

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 19 de mayo de dos mil diez se reúnen en Acuerdo ordinario los señores jueces doctores Daniel Carral y Víctor Horacio Violini (art. 451 del C.P.P.), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en Causa N° 11.572 (Registro de Presidencia N° 39.016) caratulada “N., D. L. s/ Recurso de Casación”, conforme al siguiente orden de votación: CARRAL – VIOLINI.

ANTECEDENTES

1º) En lo que interesa destacar el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata condenó a D. L. N. a la pena de un año y cuatro meses de prisión, con costas del proceso por resultar autor responsable del delito de abuso de armas calificado (art. 104 en función del art. 105 del Código Penal).

2º) La defensa oficial del encausado vino en casación contra dicho resolutorio (fs. 106/124) requiriendo, en lo sustancial, que “...se haga lugar al recurso de casación intentado, declarando la inobservancia y errónea aplicación de los preceptos legales mencionados ... y se disponga la libre absolución del imputado en orden al delito de abuso de armas calificado ... por haber actuado en situación de inculpabilidad debido a un error invencible, al creerse amparado bajo la causal de justificación de la legítima defensa propia y de terceros...”.

Arguye que el pronunciamiento impugnado incurre en absurdo en la valoración de la prueba en cuanto implícitamente y sin fundamento alguno tuviera por supuestamente acreditado el carácter vencible del error en que el imputado incurriera al disparar un arma de fuego.

De manera subsidiaria peticiona la declaración de nulidad de la sentencia “...toda vez que la misma incurre en omisión de

tratamiento jurisdiccional de cuestiones fundamentales introducidas por ambas partes durante el desarrollo de la audiencia de debate...”.

3º) Con la radicación del recurso en la Sala (fs. 132) se notificó a las partes (fs.132/vta.).

La Sra. Fiscal ante este Tribunal dictaminó que el recurso debe ser rechazado, entendiendo que “...al mediar un error exculpante vencible, la culpabilidad del agente será de menor intensidad. En tal sentido, deberá adecuarse el quantum sancionatorio a la luz del artículo 41 del ordenamiento sustantivo...” (fs. 133/134).

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia definitiva, decidiendo plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

I.- El Tribunal de instancia tuvo por acreditado que “...el día 20 de octubre de 2008 en horas de la noche, una persona del sexo masculino que se encontraba en el interior de la vivienda ubicada en la calle 29 bis N° 10.151 de Mar del Plata, en oportunidad en que una comisión policial intentaba concretar una diligencia de allanamiento en la finca de mención, todo ello por disposición de la Justicia de Garantías, efectuó al menos un disparo con el revólver marca ‘Taurus’, calibre 38 Special sin numeración visible y dirigido hacia la persona del oficial de Policía Alejandro José Perla sin llegar a herirlo...”.

II.- Sentado ello, corresponde analizar los agravios introducidos por la defensa.

En primer término, observo luego de una detenida lectura de la sentencia condenatoria la existencia de un déficit que no puede soslayarse en esta instancia casatoria. En efecto, le asiste razón al recurrente cuando afirma que el “a quo” no ha dado debida respuesta a los distintos planteos introducidos por las partes.

De tal manera, en lo que resulta menester destacar, conforme se desprende del acta de debate la defensa al efectuar su alegato indicó que “...al mantener el Fiscal la acusación por el delito de abuso de armas de guerra ... se limitará a analizar si el error fiscalmente consentido era vencible o no, evaluándolo en las especiales circunstancias del hecho en concreto, en tal línea de pensamiento cuestiona cual es la diligencia que pretendió el Fiscal de parte del imputado, exponiendo que su defendido en el contexto fáctico en el que se encontraba nunca pudo haber distinguido si a quien le disparara era un policía o quienes él temía que lo vinieran a atacar...” (fs. 66).

