



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

En la ciudad de La Plata, a los 23 días del mes de agosto de dos mil dieciséis, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el fin de resolver el recurso presentado en la causa **Nº 74.917** caratulada “**ROJAS, GABRIEL ALEJANDRO S/ RECURSO DE CASACION**”, juntamente con su acumulada nro. **74.954** caratulada “**ROJAS, GABRIEL ALEJANDRO S/ RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR AGENTE FISCAL**”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación los jueces deberán observar el orden siguiente: **CELESIA-ORDOQUI**.

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal nro. 4 del Departamento Judicial Lomas de Zamora condenó a Gabriel Alejandro Rojas a la pena de tres (3) años de prisión de ejecución condicional, inhabilitación absoluta por el término de diez (10) años para ejercer cargos públicos como así también para la tenencia y portación de armas de fuego, con imposición de costas, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de armas de fuego cometido con exceso en la legítima defensa.

Contra dicha sentencia interpusieron sendos recursos de casación el Sr. Defensor Particular, Dr. Jorge Gustavo Kraiselburd, conforme surge de fs. 37/43, como así también la Sra. Agente Fiscal, Dra. Sandra Mónica Rull, de acuerdo emerge de fs. 71/78 del legajo acumulado.

Efectuadas las vistas correspondientes este tribunal decidió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: *¿Es admisible el recurso interpuesto?*

Segunda: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Celesia dijo:

Los recursos de casación son admisibles, pues fueron interpuestos en tiempo y forma por quienes tienen legitimación para articularlos, en el caso

de la Defensa, contra una sentencia condenatoria dictada luego de la sustanciación del juicio oral en materia criminal (450 primer párrafo, 454 inc. 1 y conc. del C.P.P), mientras que el Ministerio Público Fiscal cuestiona la sentencia condenatoria pronunciada, en la cual se impuso un monto punitivo inferior a la mitad de lo requerido (450 primer párrafo, 452 inc. 2 y conc. del C.P.P).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Ordoqui dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Celesia, conforme a los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Celesia dijo:

I.- Se presenta la representante del Ministerio Público Fiscal, planteando la inobservancia de los arts. 1 párrafo 3, 106, 210 y 373 del C.P.P, como así también la errónea aplicación del art. 35 del C.P.

Luego de reseñar los antecedentes del caso, subdivide sus agravios en dos motivos:

a).- Primeramente, esboza su opinión en torno a que existe una contradicción lógica entre lo que se dice en el veredicto y lo que se expresa en la sentencia, pues en el primero se dio por acreditado que la víctima resultó ser una persona, que estaba desarmada, elegida al azar por el delincuente para recolectar los efectos personales del resto de los pasajeros que viajaban en el colectivo donde ocurrieron los hechos, mientras que, al tratar la calificación legal, puso en cabeza de la víctima la conducta disvaliosa que generó la necesidad de defensa del imputado, cuyos límites excedió, lo cual considera un verdadero absurdo e impide conocer el itinerario lógico para arribar a la sentencia.

Cita fragmentos del veredicto, en el cual se puntualiza que la víctima Lezcano no hizo más que obedecer al delincuente armado, resultando contradictorio que luego se le atribuya otra intencionalidad, pues en el

veredicto se lo consideró ajeno al robo. Es decir, la motivación es contradictoria porque deja de lado la condición de víctima desarmada de Lezcano, para luego colocarlo en el rol de agresor.

Luego de citar jurisprudencia, concluye este punto afirmando que el control de legalidad de los fundamentos del fallo procede cuando se configura una nulidad de la sentencia, ello si falta la motivación o si la misma es contradictoria, constituyendo un vicio in procedendo –art. 448 inc. 1 del ritual-.

b).- Dice que ha quedado acreditado que el arma de utilería que quedó en el micro era la que portaba el delincuente prófugo, siendo que el occiso estaba desarmado, lo cual así fue considerado por el a quo en su veredicto.

No obstante ello, insiste, se consideró a la víctima como agresora, lo cual ocasionó, causalmente, el accionar del imputado, juzgado luego como exceso intensivo en la legítima defensa.

