

En la ciudad de Mar del Plata a los 18 días del mes de noviembre de 2013, siendo las 12.30 horas, integrado el Tribunal Criminal n° 1 en forma *unipersonal* por el Sr. Juez Juan Facundo Gómez Urso, de acuerdo con lo establecido por el art. 22 del CPP (reformado por ley 13.943), se constituye en la sala de audiencias, conforme lo prevé el art. 374 del mismo cuerpo normativo, a fin de proceder a la lectura de los fundamentos del veredicto y la respectiva sentencia en relación al juicio oral y público que se celebrara los días 11, 12, 13, 14 y 15 del corriente mes y año en causa **N° 4.146**, seguida a **MIGUEL ÁNGEL PAIZ** por los delitos de **PORTACIÓN ILEGÍTIMA DE ARMA DE GUERRA Y ENCUBRIMIENTO EN CONCURSO REAL**.

A tal fin, entiendo pertinente plantear y tratar la siguiente **CUESTIÓN:**

¿Es razonable y fundada la decisión del Ministerio Fiscal de no formular acusación?

1. El Dr. Daniel Vicente dictaminó de conformidad con lo prescripto por el art. 368 último párrafo del CPP, según ley 13.943, declinando su potestad acusatoria en virtud de considerar que el procedimiento policial resultaría inválido por incumplir la tarea de secuestro en presencia de un testigo ajeno a la repartición policial.

2. El Sr. Defensor, Dr. Javier De la Tore, adhirió en todos sus términos al dictamen fiscal.

3. Aún cuando la norma citada (CPP 368 último párrafo), al menos literalmente, no autoriza otra alternativa que la absolución petitionada, compete al tribunal ejercer un control de legalidad y de razonabilidad, sin el cual la decisión del Ministerio Público Fiscal supondría la consagración de un principio de oportunidad irrestricto, contrario a los principios de inderogabilidad de la jurisdicción penal y sujeción a la ley de toda función judicial, reglas sobre las que se asienta el sistema procesal.

Dicha inderogabilidad implica, en palabras de Ferrajoli, la "infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías"¹.

La razonabilidad de cualquier dictamen estatal importa e impone descartar cualquier resquicio de arbitrariedad, es decir, rechazar toda solicitud o requerimiento que derive de una evaluación carente de datos objetivos y que desconozca la vigencia de las reglas de la lógica, de la experiencia y del razonamiento judicial.

Román Lanzón² explica que *"el tribunal enjuiciador no debe absolver ante "cualquier" pedido fiscal absolutorio, puesto que se impone ejercer un debido control de legalidad y razonabilidad del alegato que postula una resolución que declare la falta de culpabilidad. En tal sentido, si el fiscal al momento de alegar es arbitrario debido a que no valora,*

¹ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1997, p. 749.

² La pretensión desincriminante del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires 2009, pp. 107-108.

por ejemplo, una prueba de cargo esencial, deja de lado una importante prueba o toma en cuenta una que resulta intrascendente, o bien su criterio es autocontradictorio, infundado, etc., el tribunal podrá decretar la nulidad de dicho alegato".

A su vez, cabe destacar que la petición de una absolución, en tanto se trata de una conclusión, debe reunir las condiciones prescriptas por el art. 56 del CPP ("formulará motivadamente sus requerimientos y conclusiones"), bajo sanción de nulidad, de acuerdo a lo establecido en los artículos 201, 202 inc. 2º, 203 y concordantes.

Dicha motivación es derivación de la forma republicana de gobierno, tal como se desprende del art. 1 de la Constitución Nacional. La república impone que todo acto de gestión estatal exprese sus fundamentos y razones, único medio de controlar la actividad pública y de, eventualmente, responsabilizar al funcionario actuante ante cualquier incumplimiento³.

En este sentido, es dable destacar que los dos principios cardinales que presiden la reglamentación de los derechos, deberes y garantías constitucionales son el de legalidad y el de razonabilidad.

El principio de legalidad importa la existencia de una norma jurídica que constituya y configure la reglamentación de previsiones constitucionales. En el caso de la reglamentación por ley del Congreso, el principio de legalidad se apoya, esencialmente, en los artículos 14 ("Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber:..."), 18 ("Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...") y 19 segundo párrafo ("Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe").

