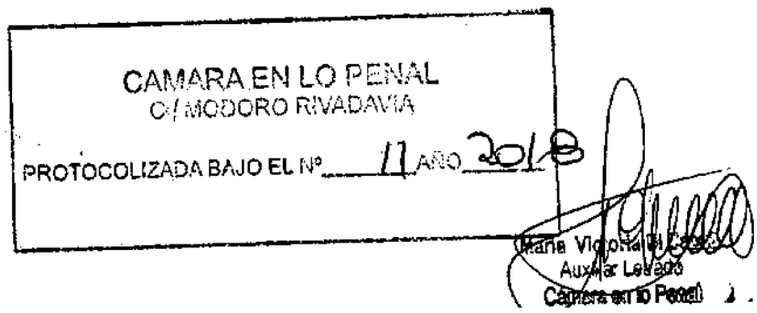


En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de mayo de dos mil dieciocho, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER,** en su carácter de Presidente, **Martín Roberto** MONTENOVO **y D. L. María PINTOS,** Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 8242, carpeta individual n^{0} 1575,** caratulada: **"B., L. p.s.a Infracción art. 189 -víctima Adm. Pública-"** de la Oficina Judicial de la Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Dr. **G. Oyarzún** y el imputado **L. G. B.** (ambos por videoconfetencia); y

---------- **CQNSIDERANDO;**----------

Que los días cuatro y nueve del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del arto 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de L. G. B., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el arto 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art, 385, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta

por la Defensa de L. G. B. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. D. L. María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÚLLER** dijo:

I.- Motiva la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Abogado Adjunto de la Defensa Pública, Dr. G. Oyarzún, a favor de su asistido L. J. B., contra la Sentencia N° 1161/2017, de fecha 27 de diciembre de 2017, por cuanto resultó condenado a la pena de un año y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo por haber sido hallado culpable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (arts. 189 bis, inc. segundo, párrafo tercero y 45 del C.P.), en relación al hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el 15 de noviembre de 2015 en perjuicio de la administración pública.-

1.- El impugnante solicitó la absolución de su asistido en función de la aplicación del beneficio de la duda en relación a la participación en el hecho endilgado por la parte acusadora, el que fuera descripto de la siguiente manera: “Los ocurridos el día 15 de noviembre de 2.015 a las 21:00 horas aproximadamente, cuando el sargento U. junto al agente Z. se constituyeron en el *móvil* R.l. 281, en la *Av. 9* de Julio intersección con calle Pellegrini de la ciudad de Sarmiento, por un llamado que requería de presencia policial en la zona, cuando observan un automóvil Ford Falcón, color gris, con al menos tres ocupantes en su interior, transitando por calle Pellegrini entre Av. 9 de Julio y Rivadavia. Cuando

el personal policial da la orden al conductor para que detenga su marcha a fin de ser identificados es que observan en principio que del vehículo desciende un joven que emprende SU huida en dirección a la *Av.* 9 de Julio. En ese momento el Agente Z. desciende del móvil con intención de atrapar al joven que se había dado a la fuga; en tanto que el conductor del vehículo hizo caso omiso a la orden impartida y rápidamente se alejó del lugar junto al otro individuo que lo acompañaba. En el trayecto el Agente Z. *observó* como el joven, descartaba diferentes elementos que tenía entre sus prendas.

Finalmente el joven fue detenido sobre *Av.* 9 de Julio por el Agente Z. y un ciudadano que colaboró en su detención. Con posterioridad se logró identificar al joven aprehendido como A. L. B., mayor de edad. Habiéndose secuestrado los siguientes elementos: en el lugar donde se detuvo al joven: una vaina de cuero color marrón, una bolsa de nylon conteniendo una sustancia de origen vegetal de color pardo verdusca; en tanto que a unos metros del lugar de detención, sobre calle Pellegrini se halló un cuchillo con *ma*ngo color negro de 10 cm con Una hoja de 20 cm y un arma de fuego tipo *revólver*, color gris, empuñadura de madera, calibre 22 largo, inscripción Pasper Industria Argentina con un lago que dice "Bagual", conteniendo 4 cartuchos a bala, calibre 22, inscripción FM, sin contar el detenido Con la debida autorización legal.”.-

En función de ello expuso dos motivos de agravio: la Falta de acusación penal y la valoración errónea de la prueba (arts. 372 inc. 2 CPP).-

En orden al primer agravio sostuvo que la acusación en los términos que fue formulada no atribuye a B. el delito de haber portado un arma de

fuego, que la misma debe ser precisa, detallada y atribuirle al imputado expresamente la conducta típica del delito por el cual se lo pretende enjuiciar, y en este caso la conducta típica "portar" nunca es atribuida a B.. Agregó que el planteo fue realizado durante el debate y rechazado a su entender erróneamente por el sentenciante, quién consideró que la acusación pública reunía los requisitos establecidos en el art. 291 del CPP; en apoyo transcribió los fundamentos tenidos por el a quo en este punto.-

Al fundar el segundo agravio "valoración errónea de la prueba (art. 372 inc 2 del CPP)", se refirió a la existencia de discordancia entre los dichos del testigo Z. con respecto a los de U., y de estos dos con respecto al testigo S..-