Dice que el disparo dado por Rojas a la víctima fue luego de entregarle el teléfono celular, tomándolo por sorpresa y sin que el encausado se encuentre en peligro, pues la víctima sostenía la bolsa con sus dos manos y se estaba alejando, en definitiva, su conducta fue desmesurada e irracional ante la situación planteada.

En definitiva, sostiene que no puede configurarse exceso alguno y que el hecho debe ser calificado como homicidio simple, solicitando se dicte una nueva sentencia conforme a derecho.

II.- La Defensa del imputado se agravia del fallo condenatorio, alegando que existe una equivocada tipificación, la cual deriva en una sentencia absurda y arbitraria.

Luego de realizar una reseña de las distintas declaraciones testimoniales sostiene, como eje de su estrategia, que en realidad intervinieron tres armas en el hecho, es decir, la del delincuente prófugo – que llevó consigo-, la del occiso –sería la de utilería secuestrada- y la del imputado, funcionario policial, que resultó, obviamente, apta para su función.

A colación de esto, menciona que el arma que portaba el delincuente era negra oscura, al igual que la de su defendido, siendo que la que fue secuestrada era cromada, lo cual corrobora que existieron tres armas y no dos.

Hace cita de los argumentos de la fiscalía al realizar la acusación, cuando afirmó que el chofer del micro mintió al decir que observó un ademán, por parte de la víctima, previo a ser ultimada por el causante, a lo que el Defensor responde que el testigo no ha tenido ningún motivo para mentir. También habría dicho el chofer que el delincuente prófugo se llevó el arma de fuego que portaba en el atraco.

Agrega a esto que de la circunstancia de que se saludaran todas las noches –el chofer y el policía- no se deduce que necesariamente el conductor mienta para favorecer la situación de su defendido, pues nunca conversaron y el imputado siempre vestía de civil.

Afirma que es mentira que el prófugo eligió a la “víctima” al azar pues, a pesar de que la concubina del fallecido mencionó que no conocían al autor del robo, vivían a cincuenta metros de distancia. A partir de esta circunstancia, dice que la víctima y el prófugo eran amigos y que se concertaron para el robo. A colación de esto, dijo que el chofer nunca escuchó que el ladrón le diera órdenes al occiso.

En lo que respecta a las declaraciones testimoniales incorporadas por lectura, dijo que los testigos dieron direcciones falsas, teléfonos inexistentes y no aportaron sus DNI, resultando “absurdo”. Cita fragmentos del fallo “Benítez” y “Barbone”.

Reitera que la víctima era cómplice del autor prófugo y que inclusive, en el fondo del ómnibus, habían otras personas que se quisieron quedar con el celular del imputado.

Menciona que el arma de utilería secuestrada, cuya portación achaca a la víctima, era muy similar a una verdadera.

De tal forma, considera que su defendido no hizo más que cumplir con su deber de funcionario policial, repeliendo una agresión por parte del occiso, quien pretendió extraer un arma al recibir la voz de alto.

Formula reserva del caso federal y pide la libre absolución de su asistido procesal.

III.- La Fiscalía de Casación Penal petitionó el rechazo del recurso de la defensa y se haga lugar al interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

IV.- Considerando la naturaleza de los agravios explicitados por ambos recurrentes, los cuales giran en torno a la existencia o no de una situación que conlleve una necesidad de defensa por parte del encartado Gabriel Alejandro Rojas, funcionario policial, ello en oportunidad de encontrarse a bordo del micro donde ocurrió el hecho, hacen que razones de correcta hermenéutica ambos recursos deban ser respondidos en un único acápite pues, por hallarse entrelazadas las quejas, estas deben ser abordadas unificadamente.

Así y demarcando la plataforma fáctica, el a quo tuvo por acreditado que el día 12 de noviembre de 2008, siendo aproximadamente las 23:25 horas, en el interior del colectivo de la línea 188, ramal 2, interno 1750, dominio RYQ-302, el que circulaba por la calle Recondo, en la localidad de Valentín Alsina, partido de Lanús, un sujeto del sexo masculino, tras ascender a la unidad, apuntó al chofer con un arma de fuego, al tiempo que le entregó a otro individuo del mismo sexo, quien viajaba en el micro, una bolsa de nylon color negra. Acto seguido, éste último comenzó a recolectar las pertenencias de los pasajeros, siendo que al llegar al séptimo asiento de la línea de los individuales, el aquí imputado, inmediatamente después de entregarle su celular, se identificó como policía, extrajo su arma reglamentaria y le efectuó al menos dos disparos, uno de ellos impactando en la cabeza del sujeto que recolectaba la res furtiva, provocándole el óbito casi instantáneamente, habiendo excedido los límites dados por las circunstancias que la necesidad imponía.