Si la reglamentación corresponde al Poder Ejecutivo –en cuanto a las leyes, no ya respecto de derechos y garantías constitucionales– la legalidad se basa en la primera parte del inc. 2º del art. 99 constitucional, cuando dispone que el Presidente de la Nación "expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación...".

El principio de razonabilidad determina que toda reglamentación –sea legislativa o ejecutiva– debe ser razonable, es decir, adecuada al espíritu y letra de las normas constitucionales supremas. El art. 28 de la CN establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". A su turno, el art. 99 inc. 2º de la CN dispone que las instrucciones y reglamentos que decreta el Poder Ejecutivo procurarán "no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

³ D'Albora Francisco J., Código procesal penal de la Nación. Anotado. Comentario. Concordado, 4º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 159.

Se advierte así que la razonabilidad es un estándar axiológico, un módulo de justicia que nos ayuda a determinar lo axiológicamente válido del orden jurídico, según las circunstancias del caso y en función de todos los valores. Llevada esta fórmula al plano constitucional, ella adquiere un rol propio a través del "control de razonabilidad" y se presenta con todo el vigor de una garantía constitucional implícita y específica, manifiesta de la superlativa garantía del "control de constitucionalidad" y de la "supremacía constitucional" en que se funda. En fin, desentrañar la razonabilidad de una norma reglamentaria o de las circunstancias de su aplicación, es asegurar su constitucionalidad, para que la ley suprema vivifique la conciencia jurídica de la sociedad en el afianzamiento de la justicia preambular⁴.

4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Mostaccio", de fecha 17/2/2004 (M. 528, XXXV, "Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo"), retomó la doctrina del caso "Tarifeño" del 28 de diciembre de 1989 ("Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", Fallos: 325:2019), en la que sentó el criterio de la nulidad de la sentencia condenatoria cuando el representante del Ministerio Público hubiera solicitado la absolución del imputado.

Es cierto que el art. 368 del CPPBA contiene una regla clara en cuanto a la solución de la absolución, sin embargo, los criterios expuestos por nuestro máximo tribunal nacional, en base a las previsiones del CPPN, resultan de utilidad para interpretar el tópico, pues, potencialmente, aquella disposición procesal podría contener algún germen de inconstitucionalidad.

Del mismo modo se expidió la CSJN en autos "Marcilese" (M. 886, XXXVI, "Marcilese, Pedro Julio y otro s/homicidio calificado", Fallos 325:2005) y "Santillán" (Fallos: 321:2021), casos en los que la Corte indicó que la exigencia de la acusación, como forma sustancial de todo proceso penal (acusación, defensa, prueba y sentencia), salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin distinción del carácter público o privado de quien la formula; en igual sentido en causas "García" (Fallos: 317:2043), "Cattonar" (Fallos: 318:1234), "Montero" (Fallos: 318:1788) y "Cáseres" (Fallos: 320:1891).

En el caso "Mostaccio", al reasumirse el criterio de "Tarifeño", tuvieron incidencia los votos de los Señores Jueces Petracchi, Zaffaroni, Belluscio, Boggiano y Maqueda, en tanto que Carlos Fayt y Adolfo Vázquez votaron en disidencia manteniendo el criterio que ellos mismos adoptaran en sus respectivas disidencias en causa "Marcilese".

5.1. El diccionario de la Real Academia Española (22^o edición) define la expresión testigo como la persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo.

⁴ Haro, Ricardo, "La razonabilidad y las funciones de control", revista Ius et Praxis, año 7, N^o 2, pp. 1797-186, Universidad de Talca, Chile, 2001.

Se denomina indistintamente testigo de procedimiento o de actuación a la persona previamente convocada ante quien se desenvuelve y desarrolla una concreta actividad dentro del proceso penal (policial o judicial) o un segmento de ella.

Puede asumir el rol de testigo cualquier persona, salvo aquellas excepciones establecidas en la ley. En nuestra provincia, según lo prescripto por el art. 120 del CPPBA: "No podrán ser testigos de actuación los menores de dieciséis (16) años, los dementes ni los que en el momento del acto se encuentren en estado de inconsciencia o alienación mental".