A partir de allí, era imperativo para el Tribunal especificar los argumentos que en definitiva lo motivaran para desvirtuar los alcances expuestos por la parte ahora agraviada; sin embargo no surge de ninguna de las cuestiones votadas en el pronunciamiento cuyas copias glosan a fs. 68/75 (veredicto y sentencia) que se hayan tratado las consideraciones señaladas en el párrafo que antecede, lo que denota inobservancia de lo específicamente reglamentado por los arts. 168 de la Constitución provincial y 371 del digesto adjetivo.

Nótese que –incluso- en la quinta cuestión, esta es la relativa a la existencia de eximentes de responsabilidad penal, el juez que opinara en primer término (al que adhieren los restantes) consigna sin más que “...no advierto ninguna causal en el sentido del interrogante que se me dejara planteado, razón por la cual voy a votar por la negativa al ser ello el producto de mi convencimiento razonado y sincero...”, sin siquiera evaluar mínimamente las premisas exculpantes deducidas por la defensa del encartado.

Lo expuesto permite desacreditar el veredicto condenatorio como un acto jurisdiccional válido, por cuanto no se han resuelto todas las cuestiones que han sido sometidas a estudio por las partes (doctrina del art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y correspondería por aplicación expresa del art. 461 del ritual declarar la nulidad del mismo; empero, el déficit apuntado -no atribuible al imputado ni a su defensa- no impide evaluar el núcleo central del libelo recursivo vinculado a si el error de prohibición indirecto en que incurrió el encartado al momento de efectuar el disparo con un arma de fuego es vencible como afirmó el órgano acusador (fs. 65/vta.), o bien invencible como intentara demostrar la perseverante defensa de acuerdo a los elementos probatorios obrantes en autos.

En tal contexto corresponde en la especie dictar sentencia definitiva, sorteando la nulidad de orden general antes expuesta por razones de celeridad procesal (art. 15 de la Constitución provincial) y teniendo presente que la garantía de defensa en juicio abarca "...el derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre su situación frente a la ley penal..." (CSJN Fallos 272:188, considerando 10°).

Ahora bien, discurriéndose la cuestión sobre la evitabilidad del desacierto en que sucumbió el nombrado N., quien habría actuado pensando en la legalidad de su accionar (legítima defensa), aunque existió una suposición del presupuesto fáctico condicionante de dicha causal de justificación, debo adelantar que comparto las apreciaciones vertidas por el recurrente en cuanto aduce que el error de prohibición subyacente fue inevitable.

Al respecto, no siendo una cuestión sencilla de desentrañar en tanto se debe indagar sobre aspectos de carácter subjetivo afines al autor del injusto, liminarmente reseño que tengo en cuenta a dichos fines que *"...Los medios para evitar un error de prohibición son reflexión e información. Un error de prohibición de quien no ha puesto o no ha agotado estos medios no es en*

modo alguno eo ipso vencible, sino que la vencibilidad depende de tres presupuestos o requisitos que se basan uno en otro: el sujeto tiene que haber tenido un motivo para reflexionar sobre una posible antijuricidad de su conducta o para informarse al respecto ... Cuando exista un motivo, el sujeto o bien no debe haber emprendido ningún tipo de esfuerzos para cerciorarse o bien estos esfuerzos deben haber sido tan insuficientes que sería indefendible por razones preventivas una exclusión de la responsabilidad ... Cuando el sujeto, pese a existir un motivo, se ha esforzado en pequeña medida por conocer el Derecho, su error de prohibición es sin embargo vencible solamente cuando unos esfuerzos suficientes le habrían llevado a percatarse de la antijuricidad...” (vid Derecho Penal Parte General T° I, Claus Roxin, Traducción de la Segunda Edición Alemana, año 1997, Ed. Civitas, Página 884 y ssgtes., en parigual Hans Joachim Rudolphi en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Página 44 y ssgtes.).

Desde dicho prisma de análisis estimo que no era posible exigirle al encartado al momento del hecho que cerciore la identidad de los sujetos que ingresaban a la finca previo a efectuar el disparo con el arma de fuego que detentaba, puesto que -claramente- por la situación apremiante en la que se hallaba no pudo percibir, ni mínimamente, la antijuricidad de su conducta.