En lo medular, se encuentra acreditado que Rojas accionó su arma de fuego contra la víctima, de hecho, el propio encausado lo reconoce, aunque bajo distintas circunstancias a las referidas por los testigos.

El chofer del micro, Ramón Peralta, dijo que subió un sujeto, sacó un arma y se la apoyó en el cuello, luego extrajo una bolsa, se la dio a otra persona –la víctima, que comenzó a recolectar las pertenencias de los pasajeros- luego escuchó un grito y que alguien dijo alto policía, ante lo que vio por el espejo retrovisor y observó que aquél masculino se sorprendió y al gritar soltó la bolsa, escuchando los disparos. Luego de las detonaciones, el que lo apuntaba le ordena abrir la puerta del micro y se dio a la fuga, trastabillado.

No se explicitó en la sentencia ni en el acta del debate, mereciendo el reproche respectivo el Tribunal por omitir tratar un detalle tan fundamental, pero del alegato fiscal surge que Peralta vio que la víctima realizó un ademán de extraer algo de su cintura, ello antes de recibir los disparos.

Esta particularidad del relato, preterido en el veredicto, es una cuestión esencial, pues permitiría verificar que Rojas, en su caso, descerrajó su arma en virtud de la potencial agresión armada por parte del occiso. Ningún análisis relevante se hizo de este fragmento del relato del chofer.

Peralta también dijo que el arma con el cual lo apuntaba el sujeto que subió en último término al micro era negra, oscura, siendo que la de utilería – que fuera secuestrada a bordo del ómnibus- era plateada, surge inclusive de uno de los puntos resolutivos de la sentencia -decomiso- y del acta de procedimiento que en copia luce en el legajo casatorio acumulado. Tampoco se dejó en claro en el veredicto, pero del alegato fiscal surge que Peralta también refirió que el autor del robo –el que lo amenazaba a él- descendió de la unidad portando su arma, es decir, la de color negro.

Con ello cobraría vigor la hipótesis de la Defensa, es decir, que la víctima portaba la réplica del arma de fuego, color plateado y que el prófugo se llevó la suya de color negro, viabilizando así la posibilidad de que Rojas

se haya representado, solo subjetivamente por la evidente falta de peligro real, un estado de necesidad que lo habilitara a su propia defensa.

Ahora bien e independientemente de que ninguno de los demás testigos dijo haber visto a la víctima extraer un supuesto adminículo, no tiene lógica suponer que ante la voz de alto dada por Rojas, el occiso haya intentado agredirlo con un arma de utilería, pues carecía la misma de la evidente capacidad ofensiva para evitar el accionar policial.

Ya esa sola circunstancia torna inverosímil, increíble y absurdo, la hipótesis de que Lezcano haya intentado agredir a un policía, que se identificó con la voz de alto, empleando un arma de utilería, siendo que el propio Rojas dijo que, cuando le entregó el celular a la víctima, ya tenía con la otra mano su arma reglamentaria. Parece inimaginable semejante torpeza y exposición al riesgo de ser ultimado del sujeto que, según la Defensa, formaba parte del concierto criminal para desapoderar al pasaje de sus pertenencias.

Amén de ello, es correcto el razonamiento del juzgador, que consideró que Javier Ruiz dijo no haber visto al sujeto que pedía las cosas armado, es más, expuso que el individuo de remera verde –que había arremetido contra el chofer en primera instancia- soltó el arma y le pidió al conductor que abra la puerta, a lo que se suma que Mariana Romero manifestó que el sujeto que emprendió la fuga dejó el arma –la de utilería, claro está- en el segundo asiento del colectivo, sin que ningún otro pasajero haya advertido el supuesto además que habría realizado Lezcano y del que solo Peralta y el imputado dieron cuenta.