El art. 117 del CPPBA dispone: "Regla general. Cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, redactará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este capítulo. A tal efecto, el Juez o Tribunal serán asistidos por un Secretario, mientras que el Agente Fiscal lo será, en la medida que sea posible, por un Secretario, un ayudante Fiscal o un Oficial de la Policía Judicial o Administrativa; el Juez de Paz y los Oficiales o Auxiliares de Policía, por un testigo que, si es factible, sea extraño a la repartición policial. Los testigos deberán estar presentes durante todo el trámite del acto".

"La imposibilidad de asistencia por un funcionario o testigo deberá ser expresamente señalada, al igual que sus causas determinantes".

El testigo de procedimiento, en primer lugar, es un testigo, es decir, alguien que cuenta con información relevante para el proceso y que se encuentra obligado a declarar (CPP 232), incurriendo en el delito de falso testimonio en caso de mentir u ocultar la verdad (CP 275).

En segundo lugar, el testigo de procedimiento interviene como un auditor o controlador que certifica la transparencia del accionar policial.

El testigo de procedimiento no asegura la legalidad del acto, porque no es ese su rol; únicamente debe observar y percibir la totalidad de la actuación policial que tuviera ante sí. El testigo de procedimiento sólo observa, percibe y luego declara en consecuencia, por supuesto, siempre que los funcionarios policiales le hubieran informado el rol a cumplir y exhibido o mostrado los efectos a secuestrar o el escenario del procedimiento a corroborar.

El testigo de procedimiento no es garante del legítimo actuar policial; si la policía realiza un procedimiento irregular o comete algún error, no será el testigo quien deba corregir o encaminar el procedimiento. Al contrario, su función consistirá en observar todo aquello que el imputado detenido o su defensor no pudieran controlar.

El citado art. 117 establece que cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia redactará un acta; los funcionarios policiales **serán asistidos** por un testigo que, en lo posible, deberá ser extraño a la repartición policial.

La última parte del art. 117 del CPPBA determina que "Los testigos deberán estar presentes durante todo el trámite del acto".

5.2. El caso que nos ocupa es de **suma gravedad**, porque no se trata de una simple omisión formal, ni de la imposibilidad de contar con un testigo, sino de una flagrante y clara actividad irregular llevada a cabo por el personal policial interviniente, en tanto los mismos convocaron a una persona, el Sr. Carlos Alves, para **simular** su actuación como testigo del procedimiento, requiriéndole sólo sus datos personales e invitándolo a que continuara su camino, sin mostrarle, exhibirle o hacerlo participar de ninguna manera del procedimiento iniciado.

Se trata, tal como lo señalara el Dr. Vicente durante sus alegatos, de una de las **peores prácticas policiales posibles**.

Vaya a saber con qué fin ulterior, pero con conocimiento pleno de la irregularidad e incumplimiento de sus deberes que en ese mismo instante cometían, los funcionarios policiales no sólo omitieron convocar a un testigo para garantizar la legalidad y transparencia del procedimiento (algo que, a esta altura, resulta turbio y borroso), sino que, dolosamente, trataron de hacer "**trampa**", insertando en el acta de procedimiento datos falsos en cuanto a la intervención del Sr. Alves, quien no tenía ninguna obligación ni responsabilidad funcional como para corregir o salvar tan grave incumplimiento policial.

Se trató, además, de una tarea extremadamente simple y popularmente conocida. Y digo popularmente porque la presencia de un testigo para garantizar la regularidad y legalidad de todo procedimiento policial se presenta como un paso casi inexorable en tal sentido y reconocida inclusive por cualquier lego.

Sin embargo, aún sin ningún tipo de riesgo para el procedimiento, dado que, en primer lugar, el hallazgo del arma se produjo a unos 100 metros del lugar de aprehensión del imputado y, en segundo lugar, porque la supuesta resistencia que opusiera fue controlada y reducida de inmediato, dada la intervención del padre de Paiz, circunstancia reconocida por todos los efectivos policiales actuantes (Uviedo, Otero y Badoza), se simuló deliberadamente la presencia de un testigo que nunca existió como tal.