Y ello se verifica a partir de la temeraria disputa suscitada días previos entre la familia de su novia con vecinos del barrio donde se encuentra emplazada la vivienda de la misma, que derivaron en constantes agresiones verbales y amenazas de muerte, todo ello enmarcado en un clima de violencia que culminara en luctuosos resultados. Tengo en cuenta, principalmente, los fundamentos esbozados por el propio imputado, quien afirmara que “...surgió un problema en el barrio entre la familia de mi novia de apellido Frías y una familia de la casa de al lado de apellido Fontiveros, que en el problema también participó otra familia de apellido Rodríguez que vive dos o tres cuabras de por medio. Que ese problema estaba originado porque Fontivero y Rodríguez ... habían golpeado al hermano de Lucía, la mujer de uno de los Frías. Que ante esto los Frías le

fueron a reclamar a Fontiveros y a Rodríguez a la casa de este último y al salir Rodríguez con un machete, empezó una pelea ... Que en la pelea resultó muerto Fontiveros y Rodríguez está grave. Que los hermanos Frías se entregaron en el acto y a partir de ahí las flías. de Fontivero y Rodríguez amenazaron a los que quedaron en la casa de Frías, con que iban a matar y a prender fuego. Que el dicente llegó a la casa de Frías después que había pasado todo, ya estaba la policía y ahí se enteró de las amenazas. Que desde entonces se quedó en la casa para proteger, estaba también otro hermano Frías, Roberto, cuatro mujeres y un nene de 1 año y 6 meses. Que el lunes estuvieron pasando todo el día en auto y moto amenazando con armas de fuego a Analía, eran los hermanos de Rodríguez ... y el padre de Fontivero en un auto rojo, que les hacían señas que les cortaría el cuello ... Que después de las 22 hs. vinieron, patearon la puerta donde estaba el modular, tanto yo como los otros pensamos que eran los vecinos, nunca se identificaron como policías, que no alcanzó a ver a nadie. Que cuando estaban pateando la puerta no tiró, sino ahí cuando entró, ahí sí disparó. Se fueron para el fondo y desde el fondo cuando entran tiro, que nunca se identificaron como policía y si lo hubieran hecho no lo hubiese creído pensando que eran los otros. Que el dicente vio cuando paso el pie, cuando entró por la otra puerta vestido de civil ... Que la madre de la novia y el hermano estaban trabando la puerta y ahí se identificaron como policía y la suegra dijo que no les creía y ahí patearon la puerta y el dicente no tenía el arma porque la había dejado allí que uno le dio una patada en el pecho..." (fs. 14/15).

Así, de las manifestaciones vertidas por el encausado surge nítidamente el innegable escenario beligerante en el que se encontraba la familia de su novia, y el rol protector que el mismo adquirió con motivo de ello; extremos estos que no se encuentran controvertidos en autos.

En tal inteligencia, es posible afirmar que N. y las personas que residían en la finca sita calle 29 bis N° 10.151 de Mar del Plata se hallaban en un enclave aprensivo cuando irrumpieron de manera vertiginosa los oficiales de policía, quienes –inclusive- alguno de ellos no vestían el uniforme

reglamentario y no se habrían identificado como tales al ingresar a la morada (vid manifestaciones del propio imputado, de Julia Morales y de Analía Gisela Frías), lo que inexorablemente habría limitado la posibilidad de que el encausado evite el error en que finalmente incurrió al considerar que actuaba justificado cuando efectuó el disparo.

Asimismo, puede mencionarse que por el sitio y los alcances en que ocurrió el suceso sometido a estudio, ex ante el comportamiento defensivo del causante aparecía como privilegiado conforme la manda del art. 34 inc. 6° del Código Penal, lo que importa presumir -en beneficio del acusado- que concurrían las circunstancias habilitantes que estipula la normativa de cita a los fines de ejercer el derecho en cuestión, otorgándole una concesión superior a la actitud asumida por N.