De tal modo, solamente el funcionario policial Rojas estaba armado con su pistola reglamentaria, el prófugo portaba la de utilería –que abandonó al fugar- y la víctima carecía de objetos que pudieran emplearse eficazmente en forma ofensiva, pues solo llevaba consigo la bolsa que le dio el autor del robo primigenio.

Luego, particularmente de dos declaraciones testimoniales incorporadas por lectura, me refiero a los dichos de Pedro Román González

y de Mariana Soledad Romero, surge que el imputado disparó a quemarropa contra la víctima de autos, sin que haya estado comprometida su seguridad ni haya existido amenaza alguna por parte del occiso contra la vida del imputado.

Así, dijo González "...yo vi cuando el policía le dio el celular, se lo colocó en una bolsa y al toque ése policía sacó el arma y le tiró. En el momento ése lo tenía de frente al chabón..."; mientras que Romero manifestó "...el policía le dio el celular y cuando le sacó el celular el policía le dio dos tiros en la cabeza...".

Ante lo narrado por estos dos testigos, sumado a las particularidades antes analizadas, es claro que la víctima soltó la bolsa al ver que el funcionario blandía su arma reglamentaria –se deduce de parte de la versión del chofer-, luego se escucharon los disparos, los cuales despertaron a varios pasajeros, siendo observada la secuencia completa, por parte de Romero y González, me refiero a la entrega del celular y los inmediatos disparos efectuados por Rojas a la víctima.

Con esto estoy diciendo que la supuesta extracción de un arma por parte de Lezcano –que sería la de utilería, lo reconoce la propia Defensa- fue una circunstancia incorporada al juicio solitariamente por el imputado, e implícitamente por el conductor del micro, pero no vista por ninguno de los demás pasajeros –incluidos dos de ellos que vieron toda la escena-, de lo que deduzco que fue un fútil intento del encartado por alegar una circunstancia exculpatoria inexistente.

Quizá por ello la Defensa realiza notables esfuerzos por tratar de desacreditar los dichos de Romero y González, pues neutralizan totalmente la versión del causante.

Debe decirse, a colación del agravio defensorista, en cuanto a las incorporaciones de testimonios por lectura, que ni siquiera se ha realizado un desarrollo argumental de cual es la concreta queja de la Defensa pues, amén de citar precedentes jurisprudenciales, no dirige su agravio a una solución puntual.

Si lo que se pretende es la declaración de nulidad, primeramente no se ha invocado el interés respectivo ni desarrollado el motivo del perjuicio procesal, lo cual torna el reclamo lisa y llanamente inadmisibles –art. 205 segundo párrafo del ritual-. Agrego a ello que la razón invocada (teléfonos y domicilios falsos informados por los testigos, etc) no es una razón que imposibilite la introducción por lectura, conforme surge de los supuestos del art. 366 del mismo plexo normativo.

De hecho, en un primer momento, el Tribunal ordenó que la Fiscalía arbitre nuevos medios para intentar dar con los testigos, siendo que las nuevas diligencias realizadas no permitieron arrojar luz sobre los respectivos paraderos, lo cual motivó la posterior incorporación por lectura, ello en una nueva audiencia donde se examinaron las tramitaciones realizadas por el Ministerio Fiscal, lo cual surge del acta del debate que fuera adjuntada por la propia Defensa y cuyas circunstancias, por haber estado presente en el juicio oral, no puede desconocer.

Desde otro punto de vista, realizando el máximo esfuerzo revisor – ante la ambigüedad del agravio- si lo que se pretende es desacreditar a González y a Romero por dar domicilios supuestamente falsos, ello es notoriamente insuficiente si se tiene en cuenta que observaron un delito flagrante y estaban a bordo del ómnibus, lo cual ni siquiera es materia de discusión. Dar eventuales datos falsos no implica que se mentirá en cuanto a como ocurrió el hecho.

Luego, la supuesta complicidad de Lezcano para con el prófugo, fundada en la invocada proximidad de los domicilios, no solo no surge de la sentencia sino que tampoco ha esbozado el recurrente, mínimamente, de que probanza resultan estas particularidades, o si solo emerge de sus meras sospechas, demostrándose así la debilidad de la queja. De hecho, si el delincuente se fugó, ni siquiera se explicó si fue luego hallado y sometido a proceso.

