

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 30 días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los ministros Jorge Pflieger, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Alejandro Javier Panizzi, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**VELÁSQUEZ, Marcos Enrique s/ Pto. Inf. Art. 189 bis CP s/ Impugnación**" (Expediente N° 100121 - Folio 1 - Año 2015 - Letra "V" - Carpeta Judicial N° 7162).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 145: Panizzi, Rebagliati Russell y Pflieger.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Contra la resolución número 3713/2015 de la jueza penal Gladys Mariela Olavarría, que declaró nulo el procedimiento de secuestro del arma tipo pistola calibre 7,65 mm, nulificó la experticia balística N° 243 y absolvió a Marcos Enrique Velásquez, el fiscal general de Comodoro Rivadavia Julio Argentino Puentes, interpuso impugnación extraordinaria (hojas 125/132).

II. En su presentación, el representante de la vindicta pública efectuó un repaso por los

///

antecedentes de la causa y luego, se explayó acerca de la admisibilidad del remedio intentado.

Más adelante, puso de resalto que el imputado fue sorprendido a trescientos metros del lugar del hecho, alejándose a la carrera, mirando hacia atrás, y tomándose de la cintura; que cuando los funcionarios policiales efectuaron el palpado superficial de seguridad, constataron que Marcos Enrique Velásquez portaba un arma de guerra, tipo pistola calibre .7.65 marca "Vesta Patent", cuyo cargador contenía dos cartuchos a bala y uno más alojado en su recámara, en condición inmediata de ser disparado.

Expresó que la defensa del incuso esgrimió una hipótesis de caso negativo, es decir, por un lado, sostuvo que si bien Velásquez fue sorprendido con el arma en su poder, no fue el autor de las detonaciones. Por el otro, que la portación del arma de guerra sin la debida autorización legal, obedeció a un estado de emoción violenta que lo afectó.

Adujo que las hipótesis de la defensa resultaban contradictorias y excluyentes entre sí. Alegó, además, que esa parte no acreditó el estado psicológico o emocional, sino que se limitó a invocarlo.

///

A continuación, se refirió al descargo que efectuó el imputado en la audiencia de debate, en el cual identificó a José, alias "El Riojano", como el autor de los disparos.

Luego, señaló que Velásquez al ser interceptado por el cabo Enzo Painefilo negó la portación del arma de fuego incautada.

El titular de la vindicta pública aseveró que se había acreditado que Velásquez se presentó a altas horas de la noche en la vivienda de la familia Almonacid (alias "Los Motorola"); que efectuó varios disparos de arma de fuego contra la vivienda; que luego fue detenido a escasas cuadras del lugar, portando el arma de fuego. Agregó que la experticia balística determinó que las tres vainas servidas halladas en el lugar del hecho, fueron disparadas por el arma que llevaba consigo el acusado y que, el peritaje bioquímico arrojó resultado positivo en cuanto a la presencia de restos de pólvora en ambas manos del inculso.

El Fiscal General refirió que apenas se produjo la aprehensión de Vásquez, unas diez personas comenzaron a arrojar piedras contra los agentes policiales y el patrullero. Que, continuó, los efectivos decidieron trasladar al

///

detenido, con el arma, a la dependencia policial, a fin de preservar la integridad física de todos los involucrados.

Explicó que la premura de la situación impidió designar en el sitio a un testigo de actuación para el secuestro del arma de fuego. Manifestó que la zona tiene una alta conflictividad social y la presencia policial no es bien recibida. De esta manera, -afirmó- la acreditación de la urgencia e imposibilidad de obtener un testigo de actuación, que exige el segundo párrafo del artículo 171 del rito, se cumplió con la declaración de los propios funcionarios policiales que intervinieron en la aprehensión. Puso de resalto que una vez que se superó la situación de violencia, se procedió al formal secuestro del arma de fuego, en presencia de un testigo y de personal de criminalística.

Destacó que resultaba un hecho notorio la hostilidad y antipatía para con la autoridad policial que se patentizaba en ciertas zonas urbanas de Comodoro Rivadavia.

Seguidamente, sostuvo que la a quo incurrió en un error al interpretar la declaración del suboficial principal Juan Colivoro. Expresó que la magistrada infirió que ninguna piedra había

///

sido arrojada, sino que se suspendió el procedimiento regulado por el artículo 171 del ceremonial, de forma preventiva.

Explicó que Colivoro hizo referencia en su deposición a la habitualidad con la que se producían agresiones en perjuicio del personal policial. Señaló que de su declaración surgía que esa madrugada, ante los ataques con piedras, los preventores suspendieron el procedimiento y se trasladaron a la unidad operativa, para desarticular la situación de violencia configurada y evitar mayores consecuencias.

