

**Expediente doce mil setecientos cincuenta y nueve.**

**Número de Orden:** \_\_\_\_\_

**M.,L.A S/**

**Libro de Interlocutoria nro.:** \_\_\_\_\_

**abuso de arma agravado**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, al **cuarto día del mes de marzo del año dos mil quince**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (art. 440 del C.P.P.)**, para dictar resolución en la **I.P.P. 12.759/I** caratulada: "**M.,L..A. por abuso de armas agravado**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener este orden **Soumoulou y Barbieri**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

**1º) ¿Es justa la resolución apelada?**

**2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

### **V O T A C I Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE:** A fs. 134/136 y vta. interpone recurso de apelación la señora Agente Fiscal de la Unidad Funcional de Instrucción N° 15 de Flagrancia del Departamento Judicial de Bahía Blanca -doctora Claudia Lorenzo-, contra la resolución dictada por el Titular del Juzgado en lo Correccional nro. 2 -doctor Gabriel Luis Rojas- de fs. 124/125, por la que hizo lugar a la suspensión de juicio a prueba solicitada en favor de L.A.M..

A fs. 141/142 el Sr. Fiscal General Adjunto, mantiene el recurso interpuesto.

Comienzo diciendo que la impugnación fue interpuesta en tiempo y forma, y resulta admisible, pues si bien no está prevista la apelación directa en este

tipo de resoluciones (art. 404 del C.P.P.), ello no conlleva la imposibilidad de recurrir si, tal como lo prevé el art. 439 del C.P.P. se alega y acredita la provocación de gravamen irreparable con la pervivencia de la resolución.

En este caso el rechazo del beneficio no puede ser planteado en el futuro, pues el propio trámite conlleva el camino inexorable del juicio oral y público por lo que se produce un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior. Por lo expuesto me adentraré a resolver el fondo de la cuestión (C.S.J.N. fallos 280:297; 310:1835; 311:358; 314:791 entre otros) y el Tribunal de Casación Provincial (Sala I causa 16.353 del 12/10/04 y 18.508 del 3/5/05).

Se agravia la Fiscalía, al considerar -como lo fundara en la requisitoria de elevación de esta causa a juicio-, que de la investigación surge la autoría del encausado respecto al delito de abuso de armas agravado por abuso de cargo como miembro integrante de la fuerza policial (art. 105 del C.P.).

Explica a partir de la exposición de motivos y debate parlamentario de la ley 25.816, el propósito que tuvo el legislador para aumentar la pena en delitos cometidos por los miembros de las fuerzas de seguridad.

Refiere que en esta clase de delitos se exige que el sujeto activo revista la calidad de integrante de una fuerza de seguridad policial o del servicio penitenciario; que se encuentre en actividad o en retiro activo, ya que si fue exonerado o excluído de la institución pierde esa calidad.

Sostiene que en este caso, el ilícito que se le endilga se llevó a cabo con el arma oficial, la que puede portar por ser miembro de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, abusando de este modo del cargo o su función, aprovechando las facilidades que le otorga la condición que ostenta.

Se agravia entonces, pues se otorga el beneficio (pese estar calificada su conducta como abuso de armas agravado), en contra de lo estipulado en el art. 76 bis, 7mo. párrafo del Código Penal que impide la aplicación del instituto cuando fuere cometido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Analizadas las constancias de la presente causa, lo resuelto por el Sr. Juez a-quo y los argumentos expresados por la Fiscalía, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución en crisis.

Tal como reiteradamente me expidiera en casos similares al presente, he de decir que el artículo 404, segundo párrafo del Código Procesal Penal, establece que la concesión de la suspensión del juicio a prueba, requiere del acuerdo entre el Fiscal y el Defensor, siendo vinculante el mismo para el Juez, salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas, y que dicha conformidad se encuentra establecida también en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal.