En última instancia, aun de ser cierta la proximidad de los domicilios, no me parece que conlleve, necesariamente, una verdadera prueba del concierto criminal, pues solo habilitaría una débil sospecha.

Un último testimonio merece especial cita en este voto y es el de la concubina de la víctima, Verónica Liliana Páez, quien dijo que el sujeto que portaba el arma la apuntó en el vientre y le pasó la bolsa a su pareja, el otrora occiso, para que recolecte las pertenencias de los pasajeros.

Cristian Lezcano, quien estaba desarmado, ya lo he fundado en los párrafos anteriores, emprendió la encomienda del sujeto que terminó fugándose ante el accionar de Rojas, comenzando a desapoderar a los pasajeros de la res furtiva, valiéndose de la bolsa de plástico que le había entregado el antes mencionado.

El a quo comete un yerro jurídico cuando, en la primera cuestión de la sentencia, considera que Lezcano obró injustamente, pues fue todo lo contrario: su conducta estuvo enmarcada en los cauces del estado de necesidad justificante, pues el mal menor ocasionado –afectación del bien jurídico patrimonio- estuvo siempre enderezado a preservar, ya sea su propia integridad física, como así también la de su concubina, quien había sido amenazada por el sujeto no identificado mediante lo que parecía ser un arma de fuego.

No podía la víctima cerciorarse de que el arma de utilería carecía de poder ofensivo, vistas las circunstancias en las que obró, como así tampoco se podía descartar que fuera utilizada en forma impropia por el agresor, lo cual también lo enmarcaría en la justificante que expuse, teniendo en cuenta la inminencia del mal, pues se mantiene la disparidad de bienes jurídicos en pugna (propiedad e integridad física).

De tal modo que si Lezcano realizó una acción típica y esta se encontró justificada por el estado de necesidad –art. 34 inc. 3 del C.P-, entonces jamás pudo haber obrado, sucesivamente, en forma también justificada el aquí imputado, pues no puede ampararse su conducta en un permiso dirigido contra otra acción, a su vez, justificada.

Justamente, uno de los requisitos de la configuración de la legítima defensa es que la agresión sea “ilegítima”, lo cual no se abasteca en este caso por el estado de necesidad justificante en el que obró Lezcano. Dicen Zaffaroni, Alagia y Slokar que *“debido a que la acción agresiva debe ser antijurídica, resulta inadmisibile la legítima defensa contra cualquier conducta que sea conforme al deber jurídico o que tenga lugar dentro del ámbito de la juridicidad. Por ello no cabe la legítima defensa contra el que actúa en legítima defensa ni contra el que actúa en estado de necesidad justificante, ni frente a quien ejerce un derecho o cumple un deber. En cambio, debe admitirse la legítima defensa contra cualquier conducta antijurídica aunque no sea típica, puesto que la ilicitud puede surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico”* (“Derecho Penal: Parte General”, Ediar, 2da edición, 2002, pág. 621).

De esta forma, no puede excederse en los límites de la legítima defensa, como lo ha considerado el Tribunal de juicio, quien nunca obró en forma justificada, pues para traspasar los límites de la necesidad, previamente, debe haberse actuado dentro de los mismos, lo cual no ocurrió en el caso en estudio.

Tampoco ha existido una necesidad racional de los medios para conjurar la supuesta amenaza –art. 34 inc. 6-b) del C.P-, teniendo en cuenta que la víctima se encontraba desarmada, de hecho, le hubiera bastado a Rojas con exhibir su arma reglamentaria para detener a Lezcano y concentrar su atención en el sujeto que él mismo vio armado: el que había amenazado antes al chofer.

En realidad, el causante se ha representado una situación fáctica amenazante que, solo según su subjetividad, lo habilitaba a obrar en legítima defensa, aunque desde el plano objetivo el peligro para la vida era inexistente, pues con un arma de utilería no se puede acabar, eficazmente, con la vida humana.