Claramente aquí no se dio el supuesto previsto por la primera parte del art. 118 del CPPBA: "Las actas deberán contener el lugar, la fecha, el nombre y apellido de las personas que intervienen; el motivo que haya impedido, en su caso, la intervención de las personas obligadas a asistir, la indicación de las diligencias realizadas y su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento y si las dictaron los declarantes", toda vez que el procedimiento se materializó a las 16:30 horas de un día sábado (24/11/2012) en una zona altamente transitada y poblada de la ciudad (tan así fue que había gente reunida junto a los patrulleros y, de hecho, Carlos Alves pasó por allí caminando con sus hijos).

Concuerdo con el Dr. Vicente, se trata de una de las peores prácticas policiales, consistente en tomar los datos de cualquier individuo que pase cerca del procedimiento, anotarlos, "hacer de cuenta" que interviene como testigo, volcar dicha falsedad en el acta respectiva y luego, ge-

neralmente en horas de la noche, cuando se sabe que quien debe firmar no va a tomarse el tiempo ni para leer ni para preguntar de qué se trata, el personal policial se presenta en el domicilio del falso testigo y le requiere que firme, sin más.

5. 3. La absoluta e insalvable irregularidad del procedimiento policial no surge exclusivamente de la declaración del Sr. Alves, testigo creíble y desinteresado, sino de las inconsistentes y contradictorias versiones brindadas por los mismos funcionarios policiales intervinientes, quienes no supieron ni pudieron explicar de qué modo y en qué condiciones fue hallada, obtenida e incautada el arma que presuntamente arrojara el imputado Paiz.

Corresponde destacar también el **absoluto desconocimiento evidenciado por los efectivos policiales en relación a los protocolos de preservación de evidencias y al resguardo de las respectivas cadenas de custodia en cada caso.**

5. 3. 1. Los desarticulados testimonios del personal policial.

Concentrándome en la instancia del supuesto hallazgo y secuestro del arma de fuego, mencionaré las diferentes visiones de los funcionarios policiales.

JUAN CARLOS UVIEDO dijo textualmente: "yo no pude ir hasta donde estaba el arma... después supe que lo que habían arrojado era una pistola Browning 9 mm, la secuestró mi compañero".

El compañero de móvil de Uviedo, **PABLO EXEQUIEL BADOZA**, señaló: "yo no vi que arrojaran nada".

Una vez instalado el procedimiento, donde se ubicaran los patrulleros y las personas aprehendidas, dijo Badoza: "a Uviedo lo perdí de vista y volvió y me dijo "esto es lo que tiraron", él traía un arma de fuego, no recuerdo la marca, pero era un calibre 9 mm., una pistola, era un arma oscura".

Exactamente en contra de lo declarado por Uviedo, quien alegó no haber ido hasta donde estaba el arma, Badoza afirmó haber perdido de vista a Uviedo (algo extraño si se tienen en cuenta todas las circunstancias que rodearon al procedimiento) y verlo volver **con el arma en su poder** ("él traía un arma de fuego").

MARISA FABIANA MAMANI llegó en apoyo junto al Teniente Otero; declaró que Uviedo le indicó que "a unos 80 metros habían tirado algo", afirmando que Otero se quedó con Uviedo y con Badoza para ayudarlos "porque los detenidos forcejeaban".

Respecto del arma dijo Mamani que estaba **"toda desarmada"**. Señaló que era una Browning de policía, con el cargador afuera y las balas tiradas, "dos o tres balas en el piso, el cargador tenía más municiones, el arma estaba completa".

Poco probable resulta que un arma se desarme en tales condiciones, menos aún cuando la misma sólo pudo caer en el pasto, dado que en dicha arteria y a esa altura no existen veredas ni construcciones próximas.

Además, según Mamani sólo se salió el cargador y, como veremos, según Otero se salió "la tapita del cargador", algo absolutamente incompatible no sólo con el arma efectivamente "incautada" (al menos la que llegó a manos del Fiscal), porque esta estaba en perfectas condiciones (así fue exhibida durante el juicio) y la tapita del cargador no tenía ningún daño ni raspón, sino también con la descripción que brindaran Mamani y Otero, pues si se hubiese salido esa tapita no hubiese quedado ningún proyectil, en tanto se hubiese salido también el resorte del mismo, perdiéndose así todas las balas.