Manifestó que el cabo Enzo Painefilo y el oficial Andrés Rojas ratificaron el ambiente exacerbado que se había generado.

Argumentó que el accionar de los agentes se presentó como la única alternativa válida para evitar resultados trágicos.

En otro tramo, anotó que la defensa esgrimió una segunda nulidad porque al testigo civil de actuación, en cuya presencia se secuestró el arma de fuego y se practicó la prueba de dermonitrotest, no le fue exhibida el arma de mención en el debate, sino sólo los sobres de los secuestros y el acta de inspección. Explicó que como el testigo refirió que no se hallaba en

///

condiciones de reconocer el arma de fuego respectiva, no podía ser compelido a reconocerla.

Sobre el final, señaló que la evidencia reunida permitía aseverar que Velásquez efectuó las detonaciones con el arma de fuego incautada. Alegó que la a quo no valoró todo el material probatorio arrimado al debate, esto es, las experticias balística y bioquímica y la prueba testimonial.

Como corolario, ofreció prueba y efectuó petitorio de estilo.

III. El artículo 378, inciso 2º del Código Procesal Penal habilita al acusador público a interponer el recurso de marras.

No obstante, creo preciso advertir que cuando el reproche es impulsado por el titular de la vindicta, contra un decisorio que desvincula al atribuido, se debe ser muy cauto y actuar con suma severidad.

Sintéticamente, el representante del Ministerio Público Fiscal cuestionó las nulidades decretadas, que condujeron a la absolución de Marcos Enrique Velásquez.

La Jueza de grado declaró nulo el procedimiento de secuestro del arma de fuego (y por derivación, la experticia realizada sobre

///

aquella) en el entendimiento de que no se cumplieron los recaudos previstos en el segundo párrafo del artículo 171 del ceremonial y que la urgencia invocada, no fue lo suficientemente acreditada.

El artículo 171 del Código Procesal Penal, en su primera parte, regula las condiciones y requisitos que deben cumplirse para que proceda la requisa personal.

La misma norma, en su segundo párrafo, determina, como principio general, que la inspección se realizará en presencia de un testigo, que no podrá pertenecer a la policía ni a ninguno de los órganos intervinientes. A continuación, introduce una excepción: salvo en los casos de suma urgencia o imposibilidad de conseguirlo, la que deberá ser acreditada bajo pena de nulidad.

Discrepo de la decisión adoptada por la a quo. En primer término, porque los preceptos legales sobre nulidades deben ser interpretados restrictivamente. Luego, porque juzgo que en el caso se acreditó la situación de excepción prevista por la normativa.

La coyuntura que llevó a la prevención a prescindir de la concurrencia de un testigo, esto es, el ataque con piedras contra los uniformados,

///

brinda razonabilidad a la medida adoptada, más cuando esa ausencia fue remediada en cuanto se trasladó al atribuido a la Comisaría.

No pueden perderse de vista las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la aprehensión del encartado y la incautación del arma de fuego. Los preventores llevaban adelante el procedimiento en una zona con una alta conflictividad social; fueron inmediatamente atacados por los vecinos; ello generó un contexto de hostilidad y agresión, que impedía designar a un testigo de actuación, en el lugar, sin correr riesgos. Por lo tanto, decidieron trasladar a Vásquez a la dependencia policial a fin de desbaratar la violencia generada y evitar consecuencias mayores.

Es decir, los agentes se encontraron inmersos en un escenario de excitación e ira, que ponía en riesgo su integridad y la del detenido. La norma ritual no exige que el daño o la lesión se materialicen, sino que alcanza con una situación de peligro concreto: la inminencia de un daño, no el daño mismo. No es dable exigir que alguien resulte lastimado para que recién entonces opere la excepción.

///

Los funcionarios policiales que intervinieron en la diligencia recrearon esta situación y brindaron una justificación para prescindir de las exigencias legales, que se encuentra contemplada en la norma.

Por lo demás, no se desprende de las actuaciones elemento alguno que lleve a poner en duda los hechos relatados por la prevención o que hayan ocurrido de un modo distinto al que dejaron asentado en el acta.

De modo que la conclusión de la a quo en punto a que lo actuado comprometió garantías y derechos constitucionales del imputado, resulta arbitraria.

IV. No trataré los demás motivos de agravio planteados merced a la solución propiciada.

V. Así las cosas, propicio: a) admitir la impugnación extraordinaria del representante de la vindicta pública (hojas 125/132); b) revocar la resolución N° 3713/2015 de la jueza penal Gladys Mariela Olavarría (folios 110/122 y vuelta), y, c) reenviar a la instancia de origen para la realización de un nuevo debate.