En esos términos planteó la duda, en primer lugar, respecto al momento en que B. descartó los elementos, así U. y S. indicaron que el desprendimiento de elementos fue al momento de ser requisado B., al detener el vehículo, y Z. en cambio dijo que pudo observar que de la parte trasera derecha se iban descartando cosas, por lo que consideró este último testimonio carente de coherencia externa –sin apoyatura en el resto de los testimonios-. En segundo lugar respecto a la forma en que se produjo la detención del imputado, así indicó que el único testigo civil, M., en ningún momento dijo ver a B. desprenderse de elementos, sino que chocó con él y así lo aprehenden, Z. en cambio dijo que no había otra persona en el lugar y que él solo lo detuvo con una zancadilla. -

Remarcó una diferencia entre las declaraciones de los agentes sobre los elementos que descartaba B.; U. dijo que se le extrajo de entre sus ropas una vaina, y Z., de acuerdo a las fotografías, dijo que además de una vaina estaba junto al detenido una bolsa de sustancia vegetal, supuestamente descartada cerca del arma de fuego.-

Por último agregó que la “portación” requiere la tenencia para uso inmediato del arma, y en el caso ni siquiera el vehículo era de su propiedad, y no hay certeza de cuantas personas iban en él, aunque se confirmó que eran al menos tres. Por lo que el arma pudo haber sido descartada por cualquiera de las otras personas no identificadas y que también se encontraban en el vehículo.-

Finalmente, reiteró el pedido de absolución de su asistido e hizo expresa reserva del caso federal.-

2.- A su tumo la Fiscal General, Dra. Laura Castagno, al contestar los agravios esgrimidos por la Defensa entendió que debe rechazarse el primero de ellos, “falta de acusación”, por extemporáneo y contradictorio, toda vez que desde la audiencia de apertura hasta la presentación de la acusación se describieron los hechos de manera circunstanciada, sin que hubiere existido reparo por parte de la defensa, quien no solo participó en la audiencia preliminar, sino que requirió además la aplicación de Suspensión de Juicio a Prueba, concedida y posteriormente revocada.-

También solicitó el rechazo del agravio relativo a la “valoración errónea de la prueba”, consideró que no existe la discordancia planteada entre los dichos de U. y Z. y de este con el Oficial S., que los tres relatan el hecho en lo sustancial de manera similar, con una clara limitación que surge de los mismos hechos, es decir no resultan idéntico pero tampoco contradictorios, así Z. era quien estaba en mejores condiciones de observar qué conducta desplegaba B., iba de acompañante en el móvil y fue a quién dirigió su atención en todo momento, a diferencia de U. quien manejaba el móvil policial, y el Of. S., quien llega cuando B. ya estaba detenido.-

Por otro lado, sostuvo que no existen las dudas alegadas por

la defensa respecto al momento en que B. descartó los elementos, y del momento en que fue detenido, que de acuerdo al testimonio de Z., el que coincide con los dichos de U. y S., B. descartó o tiró los elementos cuando el Ford Falcón se encontraba circulando por Av. 9 de julio, girando por calle Pellegrini hasta detener su marcha. Y fue detenido cuando Z. lo perseguía, le aplicó un puntapié en una de sus piernas, coincidente con la salida desde su vivienda de M., quien choca con B., y caen al piso.-

Por último solicitó el rechazo de la impugnación interpuesta, por considerar que la sentencia se ha ceñido adecuadamente al análisis de los hechos, y se halla debidamente fundamentada en las probanzas producidas en debate. -

3.- En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P, la que se llevó a cabo por video-conferencia juntamente con la Oficina Judicial de Sarmiento con la participación solo del defensor y el imputado B. -detenido a disposición del Juzgado Federal de esta ciudad-, el Dr. Oyarzún ratificó en todos sus términos y oralizó íntegramente el escrito presentado expuso así sobre los motivos que lo llevaron a impugnar, solicitando la absolución de su asistido. El Ministerio Público Fiscal no concurrió al acto, no obstante se dejó constancia que contestó por escrito el traslado del recurso presentado y concedida la palabra al encartado decidió no hacer uso de la misma.-

II.- El hecho por el cual se autorizó la apertura de juicio fue el descripto en la acusación que acabo de reproducir al efectuar la reseña del caso, y dado que el impugnante cuestiona la validez de dicha pieza procesal corresponde ingresar al tratamiento de la misma en razón de los alcances que puede tener una decisión que recepte el planteo.-

1.- La Titular de la acción al contestar el agravio limita su respuesta a cuestiones de oportunidad procesal, calificándolo además de contradictorio, carente de sustento y sin acreditar un perjuicio concreto a los derechos de su defendido; en tanto la respuesta jurisdiccional al planteo formulado por la Defensa, recién en la instancia de los alegatos, fue descartarlo en pocas líneas por considerar que la acusación reúne los requisitos del art. 291 del C.P.P., señalando que describe el hecho y brinda la calificación legal, destacando la frase "sin contar con la debida autorización legal" como central en razón del delito que se le atribuye (189 bis, inc. 2°, *3er.* párrafo del C.P.).-

Puedo convenir con la Sra. Fiscal que el planteo nulidicente parece quedarse a mitad de camino; ahora bien si lo integramos con las críticas que formula la Defensa en el segundo agravio, que hacen a la valoración de la prueba por el Tribunal de juicio y las conclusiones relativas a las circunstancias del hecho que tuvo por acreditado, generaron en este tribunal un alerta sobre la probable existencia de un vicio sustancial que indudablemente afecta garantías de rango constitucional con el debido proceso y la defensa enjuicio (art. 18 C.N.).-