En cuanto al testigo del procedimiento afirmó: "llamé a una persona que pasaba por el lugar como testigo, le tomé los datos para ubicarlo después porque todo era muy confuso, al hombre le mostré todo cómo estaba, le tomé los datos rápido, levanté todo y fui al móvil".

Ninguna explicación ni justificación tiene que haya tomado los datos tan rápidamente y que hiciera todo a las apuradas, ya que el único conflicto que se había suscitado, debidamente controlado según las explicaciones de todos los policías, ocurrió a unos 80 o 100 metros de donde fuera hallada el arma.

Por lo tanto, el segmento del procedimiento destinado al secuestro en ningún momento corrió peligro o riesgo alguno. Es más, el propio Alves indicó que al seguir caminando y pasar por esa zona, aunque él nunca supo que, supuestamente, allí se había secuestrado un arma, estaba todo tranquilo.

Por fuera del escenario de la aprehensión no hubo ningún tipo de inconveniente, porque no existió motivo alguno ni los funcionarios que declararan alegaron dificultades al respecto.

Mamani también señaló que Uviedo le había dicho que fuera a buscar un arma, en contra de lo que el mismo Uviedo declarara, quien afirmó que no supo de qué se trataba lo que fuera arrojado previamente.

Finalmente, Mamani admitió desconocer la existencia y vigencia de protocolos para el levantamiento de armas, dado que, según declarara, ella la tomó y se retiró, llegando inclusive a la comisaría **con un proyectil en la recámara de la pistola.**

De tal modo, evidenció un desprecio absoluto por toda cautela, precaución y deber de cuidado respecto de la recolección y secuestro de evidencias (en este caso, de un arma de fuego), habiendo afirmado, inclusive, que la pistola tenía la corredera hacia atrás y, a la vez, que tenía bala en recámara, algo totalmente incompatible e imposible de materializarse.

GREGORIO ABEL OTERO llegó en apoyo con Mamani, dijo que Uviedo y su compañero estaban identificando a dos personas y que les indicaron que revisaran a unos 100 metros para el lado de Peralta Ramos, porque los dos identificados se habrían descartado de algo.

Señaló Otero que encontraron "una pistola Browning, del asfalto a unos metros hacia el descampado, sobre el pasto, se le había salido la tapita del cargador... el cargador estaba colocado, yo dejé a mi compa-

ñera para que hiciera el acta de secuestro, hasta ese momento nadie tocó el arma, en realidad no lo recuerdo, le soy sincero".

Otero fue sincero pero discordante con el testimonio de su compañera Mamani, algo extraño dado que se supone que los dos son profesionales en su tarea de prevención y seguridad y que deberían estar preparados y atentos para "escanear" todo escenario posible, entre ellos, el hallazgo de un arma y, sin embargo, Mamani vio la pistola sin su cargador con dos o tres balas afuera, en tanto Otero vio el arma con el cargador puesto pero sin la tapita de abajo, lo que debió implicar, sin ninguna alternativa posible, que todas las balas hubiesen estado esparcidas por el pasto.

Pues bien, de los dos únicos testigos que, presuntamente, vieron el arma (únicos porque, como veremos, el Sr. Alves no vio absolutamente nada) no se puede sacar una conclusión medianamente uniforme, pues los dos visualizaron imágenes distintas.

Al igual que Mamani, Otero dijo **"no tenemos protocolo para levantar armas, secuestramos el arma y ya..."**. La verdad es que la sinceridad de Otero supera cualquier parodia al respecto, pues reconocer que no tienen ningún protocolo y, acto seguido, afirmar que secuestran el arma "y ya..." resulta no sólo preocupante, sino demostrativo del altísimo déficit de capacitación y profesionalismo que evidencia el personal policial en muchos casos.

