

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22543/07 STJ

SENTENCIA Nº: 78

PROCESADO: RETAMAL JUAN MARCELO

DELITO: RESISTENCIA A LA AUTORIDAD EN CONCURSO REAL CON  
LESIONES LEVES – DAÑO CALIFICADO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 03-06-08

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – LUTZ – BALLADINI EN ABSTENCIÓN

//MA, de junio de 2008.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Sodero Nievas, Luis Lutz y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia del tercero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “MORALES, Celestino Héctor; MORALES, César Gumercindo; RETAMAL, Juan Marcelo s/Atentado a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves y daño agravado todo en concurso real s/Casación” (Expte.Nº 22543/070 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (texto consolidado), con el planteo de la siguiente: - - - - -

#### CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido? - - - - -

#### VOTACIÓN

El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo: - - -

-----1.- Mediante Sentencia Nº 75, del 16 de agosto de 2007, la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca resolvió -en lo pertinente- absolver a Juan Marcelo Retamal por prescripción de la acción penal respecto de los delitos de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves y condenarlo como autor del delito de daño calificado –art. 184 inc. 1º C.P.- a la pena de un año de prisión, con costas, condena que unificó con la impuesta en causa 2319 de la Cámara Tercera del Crimen de esa

Circunscripción -comprensiva a su vez de las impuestas en causas 2073 de ese mismo tribunal y 2582 del Juzgado en lo Correccional N° 14 ///2.- de esa Circunscripción- en la pena única de cuatro años y diez meses de prisión, inhabilitación y costas, por los delitos de portación de arma de fuego de uso civil sin autorización, violación de domicilio, encubrimiento, robo con armas y daño calificado, todo en concurso real.- - - -

-----2.- Contra lo decidido, la defensa dedujo recurso de casación, que fue concedido por el a quo y por este Superior Tribunal mediante Auto Interlocutorio N° 56/07, por lo que se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados. Realizada la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 del Código Procesal Penal sin la presencia de las partes, los autos están en condiciones para su tratamiento definitivo.-

-----3.- En su presentación recursiva, la defensa alega que la sentencia viola las disposiciones del art. 369 del rito (art. 374 Ley P 2107 -texto consolidado-), toda vez que arriba a una conclusión carente de fundamentación. Afirma que su asistido fue traído a juicio por los delitos de atentado a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves y daño calificado, todo en concurso real, y que ha sido sobreseído (sic fs. 271) en virtud del planteo de prescripción de la acción, lo que fue sostenido por la Fiscalía y resuelto por el a quo en el punto 1 de la sentencia y, sin embargo, en el mismo pronunciamiento se lo condenó por el delito de daño calificado.- - - - -

----- La recurrente señala que el hecho por el cual ha sido juzgado Retamal –que guarda congruencia con el que fue transcripto en la intimación inicial al tomarle declaración indagatoria y por el que fue procesado y requerido en///3.- juicio- en modo alguno permite llegar a la conclusión del tribunal sentenciante, pues nos encontramos ante la existencia de un único hecho. Refiere que al tratar de huir del lugar tirando piedras, el condenado habría resistido la orden judicial, por lo que el propósito del autor fue resistirse y no dañar. Agrega que nos encontramos ante un caso de concurso aparente de leyes, donde las figuras de los arts. 237 y 238 desplazan a la del art. 184 inc. 1° del Código Penal, porque el daño fue utilizado con la finalidad de atentar y resistir a la autoridad. De acuerdo con la regla de la especialidad, continúa, es de aplicación la figura genérica del atentado y resistencia a la autoridad y no la del daño calificado, como concluyó la Cámara del Crimen. Así, el hecho intimado fue dirigido contra la persona del funcionario y en modo alguno contra el bien mueble que finalmente resultó dañado.- - - - -

----- Luego de transcribir parte del acta policial, asevera que el fallo puesto en crisis sólo ha permitido tener por acreditada la figura básica del atentado a la autoridad, pero no ha dado ninguna razón y ni ha fundamentado la figura del daño calificado por la que finalmente condenó a Juan Marcelo Retamal, acción que formaba parte de un único hecho por el que el mencionado había sido absuelto en el mismo pronunciamiento.- - - -

-----

-----4.- Por su parte, la señora Procuradora General dictamina que el recurso debe ser acogido de manera favorable, aunque no por los motivos expuestos por la defensa. Luego de transcribir los hechos imputados y aquéllos por los que se condenó a Retamal, hace notar que ///4.- existen diferencias entre ambas piezas, y concluye que lo reprochado es un único hecho. A su criterio, de la resolución atacada surge un vicio in procedendo y otro in iudicando.- - - - -