La insuficiencia e imprecisión de la acusación por sí sola genera perjuicio pues indudablemente impide ejercer adecuadamente el derecho a defensa y en definitiva importa no cumplir con la manda constitutional relativa a la observancia de las formas sustanciales del juicio, acusación, defensa, prueba y sentencia y recurso (art. 18 C.N.).-

La acusación, entre otros requisitos, exige una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible y los fundamentos mínimos para comprender la imputación (art. 291 del C.P.P.) y la analizada no contiene tales componentes de manera tal que permita aproximamos razonablemente a una

conducta reprochable en los términos legales defendidos, y adelantando opinión debe ser sancionada.-

2.- El tema también radica en la construcción de la imputación, la que denota una falta de correspondencia con las evidencias que rapidamente fueron colectadas producto de la pronta actuación policial, más allá de los posteriores informes técnicos y registros que se obtuvieron para sostener que el arma de fuego secuestrada era apta para producir disparos y que la persona imputada no cuenta con autorización legal para la portación, aspectos que hacen a una parte de las exigencias típicas del delito enrostrado pero no a su íntegra definición legal o tipificación.-

La Titular de la Acción desde el inicio de la investigación contaba con todos los elementos para detallar las circunstancias en que se produjo el Suceso pero no lo hizo, y esa insuficiencia fue indudablemente advertida por el magistrado que al describir la conducta criminosa en base a la prueba rendida en el juicio detalla en primer término los motivos por los que los preventores se constituyeron en el lugar, lo que no fue explicado por la Fiscal en la acusación, y si bien no hace al hecho en sí mismo, permite comprender lo sucedido ante la intervención policial.-

Luego pasa a detallar las distintas secuencias del hecho que culmina con la detención imputando y el secuestro de varios elementos; se hace referencia a la persecución de un automóvil con tres individuos en base a los testimonios de los dos funcionarios policiales que asistieron al lugar y que durante la misma, ubicando a B. en la parte posterior del Ford Falcon, aprecian que desde la puerta trasera arrojaron elementos, que a la postre resultan ni más ni menos que el arma de fuego cuya portación se le reprocha, aspecto central que no fue precisado en la

acusación, acción que parece ubicar la Fiscal en el tramo final con la detención y que tiene una connotación transcendental para la imputación.-

Continuando con la reconstrución de los hecho por el sentenciante en base a las pruebas rendidas, se acreditó que los preventores logran interceptar el automóvil, quedando el conductor y acompañante en el

interior del mismo al cuidado de U., en tanto Z. hace bajar a B. y comienza a palpar o requisar, oportunidad en que intenta huir corriendo hacia calle 9 de julio.-

Este tramo que integra el hecho no fue informado ni detallado en la acusación, menos en la apertura de la investigación preparatoria, cuando era una circunstancia que surgía de los primeros elementos colectados por el órgano acusador.-

Una vez interceptado el automóvil, como ya mencioné, el agente Z. requisa a B. oportunidad que se da a la fuga, en tanto el Sgto. U. ante la situación intentó prestar ayuda a Z. descuidando a los dos sujetos que se hallaban dentro del automóvil, quienes aprovecharon para huir del lugar, y vale aclarar que no surge de las actuaciones que se realizaran tareas direccionadas a dar con estos dos sujetos. Fue así que el Agente Z. le da alcance a B. con la ayuda del Sr. M., y se lo requisa nuevamente, oportunidad en que advierten que llevaba una vaina de cuero y una bolsita con una sustancia vegetal color pardo oscura.

Posteriormente al inspeccionar el lugar, siguiendo el corto recorrido del automóvil, encuentran un cuchillo y el arma de fuego en cuestión quedando en claro que estos son los elementos que fueron arrojados desde el automóvil al iniciarse la persecución, y así lo precisa el aquo otorgando preponderancia al testimonio del Agente Z..-

Lo paradójico es que la Fiscal al formular conclusiones y contestar el recurso también adjudica relevancia a este testimonio aceptando que los hechos ocurrieron conforme el relato del Agente Z., por lo tanto debemos descartar absolutamente la descripción de acuerdo a la acusación en cuanto B. descendió del automóvil para salir corriendo en dirección a calle 9 de julio y procedió a despojarse de diversos elementos que tenía entre sus prendas entre

ellos el arma de fuego puesto que no corresponde a lo realmente sucedido. -

El Juez, como ya mencioné, indudablemente en el afán de dar precisiones ante la prueba rendida en juicio y en razón que la acusación no daba detalles de todas las secuencias o tramos de los hechos, culminó incurriendo en una alteración de la imputación que desde luego implica una afectación a la congruencia que debe existir entre el hecho imputado y por el que resultó condenado, sumado a ello a la falta de debida fundamentación al momento de analizar la significación jurídica de la conducta. -

Cuando hablamos de portación de arma de fuego sin la debida autorización legal, nos referimos a la acción de disponer en un lugar público o de acceso público de un arma de fuego en condiciones de uso inmediato, acción que se puede traducir en blandir o exhibir el arma, o en acarrearía o transportaría, equivalente al término "llevar consigo", lo que tampoco debe .interpretarse estrictamente como sinónimo de "tenerla entre las vestimentas".-

