

**SENTENCIA: *Fundamentación*. Principio de razón suficiente. RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: Bien jurídico protegido. Diferencias con el delito de atentado a la autoridad. Presupuesto de la figura. Características de la orden a la que el sujeto activo se resiste. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA- Facultad *discrecional del tribunal de juicio*: Estándar de revisión. Educación. *Pautas para su valoración*.**

TSJ , Sala Penal, S. n° 105 del 16/5/11, autos "*OLIVA, Roberto Ramón p.s.a. resistencia a la autoridad, etc. -Recurso de Casación-*".

## SENTENCIA NUMERO: CIENTO CINCO

En la Ciudad de Córdoba, a los dieciseis días del mes de mayo de dos mil once, siendo las doce y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "*OLIVA, Roberto Ramón p.s.a. resistencia a la autoridad, etc. - Recurso de Casación-*" (Expte. "O", 89/10), con motivo del recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada, Dra. Silvina Muñoz, defensora del imputado Roberto R. Oliva, en contra de la sentencia numero treinta y nueve del primero de noviembre de dos mil diez, dictada por la Excma. Cámara en lo Criminal de la ciudad de Villa María, a través de una de sus salas unipersonales.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

I. ¿Se ha violado el principio de razón suficiente al condenar al imputado por el delito de lesiones graves en perjuicio del empleado policial Pereyra?

II. ¿Ha sido aplicada al caso de marras incorrectamente la figura penal de atentado a la autoridad prevista en el art. 238 inc. 4to. del C.P.?

III. ¿Resulta indebida la individualización de la pena impuesta al encartado Oliva en la sentencia?

IV. ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

### A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia N° 39, del primero de noviembre de 2010, la Excma. Cámara en lo Criminal de la ciudad de Villa María, a través de la sala unipersonal (art. 34 bis del C.P.P.), en lo que aquí importa, resolvió: "*...I) Declarar que ROBERTO RAMÓN OLIVA es autor responsable de los delitos de atentado contra la autoridad agravado y lesiones graves, todo en concurso real (arts. 238 inc. 4°, 90, 92 en función del 80 inc. 8° y 55 del C.P.), que le atribuyó la acusación fiscal e imponerle la pena de CUATRO AÑOS de prisión, declaración de reincidencia, accesorias legales y costas...*" (fs. 245).

II. Frente a ello comparece la defensora del imputado Roberto Ramón Oliva, Dra. Silvina Muñoz (Asesora Letrada) e interpone recurso de casación, exponiendo diversos agravios que

participan de la naturaleza de ambos motivos de dicha herramienta impugnativa (C.P.P., art. 468 incs. 1° y 2°).

En segundo término (lo cual es aquí tratado inicialmente por razones metodológicas) canaliza un agravio a través del motivo formal contemplado en el art. 468 inc. 2do. del C.P.P.

Denuncia aquí la inobservancia del principio de razón suficiente en el fallo en cuanto lo tuviera al acusado como autor del hecho calificado como lesiones graves. Es que, afirma, la conclusión del *a quo* no deriva necesariamente de las probanzas invocadas en su sustento.

Luego de consignar diversos pasajes de la sentencia en crisis, dice que en la conclusión del sentenciante sólo se cita el testimonio de Centeno, el resultado del careo y las constancias médicas, pero ninguna valoración se efectúa en relación a tales probanzas.

Destaca allí que tanto la víctima como el testigo mencionado son funcionarios policiales y practicaron juntos el procedimiento que culminara con la aprehensión de Oliva. Ambos reconocieron la superioridad numérica, el mayor poder ofensivo (ambos armados) y aunque no admitieron que Oliva resultó lesionado, ello se encuentra acreditado con el correspondiente certificado médico.

Oliva, dice, no mintió ya que eran dos empleados policiales los que intervinieron en el procedimiento, estaban armados y utilizaron la fuerza para reducirlo y dejarlo tendido boca abajo, a consecuencia de lo cual tanto Pereyra como él resultaron lesionados y nada prueba que la lesión en uno de sus dedos (referida por el policía Pereyra) fuera consecuencia directa del accionar de Oliva. Dice allí que subsisten dudas sobre la manera en que se produjeron tales lesiones, ya que por la ubicación y características pudieron haber resultado de las maniobras de sujeción que empleó el funcionario policial y no del obrar deliberado de Oliva.

Está probado, insiste, que el damnificado Pereyra intentó reducir al imputado y en esos forcejeos sintió dolor en su mano; también que no solo el policía resultó con lesiones sino también el encartado (Cfr. certificado médico).

Afirma la impugnante que no puede dejar de señalarse que Oliva, en el momento del hecho, siendo las 01.00 hs. se encontraba -según sus dichos- descansando en su vivienda, cuando fue sorprendido por el procedimiento policial dirigido a la persecución del prófugo y seguramente llevó a los funcionarios actuantes a sospechar que estaría encubriendo al fugado. Más allá que su versión no fuera tomada en cuenta, agrega, la experiencia común enseña que resulta más creíble suponer que a esa hora Oliva se encontraba descansando en su casa y no en medio del baldío que lo rodea oponiéndose sin motivo alguno al procedimiento policial que no se dirigía hacia él ni a quien conociera.

Los policías, expresa, dan la versión tomada por el *a quo* para justificar su accionar y la juzgadora no considera la de Oliva por la exclusiva razón de que cuenta con antecedentes penales.

De lo anterior, precisa, al menos hay dudas de que el hecho ocurriera del modo en que se fijara. Afirma que la declaración del imputado, al ser un medio de defensa y no de prueba, no puede ser utilizada en su contra.