----- Por una parte, señala el error en la subsunción normativa provisoria, merced a la cual se dictaron los procesamientos y luego fue recogida en el requerimiento de elevación a juicio. A su modo de ver, el hecho allí descripto debió haber sido encuadrado en el delito de daño calificado (art. 184 inc. 1° C.P.), que debió concursar idealmente con el de atentado y resistencia a la autoridad agravado, según lo contemplado en el art. 238 inc. 4° del código de fondo, el que a su vez absorbe la figura de lesiones leves, puesto que éstas son el elemento configurativo de haber puesto mano en la autoridad (ver fs. 288). En tal sentido, argumenta que el acto de repeler arrojando ladrillos o piedras que alcanzan el cuerpo del uniformado y le impiden ejercer el acto de autoridad es asimilable a la acción de agredir con un palo o con los puños -es decir poner manos en la autoridad-, figura agravada de la resistencia.- - - - -

----- Asimismo, sostiene que nos encontramos ante un hecho único, porque la acción del condenado constitutiva del daño calificado no fue independiente ni ocurrió en distinto momento al hecho de resistencia, y que todo ello fue con el fin de impedir el ejercicio del legítimo acto de autoridad, lo cual se logró. En este contexto, agrega, el hecho de dañar viabilizó el dolo o la voluntad encaminada a poner obstáculos e impedir la actuación de los funcionarios///5.- públicos. De tal modo, el hecho intimado es uno, que cae en mas de una subsunción normativa en concurso ideal, y debe aplicarse la pena del delito más gravoso (art. 54 C.P.).- - - - -

----- En este orden de ideas, considera errónea la calificación efectuada por el a quo, en tanto éste afirma un concurso ideal entre la resistencia y las lesiones y un concurso real con el daño agravado, para así justificar que los tipos de resistencia simple y lesiones

que concursan idealmente se encontraban prescriptos, en tanto que el concursado realmente merecía condena (fs. 289). Sin embargo, advierte que de la prueba valorada en autos surge que el facto era uno y la subsunción normativa era la de daño agravado en concurso ideal con resistencia a la autoridad, por lo que el error in iudicando es palmario.- - - - -

----- La titular de los Ministerios Públicos también señala que, para justificar la utilización del concurso real, se ha vulnerado el principio de congruencia. Entiende que en el relato circunstanciado del evento reprochado, en ningún fragmento se describe la acción de la fuga, para luego retomar con el acometimiento con piedras y ladrillos; en ninguna de las piezas se describe un despliegue físico de fuga del lugar y un despliegue para retomar acción, por lo que se mutó de manera sustancial el facto imputado. De tal manera, se vieron afectados el debido proceso legal y la defensa, “a más el yerro fondal al otorgar carácter definitivo a la subsunción normativa liminar errónea, en cuanto al modo de concursar las figuras” (fs. 291), lo cual debió ser corregido por el a quo en virtud del principio ///6.- “iura novit curia”.- - - - -

----- Ahora bien, prosigue, si el sentenciante declaró la prescripción de la acción penal por la perpetración de ese único hecho, dicha determinación no podrá ser modificada mediante el presente recurso, por la prohibición de la “reformatio in pejus”, pues no ha existido impugnación por parte del Fiscal de Cámara.- - - - -

----- La señora Procuradora General manifiesta además que, si Retamal respondía por un único hecho calificado como daño agravado (art. 184 inc. 1° C.P.) como figura más gravosa, concursada idealmente con las restantes figuras (no aparente, como entiende la defensa), no habría surgido la problemática de la prescripción. Sin embargo, con la absolución declarada, dada la existencia de un único hecho, ello no puede tener otro efecto más que la desvinculación definitiva del imputado de la causa, porque el fallo sólo ha sido recurrido por la defensa de Retamal. La absolución (aun errada) se encuentra firme, y por tanto indemne.- - - - -

----- A fs. 293 del dictamen, la doctora Piccinini concluye que se ha mutado el facto y con ello la garantía de defensa en juicio, a la vez que afirma que el reenvío de la causa para un nuevo juicio afectaría el “ne bis in ídem” (art.1° C.P.P.). Por las razones dadas, finalmente propugna casar la parte correspondiente de la sentencia y dejar sin efecto el punto 3, por el que se condena a Retamal, circunstancia que debe extenderse a la unificación de pena allí efectuada.- -

-----5.- Como se ve, en el caso en estudio se suscitan diversas problemáticas. Para una

mejor comprensión del tema, creo conveniente efectuar una somera síntesis del hecho  
///7.- endilgado y los fundamentos dados por el a quo para llegar a la sentencia  
condenatoria puesta en crisis.- - - -