En función de ello pueden efectuarse dos serios cuestionamientos a lo actuado; el primero a la acusación que evidencia una insuficiencia tal que impide incluso conectar el hecho descripto con el pretenso encuadre jurídico, máxime la ausencia de fundamentos tanto en la pieza acusatoria como en el alegato en relación a esta última cuestión, no resultando abarcativa la frase "sin contar con la debida autorización legal" como lo sostuvo el juez al rechazar la nulidad planteada por la Defensa. El segundo cuestionamiento es a la sentencia que consagra un hecho distinto, y además lejos está la posibilidad de ubicarlo en una portación de arma de fuego, pues a todo

evento podríamos vincularlo de máxima a una tenencia compartida ya que si en circunstancia que tres individuos circulaban en el automóvil y ante el inicio de la persecución policial se despojan del arma de fuego, está fuera de chance atribuir el arma solamente al acusado), independientemente de que si fue éste el último que la manipuló previo a la intervención policial.-

Se trata de una situación concreta por la que tres individuos podían acceder al arma de fuego, resultando plenamente admisible la adjudicación de tenencia ilegítima del arma de fuego a todos ellos, en tal dirección ya nos pronunciamientos al expedirnos en autos R. D. y otro *si* infracción Art. 189 bis", Carpeta N° 5807) Sentencia N° 33 del *416212165* como así también en autos "M., L. M. *s/* Inf. Art. 189 bis"; Carpeta N° 7864, Sentencia NO 26 del *12/12/2016*-.-

En definitiva todo obedece a una acusación absolutamente insuficiente en cuanto a la necesaria descripción del hecho en forma clara, precisa y circunstanciada como así también la ausencia de al menos una sintética explicación que permita comprender el reproche en los términos que le fue formulado y como ya adelanté corresponde sancionarla con nulidad; tengo dicho que: "Hace a la objetividad y legalidad con que debe actuar el Ministerio Público Fiscal (Art. 194 Constitución provincial) verificar si en el caso particular esa conducta humana exteriorizada ha quebrantado la vigencia de la norma penal, lo que denominamos subsunción. Dice Sancinetti "... el presupuesto de validez de la acusación reside en cambio, en que, para la defensa, y para quien deba juzgar, sea posible ejercer control sobre el proceso de subsunción que ha realizado al acusación: cual es la situación de hecho concreta que la acusación considera subsumible en el tipo legal" (La nulidad de la

acusación por indeterminación y el concepto de investigación-Editorial AD-HOC, 2001, pág. 3) -Sentencia N° 14/2014 de fecha 10/6/14, Carpeta N° 952, Legajo Fiscal N° 3292, "C., R. D. s/ p.s.a. Lesiones leves y graves culposas" OFIJUD SA)-.-

Por ello no son caprichosos los requisitos que fijó el legislador en el Art. 291, porque pretenden salvaguardar los derechos del encartado, exigiendo al órgano acusador que identifique de la manera más perfecta posible la imputación que pesa sobre el acusado a fin de que pueda ejercer una defensa eficaz, ello con debida motivación, exigencia que tampoco fue observada en el caso, ya que poco se puede extraer de la pieza, por lo que propongo al pleno hacer lugar al recurso y declarar la nulidad de acusación y de todos los actos que de ella dependan, concretamente del juicio y de la Sentencia de condena sin reenvío dado que posibilitaría la reformulación de la acusación y absolver al encartado.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

L- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Múller, toda vez que la misma contiene los antecedentes

fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) A partir del agravio formulado en primer término en el memorial de interposición del recurso ordinario, indicado como "falta de acusación penal", hemos acordado en la etapa correspondiente a la deliberación, que es posible reformularlo -o bien, introducir correcciones de oficio-, en el sentido que el vicio del que adolecen la acusación pública y el alegato fiscal de clausura en la audiencia de debate, es la ausencia de correlación entre el cuadro probatorio y las conclusiones de aquella pretensión acusatoria (cfr. Alberto Binder, *Derecho Procesal Penal*, IIII, edit. Ad.Hoc, Bs. As., año 2017, p. 420: "... En los sistemas acusatorios la actividad oficiosa del juez se encuentra limitada, pero no deja de existir; en particular ... en las impugnaciones..."; en igual sentido, nuestros votos en las sentencias nº 6/13 y 21/14, entre otras).-

Todo ello, tanto en cuanto al relato de los hechos, como asimismo respecto a la subsunción; ya que no es lo mismo tener un arma de fuego dentro de un automóvil, donde además se hallaban otras personas -para luego descartarla hacia afuera del rodado, al advertir la presencia policial-, que portarla en la vía pública en solitario, una vez descendido del vehículo; y previo a un procedimiento de calle, que culminó con la aprehensión del imputado L. G. B., y el secuestro del elemento - mientras que el auto con el resto de los ocupantes, se alejó del lugar-.-

Y eso es lo que la acusación pública no ha deslindado correctamente, siendo que el testimonio del Agente de Policía C. O. Z., con

bastante claridad, nos conduce a aquella versión reseñada en el párrafo anterior, es decir lo que debía atribuirse al encartado, en relación con si arma de fuego, concretamente, bien pudo consistir en: arrojarla desde el interior del vehículo, lo que implica obviamente una tenencia pretérita; y, en orden a la tipificación, ello constituiría un caso de presunta tenencia compartida, o también posible autoría sucesiva (siempre de tenencia de armas), etc.-