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I) En el voto emitido por mi colega de Sala han sido debidamente expuestos los antecedentes del caso.

///

Ellos están referidos al recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia definitiva obrante a fs. 110/122vta por la que se absuelve a Marcos Enrique Velásquez del delito de Portación de arma de guerra sin la debida autorización legal (Arts. 189 inc. 2 y 4to párrafo, 45 del C.Penal)

La exposición de los extremos antes referidos y la descripción de los agravios del recurrente, me obligan a abstenerme de hacer una ociosa repetición.

II) Resulta admisible el recurso de impugnación extraordinario que trae el acusador, pues su queja encuentra sustento en las previsiones del Art. 378 inc. 2 del CPP: sentencia absolutoria que contradice la postura acusatoria y se pretendió una pena superior a los tres años.

III) El punto fundamental que se intenta revertir es el alcance que el tribunal le dio al proceder policial, en el acto de la incautación del arma de fuego que portaba el inculpado y que, al considerarlo nulo, se arribó por una vía arbitraria, a la desvinculación de Velásquez del proceso.

Las razones invocadas en el escrito y la audiencia respectiva, me llevan a efectuar un detenido análisis de la sentencia recurrida.

En el fallo se describió el hecho imputado y los alegatos que efectuaron las partes al tiempo de finalizar el debate.

A renglón seguido la magistrada da por acreditada la materialidad del hecho y agrega: "He de coincidir con las partes en relación a lo que ambos sostuvieron en sus alegatos finales, que no se ha cuestionado la existencia del hecho, ni la presencia de Velásquez en el lugar del hecho, ni que en su poder se ha encontrado el arma que posteriormente se secuestrara".

Para realizar esta afirmación hecha mano a los testimonios de Delia Noemí Bustamente, el de su esposo Patricio Almonacid, Iris Damaris Bowman, Eloísa de los Angeles Foundez, quienes hicieron referencia a los disparos de arma de fuego que presenciaron, los impactos registrados en la vivienda, y las diligencias de verificación y secuestro de rastros en el sitio efectuados por la

///

policía. En la inspección ocular que cita hace referencia a los impactos de bala, rotura de vidrio y vainas servidas del calibre 32.

Con los elementos probatorios antes señalados, a los que califica de suficientemente claros y contestes, da por acreditado el hecho imputado por el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, cuando tiene que analizar la autoría, afirma que si bien las partes coincidieron - e incluso que el propio imputado lo hizo- en que Velázquez estuvo en el lugar de los hechos y que se disparó un arma en dirección a la vivienda, como cuestión previa debía analizar el acto mediante el cual se realizó el secuestro del arma de fuego en poder del imputado.

Así, comenzó describiendo las circunstancias que los funcionarios explicaron, respecto a que terceras personas arrojaban piedras para impedir el procedimiento policial, y que por ese motivo debieron realizar el acta de secuestro en las dependencias policiales.

No convencida con la explicación, la magistrada sostuvo que la policía se encontraba facultada para realizar la detención y el correspondiente palpado sin orden judicial, pero no lo estaba para realizar el secuestro del arma, al no darse las formalidades que requiere el Art. 171 2do párrafo del CPP.

De esta manera, al entender que en el caso no concurrían los extremos de suma urgencia, es que declaró la nulidad de la incautación del arma de fuego y en su consecuencia de la pericia 243/14.

Así, descartó la configuración del delito de portación de arma de fuego de guerra, y pasó directamente a analizar la existencia del delito de Abuso de armas (art. 104 CP).

En esta tarea hace referencia a los testimonios de quienes presenciaron la balacera pero no pudieron indicar el autor. Agrega que la reacción positiva en ambas manos dictaminada por la Perito bioquímica en el informe de fs. 260/14, es una práctica orientativa pero no arroja certeza sobre la existencia de restos de pólvora en las manos del imputado.

Finalmente agregó que el reconocimiento del imputado de haber estado en el lugar y llevar consigo

///

un arma, es una confesión que resulta trunca pues no se apoya en elementos de prueba. Continúa y asegura que aun, cuando el imputado hubiese asumido la total responsabilidad del hecho, arrogándose la autoría de los disparos, tal confesión no sería suficiente para fundar una condena, ya que sólo se apoyaría en una pericia de dermonitrotest que arrojó resultado positivo, pero que para la perito no arroja certeza sino que es meramente orientativa. Para concluir manifestó que con los elementos de prueba así consignados no resulta posible desvirtuar los dichos del imputado Velasquez, razón por la cual dictó su libre absolución.