-----5.1.- Hecho y prueba:- - - - -

----- En autos se imputó que el día 10 de febrero de 2001, cerca de las 21:20 hs., en la  
vía pública y frente al local comercial ubicado en la esquina de Neuquén y Evita de la  
localidad de General Roca, una comisión policial integrada por el Sargento Primero  
José Moraga, el cabo José Alberto Collado y el agente Julio César Martín y a bordo del  
móvil policial 2021 (pick-up Toyota, color blanco, dominio DNF-123, modelo 2000), se  
acercó con el objeto de controlar e identificar a un grupo de personas compuesto por los  
procesados Morales y otros parroquianos que estaban consumiendo alcohol. En ese  
marco, el grupo comenzó a insultar a la autoridad y a arrojar  
ladrillazos contra el patrullero y el personal policial. Como resultado de tales acciones,  
no pudo desarrollarse el legítimo acto de autoridad ya iniciado por la resistencia  
ofrecida por los mencionados, quienes contaron con el apoyo de los vecinos.  
Finalmente, el patrullero resultó parcialmente dañado en su carrocería y parabrisas  
delantero y los tres policías sufrieron lesiones que fueron caracterizadas como leves (fs.  
263 y vta.).- - - - -

----- En el debate, al momento de los alegatos el señor Fiscal de Cámara adhirió al  
planteo defensista respecto de la prescripción de la acción penal correspondiente a los  
delitos de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves –arts. 45, 55,  
54 y 239 C.P.-, pero acusó a Retamal por el delito de daño calificado -art. 184 inc. 1°  
///8.- C.P.- y pidió que se le impusiera pena de un año de prisión con costas. En el  
mismo sentido se expidió el a quo.

----- Para fundar su postura, entre otros medios de prueba, la Cámara valoró el  
testimonio del Sargento Primero José Roberto Moraga, quien refirió que, al tratar de  
identificar a unas personas, dos de ellos se dieron a la fuga y empezaron a arrojar  
piedras, que fueron lesionados por las piedras y, además, resultó roto el patrullero. El  
funcionario también declaró que el primero en tirar piedras fue Retamal, pero se  
sumaron vecinos del lugar, pibes que andaban por ahí, y que el condenado fue uno de  
los que se dio a la fuga y se alejó para luego empezar a tirar piedras. Finalmente, señaló  
que no pudieron detener a nadie, pues fue una batahola, y las piedras iban dirigidas a  
ellos y al patrullero.- - - - -

----- Por su parte, el Cabo José Alberto Collado coincidió con su compañero de trabajo

y narró que, al intentar identificar a un grupo de personas uno de ellos, Retamal, se dio a la fuga y comenzó a arrojar piedras y que no sabe dónde impactaron. Resumió la situación en que “era todo el barrio contra el móvil policial”.- - - - -

----- En la sentencia atacada, el juzgador evaluó que los testimonios policiales fueron precisos, firmes y seguros, y afirmó no saber exactamente cuál de los daños fue el correlativo a la acción de Retamal, pero que lo importante era la identificación del imputado como la persona que arrojó las piedras al móvil policial, que resultó con serios daños. Estableció que tal acción era desmedida, producto de la reacción generalizada frente a la decisión del personal ///9.- policial de identificar a quienes estaban bebiendo, en el ejercicio de un acto propio de sus funciones de carácter preventivo. “Y más en este caso en el que no se advierte ni se ha esgrimido algún abuso por parte de la fuerza policial, que pudiera justificar o al menos menguar la gravedad de lo ocurrido”.- - - - -

----- Si bien no ha sido motivo de agravio ni ha sido esgrimido por la defensa en su alegato, es conveniente recordar que la presente causa se inició con la denuncia por parte de los Morales, que refirieron haber sido víctimas de una golpiza por parte del personal policial interviniente (ver fs. 1 y 2 y las respectivas certificaciones médicas).-

----- Finalmente, la Cámara tuvo por probado que Retamal arrojó piedras y trozos de ladrillos al móvil policial y causó los daños certificados, “acciones éstas no subsumidas en la inicial resistencia a la autoridad, que en modo alguno podría comprenderla, atento a ser claramente independientes un suceso de otro: si se dio a la fuga para no acatar un acto funcional que habría comenzado a ejecutarse, no por ello lo que siguió –dañar el móvil- quedaría comprendido. Distintas acciones, distintos momentos, diferente afectación del tipo penal. Consecuentemente y por tratarse de hechos aislados uno del otro”, lo responsabilizó por los daños al vehículo (ver fs. 267 vta.).- - - - -

-----5.2.- Los tipos penales analizados para el caso en examen. El atentado y la resistencia a la autoridad:- - -

----- Recordemos que la recurrente entiende que la imputación que pesa sobre Retamal se sustenta en un único hecho y que se ha tenido por acreditada en autos la///10.- resistencia a la autoridad endilgada, a cuyo respecto se declaró la prescripción de la acción y por tanto su absolución, mientras que se lo condenó por el delito de daño calificado, decisión por la que se agravia.- - - - -