Entiendo, por consiguiente, que el legitimado pasivamente -por lo ineluctable de la situación- no pudo siquiera reflexionar sobre una eventual antijuricidad de su conducta y mucho menos arbitrar los esfuerzos suficientes para percatarse de la ilegitimidad de su accionar, no resultando al respecto un dato menor el hecho de que al ser interrogado por el Ministerio Público Fiscal afirmó que “...que nunca se identificaron como policía **y si lo hubieran hecho no lo hubiese creído pensando que eran los otros...**”, lo que refuerza la postura hasta aquí sustentada en cuanto a la inevitabilidad del error en que incurrió el prevenido.

Sentado ello, solo resta analizar como opera lo expuesto respecto a la situación procesal del encausado; adelantando que por imperio del art. 34 inc. 1° del Código Penal el injusto atribuido a D. L. N. no permite superar las limitaciones subjetivas presentes en el estadio de la culpabilidad.

Es decir, que al haber incurrido el legitimado pasivamente en un error inevitable no es procedente efectuarle ningún tipo de reproche por su conducta antijurídica, decae la culpabilidad, debiendo descartarse -por consiguiente- la punibilidad del comportamiento disvalioso atribuido.

En igual criterio, el profesor Hans-Heinrich Jescheck explica que *“...El error invencible de prohibición no le puede ser reprochado al autor, ya que cuando infringe el Derecho quien no se encuentra en situación de conocer el injusto del hecho, aquel no revela ninguna censurable actitud interna frente al referido Derecho. De ahí que el error invencible de prohibición deba exculpar siempre...”* (Tratado de Derecho Penal -Parte General-, Cuarta Edición año 1993, Ed. Comares-Granada, Página 413).

Los fundamentos de esta exención punitiva se originan, en esencia, en que la ausencia de reproche será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad por el hecho al no haber podido el autor obrar de manera disímil y derivado de la imposibilidad de percatarse de la ilicitud del accionar como consecuencia de la inevitabilidad del yerro en que se incurre; basándose la exclusión de la punibilidad en el desconocimiento latente de la antijuricidad.

“...Esta dependencia de la no punibilidad del error de prohibición inevitable tiene también una significación político-criminal ... la responsabilidad penal no dependerá del conocimiento de la antijuricidad, como lo postula la ‘teoría del dolo’, sino sólo de la posibilidad de su conocimiento, en el sentido de la llamada ‘teoría de la culpabilidad’...” (Derecho Penal Parte General, 2da. Edición año 1999, Enrique Bacigalupo, Ed. Hammurabi, Página 434).

En conclusión, conforme los lineamientos trazados en los acápites que anteceden, es que propongo al Acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso de casación deducido; casando la sentencia impugnada y absolviendo a D. L. N. en orden al delito de abuso de armas agravado (arts. 18 de la Constitución Nacional; 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 34 inc. 1º y 6º, 104 en función del 105 del Código Penal; 1, 2, 3, 106, 210, 371, 448, 454, 460, 461, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Por lo expuesto, a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del doctor Carral y a esta cuestión VOTO POR AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, corresponde hacer lugar, sin costas, al recurso de casación deducido; casando la sentencia impugnada y absolviendo a D. L. N. en orden al delito de abuso de armas agravado (arts. 18 de la Constitución Nacional; 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 34 inc. 1º y 6º, 104 en función del 105 del Código Penal; 1, 2, 3, 106, 210, 371, 448, 454, 460, 461, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Que adhiere, por sus fundamentos, al voto del doctor Carral.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

I.- HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación deducido.

II.- CASAR la sentencia impugnada y ABSOLVER a D. L. N. en orden al delito de abuso de armas agravado por el que fuera condenado.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional; 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 34 inc. 1º y 6º, 104 en función del 105 del Código Penal; 1, 2, 3, 106, 210, 371, 448, 454, 460, 461, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única
General de Entradas para su devolución a origen.

FDO.: VICTOR HORACIO VIOLINI – DANIEL CARRAL

Ante mí: Andrea Karina Echenique