Es decir, Rojas obró bajo los parámetros de un error de prohibición indirecto, cual recayó sobre lo que creyó era una situación de necesidad de

defensa que no era tal, es decir, se trató de lo que se suele denominar una legítima defensa putativa. *“La otra variante del error indirecto de prohibición tiene lugar cuando el autor cree actuar en una situación de justificación que no existe. Cabe observar que no comprenden estos errores los casos en que efectivamente existe ex ante una situación de justificación, aunque ex post se demuestre que no se ha podido valorar con exactitud la magnitud del supuesto de necesidad. Por el contrario, cuando ex post no existe en absoluto la situación objetiva de justificación, aunque ex ante estuviesen dadas las condiciones para que nadie pudiera haber supuesto otra cosa, la causa de justificación queda excluida y sólo se considera un error invencible de prohibición”* (obra citada, pág. 740).

Partiendo de los postulados de la teoría estricta de la culpabilidad, estos errores, de resultar invencibles, eliminan directamente todo reproche, pero en caso de evitabilidad de los mismos se deberá atenuar la pena pues, si bien existe un marco de autodeterminación para la acción, el mismo se observa reducido por la situación, aunque no lo suprime del todo.

La solución se justifica pues no existiendo una fórmula de imputabilidad disminuida en nuestro código, la respuesta penal merece ser atenuada por el marco reducido en el que actúa el autor.

Ahora bien, teniendo en cuenta la condición de funcionario policial de Rojas –calidad que no ha sido discutida-, su evidente entrenamiento para valorar situaciones de peligro y para emplear su arma reglamentaria en caso de resultar estrictamente necesario, es evidente que el encartado obró en forma apresurada, pues entregó el celular y en forma inmediata descerrajó su arma contra la víctima, previa voz de alto policía –según oyó el chofer Peralta la previa advertencia de estilo-. Debió aguardar qué actitud adoptaba el luego occiso ante su identificación como funcionario, máxime cuando tenía su adminículo ya en la mano, es decir, ya tenía su medio de defensa listo.

Desde una postura objetiva de la evitabilidad del error, dice Claus Roxin que *“es vencible por regla general un error de prohibición cuando el sujeto no se esfuerza en alcanzar los conocimientos jurídicos necesarios,*

pese a que sabe que el sector en el que pretende actuar está sujeto a una normación jurídica específica. Quien abre un banco o una tienda de comestibles, quien pretende explotar un negocio de hostelería o conducir un camión por la carretera sabe que para el ejercicio de estas actividades existen preceptos jurídicos que tienen el objeto de excluir en la medida de lo posible los peligros inherentes a las mismas. Simplemente el saber esto ha de suponer para él ya un motivo para preocuparse por los preceptos jurídicos vigentes en ese sector...” (“Derecho Penal. Parte General”, tomo I, ed. Civitas, 1997, pág. 886). De igual manera, tiene motivos para cerciorarse de la antijuridicidad de su accionar quien es consciente de que perjudica a terceros (obra citada, pág. 887), resultando también vencible el error en tal supuesto. Claramente, esto ocurre cuando se dispara un arma de fuego, aunque sea por el peligro que ello conlleva.

Así, el emérito profesor de la Universidad de Munich expone que, cuando no se den ninguno de los tres supuestos que configuran motivos para reflexionar sobre la antijuridicidad –duda del sujeto, ámbito de actuación y conciencia de perjudicar a terceros- se juzgará un error de prohibición invencible. Desde esta perspectiva, es difícil imaginar la invencibilidad del error de Rojas, si partimos de que sabía que su disparo podría generar la muerte de la víctima, actuando en ese momento como funcionario policial, todo lo cual lo obligaba a extremar el análisis de la adecuación de su conducta con la invocada causal de justificación.