----- En este punto estimo pertinente tratar algunos aspectos sustanciales referidos a la

figura del atentado a la autoridad. En primer lugar, diré que el bien jurídico protegido en esta figura es la libertad de determinación del funcionario en el ejercicio de su función pública (conf. Creus), y la acción típica consiste en emplear intimidación o fuerza contra un agente público o contra la persona que le preste asistencia a su requerimiento o en virtud de un deber legal. Es importante destacar que el atentado es posible hasta tanto el sujeto pasivo ponga en ejecución su decisión de realizar u omitir el acto funcional, porque de haberlo hecho se estará ante un caso de resistencia (éste es el criterio general seguido también por la jurisprudencia mayoritaria, a partir del plenario “PALIENKO”, del 28-01-47, LL 49, pág. 125). En este sentido, la jurisprudencia sostiene que para que exista atentado a la autoridad es menester que el acto funcional no haya sido iniciado, ya que la contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario es el rasgo más firme que distingue la resistencia del atentado (CNCrim. y Correc., Sala I, in re “ZALAZAR”, del 14-04-97, LL, 1998-A, 360.). En lo concerniente al tipo subjetivo, es un delito doloso, que en su aspecto cognoscitivo exige el conocimiento de la calidad especial del sujeto pasivo y que el acto exigido está dentro de la esfera de las atribuciones del funcionario. En el///11.- aspecto volitivo, se exige que el autor obre con la finalidad específica de imponer al sujeto pasivo, mediante intimidación o fuerza, la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. Sin la presencia de este elemento subjetivo del tipo, el hecho no será un atentado contra la autoridad.- - - - -

----- El art. 238 prevé agravantes para la figura analizada. Así, estas circunstancias son de aplicación a los casos de atentado y no a los de resistencia. En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que el art. 239 del Código Penal sólo prohíbe la acción de resistencia que consiste en impedir el cumplimiento del acto de autoridad ya en curso, a la que no es aplicable la agravación por la comisión a mano armada prevista para el atentado a la autoridad (CNCrim. y Correc., sala I, “FERMI”, del 05-11-93, LL, 1994-E, 330.). Para la doctrina mayoritaria, el agravante “poner mano en la autoridad... atiende a la mayor significación ofensiva del hecho para la autoridad y a un mayor peligro para el sujeto pasivo (NÚÑEZ, op. cit., p. 23.). La acción típica consiste en ejecutar actos de fuerza sobre la persona del sujeto pasivo, siempre que el autor no obre a mano armada. Ejemplo: aplicarle golpes, empujones o sujetarlo. El problema es que una de las acciones típicas del atentado simple es emplear fuerza, por lo que prácticamente cualquier ejercicio de fuerza física contra el funcionario implicará ‘poner manos’. En efecto, si bien la expresión es metafórica, ‘poner manos’ debe ser

entendido como el actuar con fuerza sobre el cuerpo del otro, Molinario sostiene que el problema es irresoluble: siempre que el autor emplee violencia en contra del sujeto //12.- pasivo se dará el tipo calificado, lo que dejará sin contenido a la figura básica. En consecuencia entiende que, además de inaplicable, la figura es violatoria del non bis in ídem (MOLINARIO, op. cit., ps. 311/312.)” (conf. D'Alesio, Código Penal. Parte Especial. Comentado, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)).- - - - -

----- Por otra parte, en la resistencia a la autoridad -art. 239 C.P.-, el bien jurídico protegido es la libertad de acción de la autoridad pública. Se lesiona el orden a la administración pública atacando el libre ejercicio de la actividad funcional cuando se resisten o desobedecen las órdenes impartidas por las autoridades. La acción típica es “resistir a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, o a la persona que le prestare asistencia a su requerimiento o en virtud de un deber legal. Se impide o se traba el ejercicio legítimo de la función cuando el funcionario ya está actuando, lo que requiere la existencia de una disposición ejecutable contra alguien. Antes de que el funcionario tome una resolución y la comience a ejecutar, sólo es posible el atentado. Por último, la oposición debe ser a un acto de competencia material y territorial del sujeto pasivo” (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, actualizador Manuel Bayala Basombrio, Tº V, TEA, Buenos Aires, 1996, pág. 137), que sea legal y no abusivo.- - - - -

----- En relación con el tipo subjetivo, este delito es doloso y, en el aspecto cognoscitivo, el autor debe saber que se resiste a un acto legítimo de la autoridad pública (conf. Ricardo Núñez, Tratado de Derecho Penal, Tº V, Vol. II, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1992, 28), //13.- mientras que, en el volitivo, debe obrar con la finalidad de impedir u obstaculizar la ejecución de un acto funcional, por lo que sólo es posible el dolo directo.- - -

----- Asimismo, la distinción entre el atentado y la resistencia radica en que el atentado consiste en exigir la ejecución u omisión de un acto funcional, mientras que la resistencia es el empleo de fuerza o intimidación contra el sujeto pasivo para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones. Las figuras en análisis se distinguen ya desde los bienes jurídicos que protegen cada una: el atentado, la libertad de decisión

del funcionario, mientras que la resistencia protege la libertad de acción de aquél, una vez que ha tomado la decisión de actuar. En el plenario “PALIENKO” mencionado supra, se sostuvo que comete atentado quien, por los medios del art. 237, se impone