Surge de las presentes actuaciones, que al momento de formular requisitoria de elevación a juicio (fs. 103/107), la señora Agente Fiscal, doctora Claudia Lorenzo encuadra la conducta atribuída a L.M. como constitutiva del delito abuso de armas agravado por abuso de su cargo como miembro integrante de la fuerza policial, en los términos del art. 105 en función del art. 80 inciso 9 del Código Penal, y funda su posición en la exposición de motivos y del debate parlamentario que promulgó la ley 25.816, indicando que en este caso, el delito fue cometido con un arma oficial, y que abusa del cargo o de la función, quien aprovecha las facilidades que le otorga su condición de oficial de la policía de la Provincia de Buenos Aires., citando jurisprudencia en abono de su posición.

En el marco de la audiencia de finalización exigida por el procedimiento de flagrancia (fs. 108), y ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo, la señora Agente Fiscal mantiene la calificación asignada a los hechos investigados, y solicita se eleven las presentes actuaciones.

Radicada la causa en el juzgado correccional, y en oportunidad de la realización de la audiencia preliminar establecida en el art. 17 de la ley 13.811 (fs. 118), la defensa solicita la suspensión del proceso a prueba en favor de su asistido, por entender que el hecho se cometió no como funcionario en ejercicio de sus funciones.

Por su parte el doctor Eduardo Quirós, expresa que se opone a la

concesión del beneficio, indicando que se remite a la fundamentación del concepto de funcionario público realizada al momento de la calificar el hecho en la requisitoria.

Estimo en primer lugar que la calificación legal sostenida por la Agencia Fiscal en la requisitoria de la elevación a juicio (fs. 103/107), y mantenida en la audiencia preliminar de fs. 118, configura a mi entender una oposición que no sólo ha sido debidamente fundada según criterios de legalidad y razonabilidad, sino que además tiene carácter vinculante.

El artículo 76 bis séptimo párrafo del Código Penal, establece que *"...no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito..."*.

En este caso, el procesado al momento del hecho resultaba ser efectivo de la policía de la Provincia de Buenos Aires, con jerarquía de Oficial -legajo 181.237 (agregado en copia a fs. 95/98)-, conforme lo informa el Jefe de la Jefatura Departamental Bahía Blanca, comisario Martín Luna a fs. 78.

De esta forma se encuentra acreditado que el encausado es funcionario público en los términos del art. 77 del Código Penal, restando determinar si el hecho lo cometió en ejercicio de sus funciones.

Así, de las piezas probatorias agregadas a esta causa, surge que M. en el momento del hecho se identifica como policía, tal como se desprende de las declaraciones testimoniales vertidas por una de las víctimas M.J., quien relata que luego de insultar a su amiga -E.Z.-, el encausado lo invita a pelear y él acepta, y que *"...al aproximarse observa que el sujeto extrae de entre sus prendas precisamente de su cintura un arma de fuego la cual carga, esgrimiendo el arma hacia arriba efectúa un disparo, refiriendo a viva voz "SOY POLICIA"..."* (fs. 55 en sede policial); y que fuera ratificado en forma coincidente en la Fiscalía a fs. 68, cuando esgrime que *"...me le acercó y cuando estoy a tres metros de distancia veo que este sujeto saca un arma de la cintura y automáticamente tira un tiro al aire, después me apuntó y me dijo que era policía, luego apuntó al piso a la altura de los pies e hizo tres disparos más..."*.

Asimismo, el arma secuestrada en el hecho (acta de fs. 1/2) de marca Taurus 9mm, con numeración serie TBV 45628 pertenece a la Policía de la Provincia de Buenos Aires, lo que resulta confirmado por el dictamen técnico obrante a fs. 24 y la pericia balística de fs. 48.

En cuanto aquí interesa y acerca del giro "en ejercicio de sus funciones", la jurisprudencia ha señalado que *"...la regla en cuestión, no atrapa sólo a hechos delictivos funcionales –delitos especiales–, vale decir, a aquellos atentados contra la Administración Pública que exijan la calidad funcional del autor, sino a todos aquellos que se cometan en el desempeño de las funciones que le son propias (...) en tales casos, aparece el efectivo interés del Estado en la realización del juicio, a fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que determine la existencia del hecho, la participación del imputado y en su caso, la pena correspondiente (...) el legislador ha efectuado dicha exclusión, fundándose en razones de transparencia funcional que se vinculan con la calidad de funcionario y la oportunidad de comisión del delito, aun cuando éste no sea propiamente un 'delito de funcionarios'. De ello se sigue que cuando en el desempeño del cargo un funcionario comete cualquier delito (abuso de armas y daño), el legislador no ha optado por el camino que implica la suspensión del juicio a prueba (...) en forma inequívoca se excluye del beneficio (...) a los funcionarios públicos que, en ejercicio de sus funciones hubiesen participado en un delito, en referencia a cualquier hecho punible. Ello así, pues (...) la norma atrapa a todo ilícito que pueda ser considerado como un abuso de poder en el desempeño de las legítimas funciones atribuidas al funcionario público de que se trate y no sólo a aquel relativo a actos que caigan dentro de la competencia del sujeto activo, pues difícilmente esa competencia comprenda la realización de hechos punibles..."* Trib. Sup. Just. Córdoba, sala penal, "Aráoz, Aldo W.", rta. El 1/4/2003.