Dicen Zaffaroni, Alagia y Slokar, desde una perspectiva distinta y sin partir de motivos especiales para reflexionar como si lo hace Roxin, que *“...la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad, es decir un límite de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad. Desde esta perspectiva -y si no se quiere desnaturalizar el problema-, no puede sostenerse ningún deber de información jurídica que incumba al ciudadano como tal, sino que todos los ciudadanos tienen -directamente y sin lugar a dudas- el deber de no cometer injustos, sólo que tal deber les es exigible en la medida en que dispongan efectivamente del correlativo*

derecho a comprender la naturaleza de tales injustos, sin que importe si han hecho o no uso de ese derecho de comprensión. Como se ha señalado, la culpabilidad no se funda en el conocimiento efectivo -y menos aún en la efectiva comprensión- de la criminalidad de la conducta, sino en la mera posibilidad. Conforme a la naturaleza de la culpabilidad -y de la inculpabilidad- la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades, lo que permite afirmar que la evitabilidad del error exculpante presenta, por lo menos, tres aspectos que deben ser analizados para su correcta valoración: (a) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la conminación penal de su conducta, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información; (b) si el sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del período de que disponga para la toma de decisión, de la posibilidad de reflexión en la circunstancia dada, etc. y (c) si al autor le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento, y con un standard mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla...” (“Derecho Penal: Parte General”, 2da edición de ed. Ediar, 2002, pág. 728).

Así y si bien, como dicen los autores referenciados, *“la exigibilidad siempre es a una persona concreta, pero en una situación y una circunstancia también concretas”* (cita precedente), es decir, en forma personalizada conforme a las particulares circunstancias del hecho y del sujeto actuante, en el caso de Rojas este sospechó –según sostuvo– que el sujeto que había amenazado al chofer no estaba solo, con lo cual se representó la posibilidad de que la víctima portara un arma de fuego, aunque en realidad no era así, parece difícil imaginar la inevitabilidad del error sobre la existencia de la justificante si se tiene en cuenta su experiencia como numerario del orden y del manejo de armas de fuego, es decir, ha existido una deficiente valoración de la situación de necesidad respecto de la

concreta conducta desplegada por Lezcano, quien nunca lo puso en peligro de muerte, ni al imputado ni a los pasajeros.

No obstante lo expuesto, encuentro pertinente, conforme al art. 371 del ceremonial, incorporar como circunstancia aminorante de la pena, el error evitable de prohibición en el cual obró el justiciable, lo cual deberá repercutir en un menor grado de reproche.

Finalmente, en cuanto a las consideraciones defensoras de la conducta del implicado como cumplimiento del deber, por una parte, la plataforma fáctica no encaja en tal supuesto, sino en el tipo permisivo de legítima defensa, debiendo remitirme a todas las consideraciones ya efectuadas.

Por otro lado, no existe un deber de repeler la acción de un individuo que obra amparado por un estado de necesidad justificante, de manera que los planteos son, lisa y llanamente, inatendibles.

Así las cosas, propongo al acuerdo rechazar el recurso impetrado por la Defensa, hacer lugar al interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, en el punto de la calificación legal, casando la sentencia por haber sido erróneamente aplicado el art. 35 del C.P, condenando al encausado por el delito de homicidio agravado por el uso de armas de fuego, debiendo el a quo establecer la pena aplicable teniendo en cuenta las agravantes y atenuantes ya ponderadas a las que sumará la aminorante incorporada en esta sede. Sin costas en esta instancia teniendo en consideración la complejidad de las cuestiones sometidas a estudio.

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Ordoqui dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Celesia, conforme a los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal, por unanimidad;

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLES los recursos de casación articulados por ambas partes.

II.- RECHAZAR el remedio procesal impetrado por la Defensa, por los motivos señalados en la segunda cuestión tratada.

III.- HACER LUGAR a la impugnación casacional interpuesta por el Ministerio Público Fiscal, en el punto de la calificación legal, por haber sido erróneamente aplicado el art. 35 del C.P, casando la sentencia y condenando al encausado Gabriel Alejandro Rojas por el delito de homicidio agravado por el uso de armas de fuego, debiendo el a quo establecer la pena aplicable teniendo en cuenta las agravantes y atenuantes ya ponderadas, a las que sumará la aminorante incorporada en esta sede.

Sin costas en esta instancia teniendo en consideración la complejidad de las cuestiones sometidas a estudio.

Rigen los arts. 450 primer párrafo, 452 inc. 2, 454 inc. 1, 530, 531 y conc. del C.P.P).

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes. EM

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – MARTIN MANUEL ORDOQUI

Ante mí: María Espada