(exige) al funcionario para que haga o se abstenga de hacer un acto propio de su función que no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado por aquél. El criterio temporal surgido del plenario, en el que coincide la doctrina mayoritaria (Carlos Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, T° VII, 2ª ed. actualizada por Guillermo A. Ledesma, reimpresión Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 168), y la jurisprudencia actual indica que el atentado sólo es posible antes de la ejecución del acto por el funcionario (“Se configura el delito de resistencia a la autoridad y no de atentado si los oficiales preventores recibieron los disparos de parte de los imputados luego de haber impartido la voz de alto y no de un modo previo a aquella orden”, CNCrim. y Correc., Sala I, ///14.- “MARZOA”, del 07-03-00, LL, 2001-B, 534); durante su realización sólo será posible la resistencia.- - - - -

----- A mayor abundamiento, y respecto de la forma de exteriorización, la Cámara expresó que en el atentado la voluntad del agente público no debía haber pasado al estado de ejecución, esto es, no debía haberse transformado en una orden dirigida al destinatario. Se sostuvo, además, que hay atentado de parte del tercero cuando éste ejercita violencia sobre el agente que ha comenzado ya su acción directa sobre otra persona para imponerle algo y esta persona no ofrece resistencia; existe resistencia a la autoridad si el sujeto se opone con violencia a la acción dispuesta por el funcionario para hacerle cumplir algo, mientras que en el atentado es el autor quien toma la iniciativa para que el funcionario haga u omita un acto propio de su cargo (CNCrim. y Correc., Sala IV, “RAMOS”, del 22-04-93, LL, 1993-D, 524; conf. D\Alesio, op.cit.).- - - - -

----- De lo antedicho surge palmario que al hecho traído a estudio –tal como fue descrito supra, y analizada la prueba valorada por el a quo-, no cabe otra posibilidad más que encuadrarlo en la figura de la resistencia a la autoridad, toda vez que la autoridad policial había comenzado su acto ejecutivo al intentar identificar a un grupo de personas que se encontrarían bebiendo en la esquina las calles Neuquén y Evita, y le fue impedido el ejercicio de sus funciones. Además, como vimos, las agravantes contempladas en el art. 238 sólo son de aplicación para el delito de atentado a la autoridad, ya descartado.- - - - -

----- Así, la resistencia a la autoridad implica una///15.- oposición activa al desarrollo actual del acto funcional por parte del personal policial –como en autos-, por lo cual la acción típica sólo es posible durante ese desarrollo. Ahora, si el daño se ha provocado como táctica con el propósito final de resistir a la autoridad, la figura del art. 238

desplaza a la del 184 inc. 1º: el daño es la consecuencia de una violenta acción para resistir.- - - - -

----- En breve síntesis, en el precedente “PALIENKO”, la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en pleno resolvió “... 1) que comete atentado a la autoridad el que, por los medios del arts. 237 (intimidación o fuerza), se impone (exige) al funcionario público para que haga o se abstenga de hacer (ejecución u omisión) un acto propio de su función que no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado por aquél; 2) hay atentado, también, de parte del tercero, cuando éste ejercita violencia sobre otra persona para imponerle algo y esta persona \no ofrece resistencia\; 3) existe resistencia, si la persona se opone, valiéndose de medios violentos, a la acción directa del funcionario sobre ella ejercida para hacerla cumplir algo...”. Esta posición, aun hoy, es seguida por la jurisprudencia y la doctrina de manera mayoritaria.- - - - -

----- En los fundamentos expuestos en su voto por el doctor Ernesto J. Ure –seguido por la mayoría de los votantes-, éste expresa que “... para que exista atentado es menester que el acto del funcionario aún no haya comenzado, en la resistencia, que el acto funcional haya sido iniciado. La contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario es, pues, el rasgo más firme que distingue la//16.- resistencia del atentado, que se caracteriza, a su vez, por la prioridad de la violencia respecto del acto”.- -

-----5.3.- El daño:- - - - -

----- Previo a todo, he de señalar que en esta causa el daño no ha tenido una descripción unívoca en orden a la autoría y la participación ya que, conforme con lo actuado liminarmente por la propia policía (fs. 1/76), surge que el prevenido y sus cómplices habrían contado con apoyo de los vecinos del lugar -no identificados-, quienes posibilitaron la fuga de aquéllos arrojando también “ladrillazos” contra el personal policial. Ergo, es imposible juzgar a Retamal en el marco de una autoría múltiple y ante la espontánea reacción del vecindario, lo que no ha sido adecuadamente tratado en autos, lo que habría correspondido dada la pluralidad de autores y la necesidad de precisar la relación de causalidad.- - - - -

