forma esencial de la acusación que no ha permitido, en el presente caso, realizar una adecuada defensa, por lo que se deberá declarar la invalidez procesal de dicho acto.----------

----------Ya he dicho (en autos: "Currumil, Abel y Otro p.s.a. Homicidio s/Impugnación" Expte. N° 01/2012- Carpeta N°2620) con la relación a los planteos sobre irregularidades procesales que: "*Todos los magistrados de la Provincia hemos sido llamados a defender la Constitución Nacional y Provincial. Así lo hemos jurado. En ellas reposan el conjunto de derechos y garantías que nos permiten convivir en libertad.*----------

--Los legisladores provinciales, sabedores de nuestro compromiso, al reglamentar el recurso que nos ocupa, han establecido que nos debemos ceñir exclusivamente a los agravios formulados en la impugnación, salvo el control constitucional, en el cual se nos brindan las más amplias facultades (Art. 369

C.P.P.).----------

----------*Para emprender dicha tarea, 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.).*----------

---------- Por supuesto, como sabiamente lo advierte el doctrinario Pessoa, se podría postular de cualquier irregularidad procesal, por insignificante que sea, que viola la garantía del debido proceso legal adjetivo.----------

-

---------- Por ello, sólo se puede afirmar que la regla constitucional se ve menoscabada, cuando la irregularidad afecta de una manera seria y ostensible, las pautas que impone la garantía antes aludida.----------

---------- La anomalía ya señalada, reúne estas características. Paso a fundamentar.----------

---------- Aún si se pudiera afirmar, que de la descripción de los hechos, nos encontramos ante el tercer supuesto: No ejecutar leyes cuyo cumplimiento le incumbe al funcionario, resultaba esencial en el caso, ya que es un delito omisivo, expresar –conforme lo establece el inc. 2° del artículo 291 del C.P.P.- cual era la conducta que debía realizar A., en forma clara, precisa y circunstanciada.----------

---- No podemos dejar de lado, que el aspecto objetivo de los delitos impropios de omisión está compuesto por dos elementos: la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada y la posibilidad física de realizar dicha acción----------

-- Me explico. Si no se le dijo a A. en la acusación cuál o cuáles eran las conductas debió ejecutar, mal pudo explicar si tuvo la posibilidad cierta de realizar dichas acciones o no.---------- Por

todo ello, entiendo que se ha vulnerado el derecho de defensa de H. M. A. con relación a la primera imputación, debiéndose declarar la nulidad parcial de la acusación y la nulidad parcial de la sentencia, conforme lo establecen los artículos 161, I, párrafo y 164 del C.P.P. y el artículo 46, II párrafo, cláusula segunda C. Ch.. Así lo voto.---------- Voy a tratar a continuación los agravios concernientes al segundo hecho por el cual fuera condenado A., el cual fuera subsumido bajo la figura de Omisión de los deberes del oficio(Art. 249 del C.P.)---------- El delito establecido en el artículo 249 del Código Penal se configura mediante tres tipos de conductas omisivas alternativas: omitir, rehusar hacer o retardar, por parte de un funcionario público, un acto propio de sus funciones.---------- Acá también, la acusación fiscal adolece de falta de precisión en la determinación del supuesto jurídico, conforme lo estipula el inciso 4 del artículo 291 del C.P.P..----------

---

---------- Sin embargo, como ya explicara, no toda irregularidad debe necesariamente acarrear una sanción de nulidad. Si bien el artículo 249 recepta supuestos distintos, son todas figuras omisivas dolosas y resulta claro, del relato de los hechos, que A. se habría rehusado a realizar un acto propio de su oficio que le fuera requerido ----------

---------- Ahora bien, el dolo está compuesto por un aspecto cognoscitivo y otro conativo o como dijera Hans Welzel: “dolo es saber y querer los elementos pertenecientes al tipo legal”. Hago esta aclaración, porque resulta necesaria – ya que la figura exige dolo directo- establecer si A. sabía que tenía que tomar dicha denuncia.----------