En síntesis, las declaraciones del personal policial interviniente resultan confusas y contradictorias entre sí:

- Mamani afirmó que ella la levantó en el lugar del hallazgo, Badoza declaró que Uviedo la tenía y que la llevó hasta el lugar de aprehensión.
- Las imágenes descritas por Mamani y Otero en relación al arma hallada en el pasto (ciertamente un escenario que no presentó dificultades ni complejidades para el campo visual) resultan incompatibles.
- El arma cayó en el pasto, por lo que difícilmente pudiera desarmarse, menos aún del modo indicado por Otero, dado que, al mismo tiempo que declaraba, el Fiscal le estaba exhibiendo el arma secuestrada sin ningún daño en la tapita del cargador.
- El secuestro fue a 100 metros del lugar de aprehensión, en ningún momento el conflicto se trasladó al lugar del arma, es decir, no hubo riesgo alguno para el acto de secuestro.
- Mamani dijo haberle exhibido todo al testigo, pero no sólo el testigo dijo que no vio nada, sino que, a esta altura, no puede saberse si ella o Uviedo tuvieron el arma, ya sea en el lugar donde fuera hallada o, como dijo Badoza, junto a los aprehendidos acercada por el propio Uviedo.
- No se respetó ningún protocolo de levantamiento de evidencias ni se llevaron a cabo diligencias cuidadosas y prolijas al respecto.
- Mamani evidenció un desconocimiento absoluto en cuanto a la manipulación de armas de fuego, lo que no sólo conlleva un riesgo

en relación al arma que ella misma porta, sino también respecto de la prueba que pudiera recolectar a futuro, dado que, como bien señaló el Dr. Vicente, ella llevó el arma con bala en recámara hasta la misma comisaría.

5. 3. 2. La declaración del Sr. Carlos Alves.

Como señalé anteriormente, la clara irregularidad del proceder policial no se comprobó exclusivamente con el testimonio del **SR. CARLOS ROGELIO ALVES DE OLIVEIRA** sino, desde el principio, con las incompatibles versiones que brindaran los propios funcionarios policiales en relación al supuesto hallazgo de la pistola 9 mm.

Declaró Alves: "yo pasaba por ese lugar, iba con mis hijos caminando, vi que sobre la 47 había movimiento y patrulleros, cuando pasé me paró la policía, una policía y un policía, me pararon, me pidieron mis datos personales por el procedimiento que estaban haciendo, me pidieron mi nombre y mi dirección, después seguí caminando, no recuerdo si iba al banco, no me llevaron a ningún lado a ver nada, no me mostraron nada, vi el movimiento, que había tipo procedimiento, estaba la policía, había discusiones, pero no me mostraron nada".

Agregó luego: "yo venía desde Polonia hacia Peralta Ramos, iba caminando, me pararon pasando unos metros de donde estaban los patrulleros, más adelante no había nada, en la cuadra que seguí caminando ya no había ningún policía". Esto delimita claramente la ubicación del personal policial, al menos en ese momento estaban todos junto a los aprehendidos, ya que Alves aseguró que al seguir caminando, o sea, yendo hacia donde supuestamente estaba el arma incautada, ya no había ningún policía.

Interrogado por el Fiscal ratificó: "no me mostraron ningún arma de fuego... después aparecieron en mi casa, a la noche, me dijeron "firmá acá" y yo firmé, la policía de sexo femenino no estaba, me dijeron "firmá, firmá" y yo firmé y nada más".

Reconoció su firma a fs. 1vta., 2vta., 3vta. y 18, recordando que había firmado pocos papeles que no pudo leer porque sólo le permitieron firmar, refiriendo que fueron de noche a su casa para que firmara, "no me dieron ni tiempo ni la posibilidad de leer nada, no pasaron a mi casa, firmé en el portón cerca de la vereda".

6. La postura del Sr. Fiscal.

En base a semejantes irregularidades, el Dr. Vicente solicitó que se declarara la nulidad del procedimiento policial, señalando: "**no puedo fundar una acusación válida sobre un procedimiento inválido... la nulidad se funda en que el objeto no ha sido obtenido lícitamente**".

Afirmó el Sr. Fiscal: "la policía actuó mal, el personal policial no tenía ningún apremio en relación a lo que ocurría a unos cien metros, la Oficial Mamani, teniendo todas las posibilidades de llevar a cabo un secuestro conforme la legislación y criterios vigentes, lo hizo mal, no requirió a un testigo para secuestrar algo que estaba tirado en el piso, no había ningún riesgo, sólo tenía que ir con el testigo para que lo viera...

además, tuvo que tomar medidas de seguridad que no tomó, por ejemplo, descargar el arma, algo que no hizo, la llevaron montada, con bala en recámara, hasta la comisaría, no sólo hizo el secuestro sin las previsiones de tener un testigo ajeno sino además, en contra de su propia seguridad, llevó el arma cargada hasta la comisaría".