----- Sin perjuicio de lo anterior, y para una comprensión acabada del tema, es dable destacar que el elemento subjetivo del tipo penal de daño (art. 183 C.P.) se “conforma con el dolo directo, que consiste en el conocimiento de la ajenidad de la cosa, del carácter dañoso de la acción que se ejecuta y de la voluntad de llevarla a cabo. No se requiere dolo específico o propósito que no sea el de dañar la propiedad ajena, con

conciencia y voluntad. El móvil que ha guiado al agente, -que puede ser el odio, el ánimo de perjudicar o hasta una broma de mal gusto-, es extraño al dolo requerido por la figura e intrascendente para la configuración del delito. La expuesta, es la opinión francamente dominante (Maggiore; Oderigo; Soler; Núñez; ///17.- Fontán Balestra; Ramos Mejía; Creus;... Laje Anaya; Gavier y otros). También existe coincidencia cuando se excluye el dolo eventual y, obviamente, la culpa” (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular, T° 2, Hammurabi, 1996, págs. 649/650; en igual sentido, ver Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, Código Penal y leyes complementarias, T° 2, 5ª ed., Astrea, 2003, págs. 346/347; Jorge E. Buompadre, Derecho Penal. Parte Especial, T° 2, Mave, pág. 277; in re “FERNÁNDEZ”, Se. 170/06 STJRNSP).- - - - -

----- En su inc. 1º, el art. 184 prevé el daño con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de alguna determinación de ella. El daño, con todas sus características, es la base de la infracción, lo que debe estar invariablemente presente al momento de resolver un caso. En este sentido, las circunstancias enumeradas en este artículo se agregan a la figura básica y derivan de la existencia de un fin.- - - - -  
-----

----- Como particularidades vemos que la acción típica, al igual que en el art. 183, es la de dañar. El impedimento del libre ejercicio de la autoridad o la venganza motivada en alguna determinación de aquella son los fines calificantes. La diferencia entre el delito de resistencia a la autoridad y el primer supuesto de este inciso reside en que en éste, el autor no se dirige directamente contra el funcionario, sino que usa las cosas para impedir el ejercicio de la autoridad; por lo tanto, la agravación se da por la conexión final con el ejercicio de la autoridad (conforme Núñez, Tratado..., pág. 541).- - - - -

----- ///18.-- Asimismo, el autor debió haberse visto impulsado por alguna de las dos finalidades típicas (elementos subjetivos distintos del dolo). El fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad convierte al tipo en uno de los llamados “delitos de resultado recortado”; en ellos “el legislador prevé un ‘adelantamiento’ de la consumación, esto es, el momento consumativo se anticipa a la producción efectiva de un resultado considerado disvalioso -en el caso, el que la autoridad no pueda ser ejercida libremente-, siendo suficiente la realización de una conducta previa -en el caso, el daño-, pero llevada a cabo con la ‘tendencia subjetiva trascendente’ de alcanzar aquel resultado -que se ‘mutila’-” (Sancinetti, Teoría del delito y disvalor de acción, Ed. Hammurabi, 1991; citado por TOral Crim. N° 23 -voto de Magariños, en mayoría-,

in re “HEREDIA”, del 23-05-96, LL, 1998-E, 321). En este sentido, Creus sostiene que cuando el daño ha sido utilizado con la finalidad de atentar o resistir a la autoridad, las figuras de los arts. 237 y 239 desplazan la del art. 184 inc. 1º (conf. D\Alesio, op.cit.).-

----- Llegado a este punto, es conveniente decir que no debe confundirse la impulsión criminosa con el fin delictuoso. Así, el agente siempre ha tenido en su conciencia que la acción desplegada tenía como fin impedir el accionar de la autoridad y que esta finalidad implica, per se, que el hecho bajo estudio ha sido claramente único.-----

----- Entonces, nos encontramos ante este único hecho y, en virtud de la unidad de acción, sólo existe un solo acto de culpabilidad, una sola determinación delictuosa, de lo que ///19.- se concluye que se trata de la comisión del delito de resistencia a la autoridad y que el daño ha sido una consecuencia de la conducta desplegada por el agente para evitar el accionar policial legitimado para ello, figura delictiva cuyo tipo objetivo absorbe todas las conductas emergentes para tal fin, de modo que el error del juzgador ha radicado en entender que al caso debían

aplicarse las reglas del concurso real.-----

-----5.4.- Fundamentos de la sentencia condenatoria:-----

----- Por el contrario, como vimos al final del desarrollo del punto 5.1., la Cámara entendió los hechos del caso como aislados unos de otros, y en virtud de ello decidió aplicar las reglas del concurso real. Ahora bien, el Código Penal en su art. 55 (según Ley 25928) dispone: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor, y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo esta suma no podrá exceder de cincuenta (50) años de reclusión o de prisión”.-----