--------- Entiendo desacertado el razonamiento que expone sobre el tópico la Magistrada, cuando señala que A.: “...sabía cuales eran sus obligaciones como

funcionario y no las cumplió, ante el requerimiento de la víctima y sus amigos se negó a tomar la denuncia omitiendo actos propios de su función..."La situación reflejada por la judicante no se condice con la conducta disvaliosa que endilga. Esto es así, dado que M. fue junto con B. y S. a la dependencia policial para explicar como había adquirido la moto, porqué estaba roto el tambor de encendido de la misma. Vale decir, quería justificar su propiedad sobre el ciclomotor.----------

---------- Ahora bien, ateniéndonos a los hechos, se colige que no era obligación del funcionario policial tomar algún tipo de denuncia al haber tomado conocimiento de un delito de acción pública. No se debe confundir la negativa de A. a tomar una denuncia en relación a un hecho que no constituía delito, con la que si fue tomada a la postre en la Fiscalía, oportunidad en la que M. realizó un acabado relato de lo ocurrido el día nueve de junio anterior, cuando fuera despojado de su ciclomotor.----------

---------- Así las cosas, coincido con lo propuesto por la distinguida colega que lidera el presente acuerdo, debiéndose proceder a la absolución de H. M. A. por el delito encuadrado en el artículo 249 del Código Penal.---------- Respecto a la regulación de honorarios del profesional interviniente comparto lo propuesto por la Juez que lidera el Acuerdo.- Así lo voto.----------

---------- **El Juez Leonardo M. PITCOVSKY dijo**: ----------

-------Los antecedentes que dan origen al presente decisorio han sido expresados por la Juez que lidera el curso de los votos de la presente sentencia, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.---------- El primer agravio que introduce el Sr. Defensor en la impugnación, refiere a que hubo una errónea aplicación de la Ley Penal, puesto que los hechos que se imputan no

encuadran típicamente en los artículos 248 y 249 del C.P. Particularizó en ese sentido que la Jueza individualizó incorrectamente la conducta en las normas que supuestamente A. había incumplido, limitándose genéricamente a enunciar el "Código de Procedimientos" o la "Ley reglamentaria de la Policía de la Provincia", a más que esta indicación no la hizo la Fiscalía en la acusación, por lo que se ha violado también el principio de congruencia. Agregó asimismo la Defensa, que tampoco se ha acreditado el ilícito previsto y reprimido en el artículo 249 del C.P., puesto que no se ha probado qué es lo que se quería denunciar, al no surgir de los testimonios este extremo sustancial en la verificación del tipo penal en juego.----------

---------- Respecto al primer asunto a resolver, esto es si se encuentra comprometida la figura penal prevista en el artículo 248 del C.P. con la acción voluntaria emprendida por el imputado, habré de resolver en el mismo sentido que mis colegas preopinantes. En efecto, el tipo penal en análisis, prevé tres hipótesis diferentes: que el funcionario público dicte resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o que ejecute las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o que no ejecute las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.----------

---------- Sabido es que la conducta, para ser encuadrada en un tipo penal y con ello provocar luego una condena, debe ser específica y clara para, a más que sirva para que el inculpado pueda defenderse correctamente y ofrecer la prueba de descargo, que sea precisa también para ejercitar el reproche criminal conforme la letra del Código Penal. En ello los tres Jueces estuvimos de acuerdo en la deliberación, esto es de considerar que la descripción del hecho que realiza la Sra. Magistrada no se encuentra ajustada al tipo penal sancionado por la misma.---------- Si bien se ha determinado con prueba suficiente que A., al tiempo de arribar al sitio donde se encontraba el motovehículo