Luego añadió: "lo que importa es que aquel objeto de portación prohibida no puede ser considerado en el debate porque no fue incautado legalmente, no hubo testigo, Alves fue claro, no le exhibieron nada, no vio nada de nada, se trató de **la peor de las prácticas posibles**".

Los pedidos de nulidad, de libre absolución y la libertad de Paiz requeridos por el Sr. Fiscal fueron acompañados por el Dr. De la Tore.

7. Las graves irregularidades del procedimiento policial.

Corresponde concluir sin ningún esfuerzo en la nulidad absoluta del procedimiento policial.

Sin embargo, a diferencia de lo afirmado por el Sr. Fiscal, entiendo que **no se trató sólo de un procedimiento llevado a cabo sin testigo, sino de un procedimiento en el cual el personal policial simuló que hubo un testigo presente durante la supuesta incautación de un arma de fuego**, tal lo asentado por los funcionarios policiales en el acta de fs. 1/3vta. y lo declarado durante el juicio.

La gravedad del presente caso es tal que impone no sólo la nulidad del procedimiento y de todos los actos consecuentes y dependientes, sino una seria investigación sobre las circunstancias del caso, en tanto, a simple vista, cabe afirmar que se han cometido distintos ilícitos dolosos.

8. Así entonces he de compartir el criterio del Dr. Vicente y, luego de analizar la razonabilidad de su postulación, disponer la desvinculación definitiva del Sr. Miguel Ángel Paiz respecto del presente proceso penal.

El planteo de nulidad debe ser analizado a partir del principio general que regula el instituto de la invalidación de los actos procesales, esto es, la existencia de un vicio que revista trascendencia y que afecte un principio constitucional. Ello sólo se configura si en el caso concreto se ha generado un perjuicio y éste no ha sido subsanado (CPP 201, 203, 207 y ccds.).

Las formas procesales operan como garantía para el imputado y no como un mero formato estético para su realización.

Las formas procesales concretan las garantías fundamentales y su incumplimiento genera, consecuentemente, la vulneración de las mismas.

La presencia de testigos ajenos a la repartición, de acuerdo con lo prescripto por el art. 117 del CPP, tiene como fundamento la necesidad de controlar actos estatales de los que pudieran derivarse perjuicios para el imputado.

La presencia de testigos procura resguardar no sólo la formalidad, sino también la regularidad y transparencia del acto respectivo.

Asimismo, reconocida la insalvable nulidad del procedimiento policial en el presente caso, resta determinar si se presentan lo que en doctrina se denominan "excepciones a la prueba ilícita", "de manera de po-

der afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esta prueba será válida... ese curso de prueba alternativo debe constar en la causa de manera que sea claro que el mismo no es una invención a posteriori de quien pretende invocarlo. Al mismo tiempo, debe tratarse de un curso de prueba con suficiente entidad y verosimilitud como para suponer que la prueba cuestionada habría sido adquirida de todas formas, con la simple utilización de la lógica de dicho camino alternativo e independiente"⁵.

En el caso "Rayford" (Fallos 308:733), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: "...no se advierte que la pesquisa haya tenido vida por una vía distinta de la que consta efectivamente en la causa... Una observación racional de lo ocurrido a partir de entonces conduce a la conclusión invalidante de los actos subsiguientes... Tal como se encaminó la investigación se puede aseverar que ello habría sido imposible porque no existen otros indicios que conduzcan a éste... No hubo otros cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo el curso".

En el precedente "Ruiz" (Fallos 310:1847), la Corte afirmó que para apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio "debe analizarse la concatenación causal de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional... de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados, teniendo en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. De tal modo, deberá descartarse por ineficaz la prueba habida en la causa, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de la garantía de que se trate, o bien cuando sea una consecuencia inmediata de dicha violación".

En "Daray" (Fallos 317:1985), nuestro máximo tribunal sostuvo: "no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado" (voto de los jueces Petracchi, Fayt, Boggiano y López).