----- Recordemos que existe concurso real cuando una pluralidad de hechos, cometidos por un mismo sujeto, da lugar a varios delitos, los cuales son juzgados en un mismo proceso (en concordancia con lo afirmado por el doctrinario español Santiago Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 644.). En este orden, se ha dicho que los presupuestos del concurso real son: 1) que se dé una pluralidad de acciones (o conductas o hechos) independientes de un mismo sujeto activo; 2) que ///20.- tales hechos encuadren –cada uno- en tipos penales y que no haya un tipo penal que trate la pluralidad como un único delito; 3) que respecto de cada uno no se haya extinguido la respectiva acción penal, y 4) que aún no se haya juzgado, para

poder así tener la posibilidad de juzgamiento en un mismo proceso penal (conf. Andrés José D'Alessio, Código Penal. Parte General. Anotado; conf. "HERNANDEZ", Se. 242/07 STJRNSP). Pero veamos ahora las consecuencias de su errónea aplicación. - - -

- - - - -

-----5.5.- Prescripción y ne bis in ídem:- - - - -

----- En el caso aduerto que, declarada la prescripción de la acción legal respecto del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves (punto 1 de la sentencia atacada), ello obstaculiza la prosecución del trámite y hace cosa juzgada respecto de quien se dicta, e impide una nueva persecución penal por el hecho reprochado, cualquiera sea su calificación, pues el daño es parte del tipo objetivo de la resistencia y fue cometido para lograrla. - - - - -

----- En efecto, es doctrina legal que "... la '\... garantía constitucional del «non bis in ídem» protege a los individuos contra la doble persecución penal por un mismo hecho, sin importar los diversos encuadramientos que de éste se puedan efectuar\' (CSJN, '\PELUFFO', en LL 1996-B, 644)" (conf. Se. 65/05 STJRNSP). - - - - -

----- En este sentido, tiene dicho el máximo Tribunal de la Nación que "[r]esulta oportuno destacar que V.E. ha reconocido el rango constitucional y la tutela inmediata de ese derecho federal (prohibición del múltiple juzgamiento), //21.- en razón de que no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por el hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante el sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho". Además agrega que "... una interpretación amplia de dicho principio se desprende la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por un mismo delito, sea que el acusado haya sufrido o no la haya cumplido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado" (Fallos: 321:2826, considerando 17°). - - - - -

----- En el mismo precedente se concluyó que se había lesionado el derecho del procesado a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, ya que dicha garantía tiene vigencia para el imputado a partir de que éste adquirió el derecho a que se lo declare culpable o inocente del hecho por el que se lo acusó, siempre, claro está, que se hayan observado las formas esenciales del juicio y la causa que determine uno nuevo no le sea imputable (considerando 19°, in re "ALCARAZ", del 20-03-07). En consecuencia, al tratarse de un solo hecho, la absolución obtenida abarca a todas sus calificaciones posibles -en la medida en que la Cámara tuviera competencia para analizarlas y de hecho la tuvo-, por lo que la condena por el delito de daño calificado es violatoria de la

prohibición del ne bis in ídem.- - - - -

----- Como dije, el error radicó en estimar que se trataba de hechos independientes, por lo que ahora la absolución obtenida tiene efectos procesales decisivos para el único hecho que aquí se declara. Además, durante los alegatos el Fiscal de Cámara adhirió a lo sustentado por la defensa de ///22.- Retamal respecto de la prescripción en relación con los delitos de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves. Tal conflicto debió resolverse en el marco de la calificación legal. Así, resulta desacertada la condena del imputado por el mismo hecho por el que ya había sido absuelto.- - - - -

----- El respeto al principio del Derecho Penal del “non bis in ídem” exige que a la unidad de determinación delictiva -mencionada supra- siga la unidad de la pena, lo que excluye así el cúmulo de las penas correspondientes a las distintas leyes violadas (conforme Pablo López Girón, “Concurso ideal y real”, en La Ley Litoral, del 27-05-02-, siguiendo a Ricardo Núñez, Concurso de delitos).- - - - -

----- En este orden de ideas, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal (fallo “LONIGRO ESPINOZA”, del 31-05-07) sostuvo: “... Al aceptar el tribunal la imputación por los delitos de los arts. 157 del Cód. Penal en concurso real con el Art. 255 del mismo cuerpo legal, a su vez en concurso ideal con el Art. 277 del Cód. Penal, y encontrarse prescripta la acción respecto del primero y el último de los delitos mencionados, debe analizar la vigencia de la acción de acuerdo a la idealidad concursal que se venía sosteniendo, de modo tal que si existía unidad delictiva que habilitaba un encuadramiento típico múltiple –Art. 54 del CP-, debió primero haber dilucidado cuál de ellos comportaba la sanción más grave y, sobre esa base, evaluar si había prescripto la acción en relación al único hecho y no abordar el examen de la prescripción conforme las reglas aplicables a casos de varios hechos independientes –Art. 55, Cód. ///23.- Penal-” (LL 2008-A, 309).- - - - -

----- Por su parte, la Sala II de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional (in re “MARCHIORE”, del 27-06-06) ha establecido que “... declarar el sobreseimiento por extinción de la acción penal de la interrupción de las comunicaciones... tendría como consecuencia inmediata la imposibilidad de seguir persiguiendo el Hecho –que a la sazón resulta ser uno solo- también como daño agravado, lo cual implicaría que en el caso del concurso ideal, el término de la prescripción de la acción penal se rija por el de la pena menos grave, criterio que resulta ser completamente opuesto al emanado de la regla del Art. 54 del CP” (LL 2006-E, 656).- - - - -