Esta síntesis que acabo de enunciar tiene por finalidad demostrar los yerros lógicos que la decisión posee y que la convierte en una flagrante arbitrariedad.

En efecto, retomo el punto donde entiendo que su discurso quebró la logicidad necesaria y que no es otro que las formalidades que exigió al tiempo del secuestro del arma.

Si resultaba estar acreditado la existencia de un ataque armado cuya materialidad describió al comienzo de su análisis y aceptó la existencia de una persecución policial al prevenido en calidad de sospechoso, no era posible limitar la intervención de los funcionarios policiales a solo la detención y el palpado como lo predica.

Si los funcionarios en la tarea prevista en el art. 171 del CPP, presumen la existencia de un elemento peligroso como es un arma de fuego, es su deber funcional desposeer del citado objeto de manera inmediata. Esto debe quedar muy claro. El funcionario no está obligado a tolerar que con ella el sujeto intente una acción que ponga en peligro su integridad física ni de terceros. La suma urgencia de la que habla la norma está más que justificada, no es un objeto cualquiera, se trata de un arma de fuego.

El acta que refleja este proceder es otra cosa. El testigo lo será del acta que se instrumente, no del instante en que quitó el objeto, pues esta acción ya fue llevada a cabo y ya no sería posible exigir a testigo alguno que presencie el momento en que aquello fue realizado. Si por las circunstancias del

///

caso existiere una persona que se encuentre allí, pues bien, será útil para refrendar lo que el acta funcional pretende acreditar. Pero si esto no fuere posible, de ningún modo el proceder funcional resulta ilegal y por ende nulo.

Siendo ello así, resulta absurdo el modo en que fue resuelta esta cuestión, y su posterior desarrollo discursivo se encuentra contaminado de igual arbitrariedad.

No obstante, ha sido llamativo el modo en que la magistrada desfragmentó la valoración probatoria y opuso reparos, no ya a la propia admisión del imputado de haber referido la real existencia de los disparos, a pesar de ponerlos en cabeza de un tercero, la circunstancia de haber poseído efectivamente el arma, sino también aquellos rastros que quedaron en su humanidad como producto de una accionar que se compadecía con la acción descrita por los testigos, la actitud consistente en huir del sitio, etc.

Por todo lo expuesto, y no resultando el pronunciamiento ajustado a una derivación razonable del derecho vigente ni a las circunstancias comprobadas de la causa, el recurso de impugnación extraordinaria deducido por el Ministerio Fiscal merece ser acogido y revocada la sentencia venida en recurso.

Así lo voto.

El juez **Jorge Pflieger** dijo:

I. Prólogo

a. Se ha radicado en la Sala la impugnación extraordinaria interpuesta por el Fiscal General, doctor Julio Argentino Puentes, contra la resolución número 3713/2015 de la jueza penal de Comodoro Rivadavia, Gladys Mariela Olavarría.

En ella se declaró nulo el procedimiento de secuestro del arma tipo pistola calibre 7,65 mm, se nulificó la experticia balística N° 243/14 y se

///

dispuso la absolución de Marcos Enrique Velásquez.

b. Los antecedentes del caso y el contenido del recurso han sido descriptos por el Juez Panizzi acabadamente; de otro lado, en el segundo voto, se han referido párrafos capitales de la sentencia.

No volveré sobre ello, pues cometería la torpeza de la redundancia; sí iré con derechura al tema.

II. La solución.

a. Examinada la cuestión, adelanto que concluiré brindando mi apoyo a las ponencias de los señores ministros.

Ello es así, por cuanto estimo que no se han dado las causales invocadas por la Jueza para decretar la absolución, en especial en lo que atañe a la nulidad del acta de secuestro del arma, luego peritada.

Por lo demás, y con la mira puesta en la evaluación de la prueba, aparece claro que nos hallamos ante un caso palpable de quiebre lógico en el discurso de justificación a causa de la fragmentación del complejo de evidencia en que se sostuvo la acusación fiscal, tal como mis distinguidos colegas han referido.

b. Voy por partes.

He sostenido en causas anteriores, que en materia de nulidades debe andarse con cuidado, pues, por regla ésta sanción procesal es último recurso y se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica.

En otras palabras, la nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama,

///

ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma.

El principio de trascendencia, que de eso se trata, importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene trascendencia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (ver al respecto STJ Misiones 12-12-2001, expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en "Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I" Edgardo Donna- Director, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 569).