Adviértase, en cambio, que frente a aquel cuadro probatorio consistente, la deposición del Agente G. E. U. no resulta de suficiente peso para fundar la otra alternativa, ya referida; cuando declara, a su turno, que él "calcula" que el acusado llevaba el arma de fuego consigo -durante la huida a pie-.-

2) Por ende, al no haber receptado la pretensión acusatoria, correctamente, la materialidad fáctica de lo ocurrido con relevancia penal, debe fulminarse el acto con la declaración de nulidad. En apoyo de lo expuesto, tengo en cuenta que la doctrina legal de la Sala Penal del STJ, en materia de invalidez de este acto procesal, ha sostenido reiteradamente que: "...Cuando la norma adjetiva refiere a que la acusación fiscal ha de ser clara, precisa y circunstanciada, ha de entenderse que deben exponerse sin posibilidad de equívocos todos **los datos acerca del hecho** que se traduzcan de la prueba y que abastezcan al **tipo penal** cuya configuración autorice a **la postulación de úna pena..**(sentencia n° 45/09 de la Sala Penal del STJ, voto del Ministro Pfleger -el destacado me

pertenece-).-

A mayor abundamiento, corresponde resaltar que prestigiosa doctrina ha sostenido que "El derecho de defensa se relaciona con

una imputación. A punto tal que, como señala Binder, cuanto menor sea el grado de su formalización, mayor será la necesidad de defensa, y que esta deberá ser ejercida desde el mismo momento que surja la imputación. Y una natural derivación de ese señalamiento, como expresión del derecho de defensa, resulta que quien es sujeto pasivo de esa atribución deberá conocer sus alcances y fundamentos. Es por eso que ninguna defensa podrá desarrollarse, sino a partir del conocimiento de la imputación. La mera facultad de enterarse de esa atribución pasará a ser exigencia cuando se encuentre contenida en una acusación formal. Esta pieza cristalizará, clara y precisamente, sobre qué hechos deberá el imputado responder en el juicio, indicando también, aun precariamente, las normas legales que entiende ha infringido. Ello, por cuanto esa calificación tiene la finalidad de brindar la referencia para que la defensa pueda orientar su estrategia, es decir, oficiará como una hoja de ruta del camino que seguirá la acusación. Tanto es así, que la acusación fija el objeto del juicio, a consecuencia de lo cual la sentencia deberá transitar dentro de los límites que aquella demarca" (cfr. José Manuel Piombo (h): "El caso ‘Antognazza’ calificación legal y sentencia. Un fallido intento por garantizar la congruencia”, análisis a fallo publicado en: Leonardo G. Pitlevnik —Dirección-, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,* 1 6, edit. hammurabi, Bs. As., año 2009,

En la misma dirección, el Tribunal Cimero de la Nación resalta que es también derecho del imputado, conocer y controlar suficientemente el proceso de subsunción en la norma legal, del suceso que se le reprocha. Así, en la cansa: “Navarro, Rolando”, 9/8/01, *Fallos,* 3/4:2133, el Juez Petracchi, en su voto concurrente, sostuvo: "... presupuesto de validez

de toda imputación consiste en permitir que la defensa pueda ejercer un control suficiente sobre el proceso de subsunción.

Para ello, debe saberse cuál es la situación de hecho concreta cuya tipicidad se **postula;** lo cual también es válido para el caso de que el tribunal modifique la calificación jurídica (‘iura novit curia’), en tanto también en ese supuesto es exigible que los argumentos relativos a la subsunción sean controlables (...) se requiere que las circunstancias de hecho que conducen a los elementos del tipo legal de la disposición penal pertinente estén dados como datos precisos. Debe ser posible para el acusado llevar a cabo el proceso de subsunción que ha realizado el fiscal en el escrito de acusación”; y además, que “(...) sean expresados en la decisión los fundamentos del proceso de subsunción, método tradicionalmente considerado como reaseguro del principio de legalidad. Dicho procedimiento, que consiste en comprobar si un hecho posee todas las características que la ley fija para que exista un delito, opera básicamente como un silogismo en el cual la premisa mayor está constituido por la norma, la premisa menor por el hecho, y la conclusión, por la decisión" (Consid.4) aut. y ob. ya citados;., ps. 267/268, el destacado ha sido agregado al original-. -

Por su parte, en nuestros votos de las sentencias n° *3 y* 13/11, entre otras, sostuvimos "...Hay una enorme diferencia entre aludir a los hechos ‘imputados’ por el acusador, que aludir a los ‘relatados’ en la acusación y, en este sentido, el contexto del ‘relato’ que se efectúa en una acusación, junto con la fuerza ilocucionaria del acto (imputar), son **cruciales** para decidir su sentido. Solo así puede **definirse adecuadamente** qué es lo que se imputa, o más precisamente, **qué ‘hechos’ se imputan.** Es

prácticamente imposible decidir cuáles son los hechos sometidos a juicio, si se prescinde de cualquier referencia o valoración de la significación jurídica que se les ha dado y la razón por la que se los relata en una pieza procesal.