-----5.6.- Principios iuria novit curia y reformatio in pejus:- - - - -

----- A todo evento y sin perjuicio de lo antedicho, resta mencionar que, como bien sostiene la señora Procuradora, ante la ausencia de impugnación de quien es parte habilitada para recurrir en tal sentido -el señor Fiscal de Cámara, que no ha formulado crítica respecto del error advertido-, tal cuestión no puede analizarse más que con el alcance pretendido por la defensa. De tal forma, es inaplicable el principio iura novit curia porque se afectaría principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio, pues la habilitación de la instancia de este Cuerpo no puede ser de oficio, sino por el concreto recurso de la parte y sus agravios en relación con la decisión de la sentencia (prohibición de la reformatio in pejus).- - - - -

----- Así, la resolución del Tribunal de Casación queda ///24.- circunscripta a los puntos que fueron resistidos en los agravios, en resguardo del principio de congruencia, aunque -situación que no es la de autos- este rigor no alcance a las formas posibles en que la infracción denunciada se puede corregir (conf. arts. 18, 75 inc. 22 C.Nac., 8.2.d CADH, 14.5.d PIDCP, 22 y 200 C.Prov., y 159, 415 y ccdtes. C.P.P.).- - - - -

----- En cuanto a esto, tiene dicho este máximo Tribunal provincial: “La jurisdicción de los tribunales de alzada en la resolución del recurso de casación y la necesaria distinción entre ‘punto de la resolución’ y ‘agravio’ (conf. art. 415 C.P.P. [Art. 418, ley 4270]) atribuye ‘al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios’, en tanto no son sinónimos, en su estricto sentido, ‘punto’ y ‘motivo’, tal como señala Franciso J. D’Albora (‘Código Procesal Penal de la Nación’, pág. 650), para quien el primer vocablo ‘está tomado como sustancial o principal en algún asunto’, mientras que la palabra ‘motivo’ (del ‘agravio’) es definida como ‘causa o razón que mueve para una cosa’ (CNCPenal, Sala 2ª, del 23-09-94, in re ‘PORTOLESI’, en JA 1996-I, pág. 504, voto del doctor Tragant)... A criterio de este Cuerpo -de lege lata-, cuando el código de rito le permite a la Alzada conocer en cuanto a los puntos referidos, lo está haciendo sobre los capítulos o partes del resolutorio que causan agravio, cualquiera sea su razón, por lo que no supone un exceso jurisdiccional pues se trata del análisis de un idéntico punto cuestionado -el encuadramiento legal-, sobre el que el Tribunal de Casación ///25.- tiene amplitud decisoria” (Se. 174/06).- - - - -

-----6.- Conclusión:- - - - -

----- Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la señora Defensora General y, por tanto, casar la sentencia del a quo, anular el punto 3 de dicha resolución y absolver de culpa y cargo a Juan Marcelo Retamal del delito de daño calificado por el que fue condenado, haciendo extensiva esta decisión a la unificación de penas dispuesta. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - -

-----1.- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el doctor Sodero Nievas en lo que respecta al tratamiento de la cuestión de la cosa juzgada y el non bis in ídem. En este sentido, los agravios traídos a examen por la recurrente bastan para demostrar el yerro en la sentencia condenatoria atacada. En efecto, determinado que el hecho en estudio es único, sólo puede concluirse que la solución aplicable al caso es la propuesta por el preopinante, es decir, la absolución de Retamal atento a la previa declaración de la prescripción de la acción penal.- - - - -

----- El distinguido colega que me ha precedido en el voto ha efectuado una pormenorizada descripción de la forma en que se suscitó el hecho, su adecuación típica -luego de analizar los diversos tipos penales involucrados en el caso- y la solución aplicable -la obstaculización de la prosecución del trámite-, toda vez que se ha declarado la prescripción de la acción respecto del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves, en virtud de la aplicación del principio constitucional del ne ///26.- bis ídem y, ante la ausencia de agravio por parte del Fiscal de Cámara, es inaplicable al caso el principio iura novit curia por la prohibición de la reformatio in pejus. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -  
--

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE :

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 270/274 de las presentes actuaciones por la señora Defensora General doctora Mariana Serra.- - - - - Segundo: Casar el punto 3 de la parte resolutive de la

----- Sentencia N° 75/07 de la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca y absolver de culpa y cargo a Juan Marcelo Retamal del delito de daño agravado, por

extinción de la acción penal, decisión que se hace extensiva a la unificación de penas dispuesta (arts. 67 y 184 inc.1º C.P. y 440, 499 y ccdtes. C.P.P.).-----

- Tercero: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 5

SENTENCIA: 78

FOLIOS: 867/892

SECRETARÍA: 2