Por otra parte, el artículo 14 de la ley 13982 indica que *"...se halla en servicio activo, el personal que ejerce funciones ordinarias inherentes a su grado y cargo; y quien desempeñe comisiones de servicio..."*.

Además, su decreto reglamentario nro. 1050/09 en el artículo 31

*establece que "...las características del estado policial son permanentes. No se limitan al tiempo de servicio diario ni a la sección u oficina a la que se hallan destinados; comprenden igualmente las horas francas en las que podrá tomar la intervención a la que alude el artículo 11 inciso e) de la "Ley de Personal" y deberá acudir con prontitud al llamado del superior cuando ello obedezca exclusivamente a razones de fuerza mayor y seguridad que así lo requieran, tales como casos de conmoción interna, catástrofes, emergencias u otras que hagan indispensable la prestación de servicios por parte del agente...".*

Conforme lo expuesto, en el presente caso, L.M. -Oficial de policía de la Provincia de Buenos Aires-, no sólo es un funcionario público (conforme lo establece el art. 77 del C.P.), que portaba un arma reglamentaria, sino que además, se halla en situación de revista activo en función de disponible (conforme el informe de fs. 78), y se identificó ante una de las víctimas como policía, ejerciendo de esta forma un abuso en el ejercicio de las funciones que le son propias como integrante de las fuerzas de seguridad de esta provincia (art. 11 de la ley 13982).

De modo que, a la luz de la norma contenida en el artículo 76 bis, séptimo párrafo del Código Penal, el supuesto bajo análisis, queda excluido en forma específica para la procedencia del instituto de la suspensión del proceso a prueba.

Siendo ello así, las motivaciones, se compartan o no, impiden considerar que la postura asumida por el Sr. representante de la vindicta pública sea fruto de la irracionalidad, el absurdo o la arbitrariedad.

Conforme lo expuesto, entiendo que la oposición Fiscal al beneficio requerido se ha basado en cuestiones que forman parte de su exclusiva esfera de competencia y que se encuentra debidamente fundada (art. 6, 404 C.P.P. y 76 bis del C.P.).

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo revocar la suspensión del juicio a prueba dictada en favor de L.A.M..

Con este alcance, voto por la negativa.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE:** Adhiero al voto del doctor **Soumoulou**, sufragando en el mismo sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU DIJO:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde **revocar** la resolución de fs. 124/125, dictada por el Titular del Juzgado en lo Correccional nro. 2 Departamental, doctor Gabriel Rojas (arts. 76 7mo. párrafo del Código Penal; 404, 439, 440 y 447 del C.P.P.).

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE:** Adhiero al voto del doctor **Soumoulou**, sufragando en el mismo sentido.

**Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.**

### **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca, marzo 4 de 2.015.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto: **que no es justa la resolución de fs. 124/125.**

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, este **TRIBUNAL RESUELVE: REVOCAR** la resolución de fs. 124/125, dictada por el Titular del Juzgado en lo Correccional nro. 2 Departamental, doctor Gabriel Rojas (arts. 76 7mo. párrafo

del Código Penal; 404, 439, 440 y 447 del C.P.P.).

Comunicar el contenido al Sr. Jefe de Policía Departamental, al Sr. Intendente de la Municipalidad de Punta Alta y al Ministerio de Seguridad Provincial a los fines que estimen corresponder.

Notificar. Hecho remítase al Juzgado de origen.