Solo a la luz de las valoraciones jurídicas que se efectúen en la acusación...,

es que podrá decidirse cuáles son concretamente las circunstancias históricas que específicamente son relevantes a criterio del acusador para requerir juicio por ellas...Vale aclarar, por otra parte, que ello no se opone a la máxima del *iura novit curia,* pues se limita **a establecer cómo ha de realizarse la determinación de cuál es el 'relato' respecto del que el juzgador puede decidir el derecho aplicable..."** (con cita de la obra El *sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos,* de L. A. Arnaudo -el destacado me pertenece-).-

3) Consecuencias: la nulidad debe extenderse a toda la secuencia que se desarrolló a partir del acto anulado, lo que incluye la sentencia de condena, y sin posibilidad de reenvío -nulidad decretada de oficio, con la consecuente absolución del reo; reformulándose también aquí el agravio defensista, en este caso sobre la "errónea valoración de la prueba" (art. 372, inc. 2, CPP)-.-

La doctrina procesal argentina, nos enseña que: "... el ámbito de competencia de la *reformatio in melius* a favor del imputado no es sólo aquel que tradicionalmente se le asigna... Ante el solo recurso Fiscal, el *iudex ad quem* ya puede rescindir la sentencia condenatoria si comprueba la existencia en el procedimiento de algún quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Esto rige también **cuando** el imputado es el **recurrente**

pero no ha introducido una infracción de esa naturaleza entre los motivos de su recurso, o ha denunciado otros vicios del procedimiento. Esta regulación no proviene propiamente del régimen de los recursos, sino del sistema de **nulidades, ...** que consisten en unas infracciones determinadas a las reglas esenciales de forma que implican, por regla, también el quebrantamiento de derechos fundamentales ... Esta regulación constituye, en su origen, el instrumento pensado para asegurar la efectiva de las garantías constitucionales en el procedimiento. El acto que vulnera una garantía, debe ser extirpado del proceso" (cfr. Pastor, D. R., *decurso de casación y anulación de oficio*, NDP 1997/B, ps. 669 y ss. –el destacado me pertenece-).-

También se ha sostenido que: "Si bien es cierto que la etapa recursiva se caracteriza por su carácter dispositivo ..., lo que implica que el Tribunal *ad quem* puede conocer solo en la medida que existe un recurso y en la extensión que este lo plantea, de ninguna manera significa que aquél sea absoluto, pues *también reconoce limitaciones, fruto del derecho al cual el proceso sirve.* Así, no podrían entenderse los efectos extensivos del recurso, la posibilidad de que el mismo fiscal recurra la condena del imputado ... en el mismo sentido corresponde agregar la vigorosa creación pretoriana del recurso interpuesto *in pauperis forma*, que carecería de todo sentido si aplicáramos úna interpretación extrema del carácter dispositivo de los recursos,... Es que si el Derecho procesal penal aprovecha todas las oportunidades para intentar la corrección de vicios o

errores que puedan afectar al imputado, *de ningún modo puede invocarse el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza o la doctrina de los actos propios, ajenos por definición al Derecho penal, para denegar la*

posibilidad de reexaminar una condena" (cfr. Eugenio C. Sarrabayrouse, análisis del fallo de la CSJN "Garrafa, Carlos Francisco", del 31/10/06, publicado en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 6, ya citado, edit, hammurabi, mayo 2009, ps. 197 y ss., entre otros, en mis votos de las sentencias n° 6 y 31/13, 7 y 13/15).-

En igual sentido, Binder (ob. cit., p. 422): "... En definitiva, la doctrina de los actos propios constituye un caso más de convalidación y, como tal, aplicable a la invalidez que afecta a los actos previstos en relación con los acusadores o la víctima ...". Y en orden a los efectos y extensión de la nulidad, sostiene: "Dado que lo que nos interesa es que los derechos constitucionales sean eficaces, el concepto de saneamiento o reparación adquiere su sentido más sencillo, esto es: *lograr el restablecimiento del principio constitucional que ha sido lesionado por la actividad procesal inválida.* ... de ninguna manera *sanear consiste en restablecer la forma.* En muchas ocasiones, el restablecimiento de la forma no solo no significa restablecer el derecho violado sino todo lo contrario, vuelve a confirmar una nueva violación del principio o el agravamiento de la situación inicial. ... el Código Modelo para Iberoamérica... dice: 'Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido no se podrá retrotraer el procedimiento a períodos ya precluidos'. El mismo artículo deja a salvo los casos de reenvío por anulación de sentencia o los casos de anulación de acusaciones, donde ese documento se puede corregir y debe volver a ser controlado. Ello no debe ser interpretado en el sentido que la invalidez no puede ser saneada, sino que esa reparación del perjuicio no puede hacerse causando un mayor perjuicio ..." Binder, ob.

cit., p. 387).-

4) Una última consideración, a propósito del argumento introducido por el Ministerio Fiscal, respecto a la pretérita audiencia preliminar, en la que no habría sido cuestionada la validez de la acusación pública; al punto que, inclusive, se peticionó -y acordó- una suspensión del juicio a prueba, en su oportunidad -sobre la base de aquella-.-