De acuerdo con la prueba rendida durante el debate, no se advierte ninguna vía independiente de investigación ni ninguna otra excepción posible a la prueba ilícitamente obtenida.

⁵ Carrió, Alejandro D., Garantías constitucionales en el proceso penal, 4ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 248-250.

Por lo apuntado hasta aquí, entiendo que cabe hacer lugar a la postura y requerimientos del Ministerio Público Fiscal (CPP 368 parte final), debiendo declararse la nulidad absoluta del procedimiento policial en cuanto al secuestro del arma de fuego –cuya portación se atribuyera oportunamente al imputado– y de todos los actos consecuentes y dependientes de la misma.

Siendo así, y no habiendo cauces de investigación independientes que permitan concretar el reproche que se formulara a Miguel Ángel Paiz, corresponderá absolver al mismo y disponer su inmediata libertad.

En virtud de ello, de conformidad con lo previsto por los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 117, 118, 201, 203, 209/210, 368 y concordantes del CPP, **RESUELVO:**

1. Hacer lugar al dictamen y a la solicitud de nulidad del Dr. Daniel Vicente y declarar la **NULIDAD ABSOLUTA** del procedimiento policial que diera origen al secuestro de la pistola Browning 9 mm., número 242237, toda vez que el personal policial actuó irregularmente, incumpliendo lo prescripto por los artículos 117 y 118 del CPPBA, disponiendo asimismo la nulidad de todos los actos que resultaren consecuencia directa de la ilegítima actuación policial –declaración en los términos del art. 308 del CPP y elevación a juicio– (CPP 201, 202 inc. 1º, 203, 207, 209, 210, 211).

2. Hacer lugar al dictamen y a las peticiones de absolución y libertad requeridas por el Dr. Daniel Vicente y, en consecuencia, dictar **VEREDICTO ABSOLUTORIO** y **ABSOLVER** al imputado **MIGUEL ÁNGEL PAIZ** (DNI 30.336.266, nacido el 30/4/1983 en Mar del Plata, hijo de Ángel Alberto y de Norma Beatriz Ocampo, soltero, instruido, jornalero, con domicilio en William Morris 7.743 de Mar del Plata), en relación a los delitos de **PORTACIÓN ILEGÍTIMA DE ARMA DE GUERRA Y ENCUBRIMIENTO (CP 189 BIS APARTADO 2º Y 277)**, en tanto el nombrado no fue objeto de acusación por parte del Ministerio Público Fiscal (CPP 368 último párrafo).

Sin costas.

3. Disponer el cese de la medida cautelar de prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario y ordenar la **LIBERTAD** de Miguel Ángel Paiz en los términos del art. 147 del CPP, previa certificación de que no pesen sobre el mismo órdenes de detención dispuestas por autoridad competente.

4. No habiendo requerido el Sr. Fiscal ninguna medida respecto del arma secuestrada, mantener la misma bajo su órbita para que la restituya al área correspondiente de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

5. Remitir copia de la presente resolución al Sr. Fiscal General Departamental, Dr. Fabián Uriel Fernández Garelo, a fin de que se inicien las investigaciones correspondientes en función de los posibles delitos de acción pública que se desprenden del irregular proceder policial, entre ellos, los de incumplimiento de los deberes de funcionario público, false-

dad de documentos y falso testimonio agravado (CP 248, 275 segundo párrafo y 292).

6. Comunicar y remitir copia de la presente resolución al Sr. Jefe Departamental de Policía, a fin de que instruya las investigaciones administrativas correspondientes frente a las graves irregularidades advertidas en el desempeño del personal policial actuante.

7. Diferir la regulación de honorarios del Dr. De la Tore hasta tanto cumpla con los aportes de ley.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y, oportunamente, archívese.

Juan Facundo Gómez Urso
Juez

Ante mí:

En se notificó el Sr. Fiscal. Conste.

En se notificó el Dr. De la Tore. Conste.

En se notificó el imputado Paiz. Conste.

En se libró oficio a la Fiscalía General con copia de la presente resolución. Conste.

En se libró oficio a la Jefatura de Policía Departamental con copia de la presente resolución. Conste.