lo hace uniformado, que le requiere al Sr. M. la documentación del rodado, en virtud de que el mismo sería robado y, que al final termina llevándoselo junto a quien afirmaba ser su propietario –O.-, ello no se ha plasmado en la figura legal correspondiente que como dije cuenta con tres conductas diferenciadas.---------- ---------- Advierto que desde la acusación efectuada por la Fiscalia se ha echado mano a una definición genérica sobre el Abuso de la autoridad sin determinar en lo específico en qué conducta de las tipificadas debe encuadrarse el caso, y este defecto ha continuado y ha sido plasmado por la judicante en la sentencia.---------- -- La inclusión de la conducta en el tipo penal descrito no encuentra suficiente sostén en el mérito que de ello hace la Sra. Jueza, puesto que señalar solamente que: " *tal como lo explicara la Fiscalia A. ejecutó ordenes contrarias a las leyes que le son propias en este caso el Código de Procedimiento y la ley reglamentaria de la Policía de la Provincia, al presentarse a la víctima en calidad de funcionario de policía, requerirle datos, documentación y retener la moto de su propiedad para entregársela a O., sin realizar acta alguna ni aviso a autoridad competente*." de ningún manera cumple con el necesario encuadre legal requerido en una sentencia condenatoria.---------- ---------- Tal como lo ha señalado el Defensor no se ha especificado en concreto ni en la acusación ni en la parte pertinente de la sentencia cuál ha sido la conducta violada por A., en qué hipótesis legal del art. 248 del CP se ha encuadrado, cuáles eran las conductas que se le exigían y por tanto que normas concretas ha violentado, cuestión que ha cercenado el derecho de defensa del imputado, y de ahí deviene su nulidad.---------- En virtud de lo expuesto propongo se haga lugar a la impugnación de la defensa respecto del tópico, absolviendo a H. M. A. en orden a los delitos de abuso de la autoridad y violación

de los deberes de funcionario público que le fueran imputados.----------
---------- Respecto del delito de Omisión de los deberes del oficio inscripto en el artículo 249 del C.P., también le asiste razón a la Defensa, puesto que no se aprecia de los testimonios escuchados, tal como bien lo señala el impugnante, qué quería denunciar M. en sede policial, si es que esta era su propuesta al arribar a la Institución, puesto que ni de sus dichos ni de los del preventor Huenchual, quien afirmara que nunca se negó en aquella sede a la recepción de denuncia penal, surge la posibilidad de que A. haya incurrido en la conducta que se le achaca en la sentencia. Es por ello, y como bien lo expresaran mis colegas, debe absolverse en orden a este delito al imputado traído a juicio.------
---------- Comparto finalmente los honorarios que se le han regulado al Sr. Defensor, los que encuentro ajustados a la labor profesional desarrollada en el

presente caso. ----------
---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por

unanimidad el siguiente:----------
----------**FALLO**:----------
---------- **I) HACER LUGAR a** la impugnación ordinaria deducida por la defensa de H. M. A., a cargo del Dr. Ricardo O. GABILONDO. ---------- **II) DECLARAR** la nulidad parcial de la acusación y la parte pertinente de la sentencia respecto del delito de abuso de la autoridad y violación de los Deberes de funcionario público, por las consideraciones up supra mencionadas, conforme art. 161, 164 y concordantes del CPP y 46 II párrafo, cláusula segunda de la Constitución del Chubut.---------- **III)**

REVOCAR la sentencia dictada a fs. 41/51 Registrada bajo el Nº

1057/13 OFIJU de fecha 19 de abril de 2013, ABSOLVIENDO a H. M.

A. en orden al delito de abuso de autoridad y violación de los deberes de Funcionario Público en Concurso Real con el delito de Omisión de deberes del oficio en carácter de autor –arts. 248, 249 45 y 55 del CP, por el hecho ocurrido el día 9 de junio de 2011 en perjuicio de O. F. M., sin costas las que se declaran a cargo del Estado.--- ---------- ---------- **IV) REGULAR** los honorarios profesionales del defensor técnico del imputado, Dr. Ricardo O. GABILONDO, en la suma de Diez Jus –Art. 59 de la Ley V Nº 90, antes N° 4920- art. 239, 240, 242, ccdtes. del CPP.---------- **V) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------

Leonardo M. PITCOVSKY
Presidente

Flavia Fabiana TRINCHERI
Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI
Juez de Cámara

Ante mí:

Andrea M. BOREA

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 11 CPPM DEL AÑO 2013. CONSTE.-

Andrea M. BOREA

Secretaría de Cámara