En este particular, entiendo pertinente destacar dos aspectos que son de relevancia: el primero, que no necesariamente todo el aparato conceptual que aplicamos en relación a un juicio, su posible invalidez, la correlación de la acusación con el decisorio, etc., es aplicable sin más a los procedimientos de tinte composicional, donde es posible que existan otros intereses en juego, de manera que -por ejemplo- se consientan actos procesales con defectos de forma, en aras de lograr un acuerdo superador, que ponga fin al conflicto; adviértase que, incluso, en la audiencia del mes de mayo de 2016 -según se desprende del acta respectiva, de acuerdo a las constancias de la Carpeta, que he tenido a la vista-, no hubo de producirse una auténtica instancia de control de la acusación, sino que lisa y llanamente se pasó a tramitar el pedido de suspensión del juicio a prueba.- Y en otro orden, debe reiterarse que la doctrina de los propios actos, es de muy relativa aplicación en materia del sistema de garantías, máxime cuando se pretende -como en el presente caso-, una interpretación en contra del derecho del imputado a resistir la acusación, pilar del contradictorio -efr. Binder ob. cit., ps. 406/7, con cita de Pellegrini Grinover: la situación más común se da utilizando el concepto de preclusion, es decir, ciertos planteos pueden realizarse dentro de una determinada etapa (p. ej., la etapa preparatoria o durante la audiencia de control de la acusación), y una vez

concluida esta ya no se puede repetir el planteo. Este instituto nace ... de la idea de que el proceso marcha hacia ‘adelante’, y por razones de economía procesal no quiere repetir planteos. Esa idea, que se encuentra en el centro de la noción de convalidación, no puede ser aplicada a la situación del imputado, porque no es que el proceso ‘corre hacia adelante’ sino que se trata de preparar el ‘juicio’ como centro de la actuación de la justicia penal y como momento de mayor intensidad en la protección del imputado ...“-.-

III.-l) En el contexto que se viene exponiendo, advertimos que la sentencia impugnada ha procurado de algún modo encarrilar el procedimiento, en lo relativo al hecho imputado, buscando dotar de mayor coherencia fáctica a la decisión, respecto a lo que efectivamente se acreditó en el juicio. Ahora bien, y tal como se desprende con claridad del apartado precedente, ello conduce necesariamente a un desajuste con la pretensión acusatoria -recordemos, planteada en Otros términos-; lo cual viene a confirmar la invalidez del fallo, ya anunciada precedentemente (apartado II.- 3) como consecuencia de la nulidad de la acusación.-

2) Por lo demás, también subyace en la cuestión planteada, la distinción entre los dos tipos penales susceptibles de aplicación en casos como el presente, es decir la Tenencia y la Portación, de armas de negó. Toda vez que el Juez Penal interviniente funda su conclusión condenatoria, en el hecho de que el acusado “tenía la posesión del arma”, dado que su autoría surge de haber tenido “en su poder el arma” y arrojarla desde el automóvil a la vía pública, para desincriminarse ante la persecución policial -es decir, un supuesto de tenencia, eventualmente combinado con una autoría sucesiva, como ya se adelantara, y no de portación (tal como lo hemos sostenido reiteradamente, v.g. en

nuestra sentencia unipersonal en el caso “Lamas”, de fecha 21 de febrero del corriente año (registro n° 470 de la Oficina Judicial local), con cita de De Luca, y también en el voto de la sentencia n° 26/16, registro de esta Cámara en lo Penal)-.-

Se confirma entonces, que nos hallamos también frente a un caso de nulidad de la sentencia, esta vez por error de subsunción jurídica; que en el presente caso, no puede remediarse por vía de la aplicación del principio *iura novit curia,* en función de todo cuanto se ha expuesto ya en el apartado II, deviniendo inexorable la invalidación sin reenvío, y la consecuente absolución del encartado.-

IV.- Por todo lo expuesto hasta aquí, sumo mi voto por la afirmativa a la presente cuestión.-

A la PRIMERA cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I. - No he de reiterar los términos de la Sentencia recurrida, ni los del recurso deducido, ni los de la contestación del Ministerio Público, remitiendo a tal fin a la reseña del primer sufragio.-

II. - Me parece relevante sí, resaltar un aspecto de la imputación efectuada por el Ministerio Público Fiscal, consistente en que el día 15/11/015, a las 21 hs. aproximadamente, personal policial, agentes U. y Z., se constituyeron en la intersección de las calles 9 de Julio y Pellegrini de la ciudad de Sarmiento en un móvil policial, y observaron otro, particular, en el que circulaban tres personas, al que dieron la voz de alto a los fines identificatorios, instante en el que descendió uno de los sujetos, que a la postre resultó ser B., y comenzó a correr por calle Pellegrini, desprendiéndose de objetos, uno de los cuales un arma de fuego, que no estaba autorizado a portar o tener.-

E1 dato que pretendo remarcar es que así expresado, el imputado llevaba consigo el arma y pretendió desprenderse de ella en el contexto de una persecución. Sin embargo, los preventores, especialmente Z., declararon en el Debate que ello ocurrió previamente, pues el elemento prohibido fue arrojado desde la parte de atrás del vehículo que la Policía intentaba detener antes de que de él descienda el encartado.-

Aquí, claramente, se presentó un inconveniente de naturaleza procesal, pues en la Sentencia se atribuyó responsabilidad penal desde la descripción brindada *p*or los Funcionarios policiales, que como resaltamos, puso la cosa ilícita, el arma, en poder del imputado pero previamente a la persecución estatal.-

Ello no solo trae a colación el primer párrafo del art. 331 del rito, la congruencia fáctica necesaria entre Acusación y Sentencia, sino la manda del art. 291, que regula el contenido del primero de dichos actos esenciales del proceso, en tanto correspondencia entre el hecho detallado y el precepto jurídico aplicable.-

No podemos soslayar que nos encontramos tratando un i lícito de los considerados de "peligro abstracto", en definitiva que implica la punición de "actos preparatorios".