En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto- y de modo fundamental de la sentencia que pone fin al proceso, luego del debate oral y público- demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta y que "...de otro modo (la) impugnación carece de justificación que la sustente. Toda nulidad se vincula con la idea de defensa; si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse..." (STJ Santa Cruz, 14-03-2001 "Haro, Víctor Manuel s/ robo calificado por el uso de armas", en la obra citada precedentemente tomo II. pág 498).

c. Las formas, dicho en otras palabras, no se exigen por las formas mismas sino, y ha de tenerse bien en claro, para asegurar la documentación de lo sucedido en aras de evitar la cristalización falsa de un hecho imputativo.

Pero no puede erguirse como un valladar insalvable cuando la ley misma justifica excepcionar una imposición, cuando se dan circunstancias que la demuestran de modo palmario.

Basta una ojeada al art. 171 del C.P.P. para advertir que, en confronte con los hechos declarados, los funcionarios policiales actuaron con apego.

d. La interpretación que realizó el tribunal del suceso en análisis, esto es la necesidad de salir con urgencia del lugar donde habían detenido al sospechoso, para preservar la integridad física de éste y de los agentes, es por lo menos imprecisa.

///

Me refiero a los términos que usó la jueza para descalificar la decisión de la policía actuante.

Entre las tres versiones que examinó, a saber: la de Enzo Painefilo, Andrés Rojas y de Juan Colivoro, existen coincidencias de importancia para verificar la verosimilitud de las declaraciones.

Los tres fueron contestes en la descripción de las circunstancias en que fue ubicado Velásquez en la ocasión: lo encontraron corriendo a tres cuadras de donde había ocurrido la agresión, lo abordaron, y descubrieron que tenía un arma en la cintura, y cuando comenzó a acercarse un grupo de gente que los insultaba, lo esposaron y lo llevaron a la comisaría.

En rigor de verdad, las tres versiones pintaron una misma situación de peligro inminente, que los agentes reconocieron por experiencia.

La expresión de Colivoro: "... siempre que pasa esto tiran piedras, y entonces lo subimos al móvil y lo llevamos hasta la comisaría...", fue decodificada de manera equivocada ya que se interpretó que no se habían lanzado objetos en la ocasión aludida; error lógico si se piensa en que esas circunstancias dieron causa al abandono del sitio de aprehensión por los motivos consignados, y resultaron acorde al relato de los demás, que el propio Tribunal reconoció cuando dejó escrito que: "... Todos estos extremos me hacen suponer que lo más lógico es que haya sucedido lo afirmado por el Oficial Colivoro, quien manifestó que como generalmente en ese barrio se producían pedradas a los móviles policiales y decidieron llevar al detenido hasta la comisaria, antes de que el episodio agresivo sucediera y posiblemente nunca haya sucedido en este caso...".

e. Como bien se ha expresado por el doctor Rebagliati Russell, si se acreditó con grado de verdad la existencia de un ataque armado y se aceptó una persecución policial en contra de una persona luego prevenida, resulta un absurdo pensar que los policías debieron acotar su intervención a la detención y palpado.

Porque dejar en manos de cualquier sospechable un arma, en ese contexto- y me atrevería a decir de cualquier otro- es algo que la norma no desea y por ello las excepciones que describí arriba, pues el

///

sentido común y el fin que la inspira es evitar la mentira, pero a la par asegurar cosas y objetos con los que se perpetra el delito cuando se presentan situaciones que ponen en riesgo la seguridad de los agentes estatales y de los terceros.

f. Si no se ha argumentado que los hechos no fueron de un modo, que las cosas no estaban en posesión de la persona, o aún, que no se dieron circunstancias excepcionales para proceder del modo visto, no hay nulidad.

El doctor Panizzi, lo ha explicado con toda propiedad, y a sus palabras me atengo.

También hallo razón a que no es necesario tratar, luego de esto, los otros agravios.

Por lo expuesto, coincidiendo con las conclusiones de los colegas preopinantes, propicio se admita la impugnación fiscal (fojas 125/132), se revoque la sentencia en crisis N° 3713/2015, de la jueza penal Gladys Mariela Olavarría (folios 110/122 y vuelta), y se reenvíe a la instancia de origen para la realización de un nuevo debate.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria del representante de la vindicta pública de Comodoro Rivadavia (hojas 125/132).

2°) Revocar la resolución N° 3713/2015 de la jueza penal Gladys Mariela Olavarría (folios 110/122 y vuelta).

3°) Reenviar a la instancia de origen para la realización de un nuevo debate.

4°) Protocolícese y notifíquese.-

///

Fdo. Jorge Pflieger-Alejandro Javier Panizzi-
Daniel A. Rebagliati Russell-Ante mi: José A.
Ferreyra Secretario

///