Dice E. Alberto Donna, al analizar esta clase de delitos de modo general: "En síntesis, entendemos que el problema se reduce aceptar que se trata de una conducta peligrosa, pero que tiene relación con el bien jurídico, de modo que si se demuestra que no puede haber ninguna vinculación con este bien protegido, la conducta es impune. De manera que debe ser tratado como un delito de peligrosidad concreta, ya que los delitos de peligrosidad abstracta no serían

viables dentro del ordenamiento jurídico, par afectar principios constitucionales como ser la presunción de inocencia y de culpabilidad..." (Derecho Penal Parte Especial Tomo II-C pag. 108, Rubinzal Culzoni).-

Incluso, afirma que la vinculación de los delitos de tenencia con la afectación de algún bien jurídico, aún potencial, es lo que los diferencia con los llamados de "simple actividad", idea que va imponiéndose en la Doctrina, citando a Bacigalupo y Fernández de Moreda, entre otros.-

Queda claro que si lo qué el legislador ha pretendido es colocar la pena en etapas tempranas del iter críminis cuando de armas de fuego se trata, sancionando la simple portación de las mismas, irradiando el motivo de la protección al bien jurídico seguridad común del carácter ostensiblemente riesgoso del objeto que se tiene o se porta, ampliando de tal manera el ámbito de punición notoriamente, resulta menester, por imperativo constitucional, la estrictez en la evaluación de la concurrencia tanto de los requisitos de admisibilidad de la prueba, como en la evaluación del mérito de la misma.-

Si conjugamos que el arma estaba dentro del rodado, en la calle, existía la posibilidad de considerar que se estaba ante una Portación, y no una Tenencia, conclusión a la cual no sería posible oponer que no hay chance de portación compartida, pues lo trascendente para discriminar ambas figuras, precisamente, resulta el ámbito donde la conducta se desarrolla, y la vía pública implica mayor compromiso para la seguridad, justamente, pública, por lo cual desde dicho punto de vista le cabía la tipificación más gravosa, es decir la Portación de arma de fuego.-

Pero, ¿quién la portaba?. No se supo la identidad de los acompañantes de B. dentro del rodado, aunque de la prueba rendida quedaba claro

que el imputado no estaba solo en el móvil, por lo cual resultaba imposible descartar que el instrumento peligroso lo "portara" otra persona, uno de sus ocasionales acompañantes, por más que lo haya arrojado desde el vehículo el propio acusado.-

III.- En resumidas cuentas el hecho descripto en la Acusación poseía concordancia con el precepto jurídico penal sugerido allí como de aplicación, aunque no con la realidad de lo acaecido, lo cual se desprendió de la propia prueba de cargo incorporada al Juicio por el Ministerio Fiscal.-

El Sentenciante, tomó nota de ello, y adecuó la reconstrucción histórica a lo efectivamente sucedido, no obstante mantuvo el precepto penal pretendido por el Acusador Público, manifiestamente desvinculado del hecho tal como terminó siendo adjudicado.-

El logro de la verdad real como objetivo del proceso penal, no desapareció con la vigencia de un sistema ritual de naturaleza acusatorio. Si se pretende endilgar responsabilidad penal debe serlo sobre lo acaecido y no sobre una ficción, total o parcial, y tal imperativo es el primero que debe respetar una Acusación.-

Aquí no ocurrió, y ello derivó en un trámite irregular con evidente menoscabo al derecho de defensa, que incluyó los aspectos que fueron materia de agravio, pero que tuvo u origen en la circunstancia apuntada.-

Por ello, y teniendo en cuenta especialmente la vigencia del principio del "ne bis in ídem", corresponde ¡anular la Acusación y los actos que fueron su consecuencia, decretando la absolución del imputado, pues conferir otra chance al Ministerio Fiscal de mejorar su planteo, redundaría en una colisión con tal principio. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. A. B., contra la sentencia n°11ó1/17, de fecha 27 de diciembre de 2017; declarar la nulidad de la Acusación Fiscal y todo lo actuado en su consecuencia y absolver de culpa y cargo al nombrado, en orden al delito de Portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inciso 2°, párrafo 3° del CP), por el hecho ocurrido el día 15 de noviembre de 2015, en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de la Administración Pública Provincial.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de 25 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En base al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación y votación de la primera cuestión, adhiero a la propuesta del colega que me precede en el orden de sufragio, en el sentido que se dicte pronunciamiento en los términos indicados.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, coincido con lo propuesto por mis colegas y que se dicte pronuciamiento en dichos términos.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

---------- **RESUELVE:** ----------

1°) HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. A. B., contra la sentencia n^{0} 1161/17, de fecha 27 de diciembre de 2017. ----------

2°) DECLARAR LA NULIDAD de la Acusación Fiscal y todo lo actuado en su consecuencia (arts. 161, 162 y 291 del CPP y 46 C.Ch.). ----------

3°) ABSOLVER de culpa y cargo a L. A. B., en orden al delito de Portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inciso 2°, párrafo 3° del CP), por el hecho ocurrido el día 15 de novíembre de 2015, en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de la Administración Pública Provincial. --

4º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

MARTIN R. MONTENOVO
JUEZ
CAMARA EN LO PENAL

Guillermo A. Müller
PRESIDENTE
CAMARA EN LO PENAL

DANIEL LUIS MARIA PINTOS
JUEZ
CAMARA EN LO PENAL