Por lo anterior, considera que Oliva debe ser absuelto por el beneficio de la duda por el hecho que fuera calificado legalmente como lesiones graves (fs. 247/256).

III.a. Se advierte con la lectura de lo recién consignado que la impugnante denuncia aquí una supuesta vulneración al principio de razón suficiente al momento de condenar al imputado Oliva por el delito de lesiones graves.

Esta Sala, desde tiempos inveterados tiene dicho que la motivación de la sentencia debe ser derivada, es decir, respetuosa del principio de razón suficiente. Ello importa que la prueba en la que se basan las conclusiones a que se arriba en la sentencia, sólo pueda dar fundamento a esas conclusiones y no a otras; o expresado de otro modo, que aquéllas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento (TSJ, Sala Penal, S. n° 13, 27/05/1985, "Acevedo"; S. n° 11, 8/05/1996, "Isoardi"; S. n° 12, 9/05/1996, "Jaime"; S. n° 41, 31/05/2000, "Spampinato"; "Torres", S, n° 348, 23/12/2009; entre otras).

b. El *a quo*, a fin de declarar autor del delito de lesiones graves al imputado Oliva en el hecho investigado (el cual será transcripto *infra* -punto II. 2. de la siguiente cuestión-) tuvo en cuenta los siguientes argumentos y probanzas:

\* Declaración testimonial del empleado policial Matías S. Pereyra (víctima), quien en síntesis, afirmó que se constituyó en el lugar del hecho en virtud de un llamado que anoticiaba que el prófugo Centeno se encontraba allí y sobre el mismo pesaba pedido de captura. Que al divisarlo en el lugar del hecho y luego de descender del patrullero, mientras seguía al nombrado Centeno por un terreno baldío se interpuso el imputado Oliva, diciéndole, entre otras cuestiones, que "*dejaran al chico*", luego de lo cual sintió un golpe en la mano y el dedo. Narró que en ese momento sólo estaban el declarante y su compañero de trabajo llamado Leandro Alexis, también de apellido Centeno.

Narró Pereyra que a raíz de dicho ataque sufrió la fractura de la tercera falange de su mano izquierda y perdió el 35 % de la posibilidad de extensión del dedo, habiéndosele asignado 60 días de inhabilitación.

\* Ponderó la Cámara el careo que, entre el imputado y el ofendido, se llevara a cabo. Destacó que cada uno insistió en su versión y que cuando el traído a proceso dijo que el golpe del

dedo de la víctima pudo tener origen en el momento en que le pegaron a él y a la puerta, Pereyra contestó que había sufrido una fractura con desplazamiento hacia afuera y que eso era imposible que tuviera origen en un simple golpe. Oliva refirió en la oportunidad que Pereyra le decía "*sidoso y tu madre también*" pero el empleado policial respondió que antes de la detención "*no tenía idea*" de que Oliva tuviera sida, ni el ni su madre (el imputado reconoció que no conocía a ninguno de los policías que intervinieron en el procedimiento).

\* Fue valorado a fin de formar convicción el testimonio del otro empleado policial, Leandro A. Centeno. En líneas generales declaró en términos idénticos a los brindados por Pereyra, corroborando el accionar de Oliva y los términos con los que se dirigió hacia el personal policial. En lo que aquí importa, relató Centeno que en un momento escuchó un grito de dolor de su compañero por lo que fue a colaborar para reducir al sujeto. Agregó que al momento de los hechos solo contaba con ocho meses en la fuerza policial y le dio miedo lo enfurecido que estaba "este hombre" (Oliva). Negó Centeno que en algún momento hubieran ingresado a la casa del imputado, sino que éste se les apareció en el baldío por el cual se daba a la fuga el sujeto que pretendían aprehender. Preciso que no vio lesionado al encartado.

\* Al igual que ocurriera con el testigo Pereyra, Centeno también fue sometido a un careo con el imputado, oportunidad en que cada uno se mantuvo en sus dichos, acentuando el testigo que en el forcejeo sintió el grito de dolor de su compañero.

\* Fue ponderado inculporatoriamente el certificado médico de fs. 8 que acredita que Pereyra sufrió fractura de la tercer falange de mano izquierda, que demandó 35 días de inhabilitación para el trabajo y 40 de curación. Lo anterior lo relacionó con la planilla de atención del Hospital Pasteur que acredita la atención de Pereyra, el día del hecho, por fractura de falange (fs. 30). Sumó allí la planilla de faltas al servicio de fs. 187 correspondiente al damnificado.

\* El acta de fs. 3 da cuenta de la aprehensión del imputado Oliva en la vía pública y no en el interior de su vivienda, lo cual es completado y corroborado por el croquis de fs. 5 y el acta de inspección ocular de fs. 6.

\* Ponderó que ante las versiones contradictorias entre el imputado y la víctima sobre lo sucedido la noche del hecho, se inclinaba por la del empleado policial Pereyra, atento al apoyo que a la misma le brindaba el testimonio de Leandro A. Centeno, quien coincidía plenamente con aquel, previo haber prestado juramento de ley.

\* Por último, destacó que el imputado Oliva, por su parte, negó el hecho y denunció que los empleados policiales ingresaron al interior de su casa lo sacaron y le pegaron pensando que allí se encontraba escondido el sujeto que se dio a la fuga, "*pero no suministra ninguna prueba en apoyo*

*de su versión... aunque los supuestos testigos hayan tenido miedo de declarar, tal cual afirma el imputado, si los hubiera mencionado, hubieran podido ser traídos... a declarar... Pero tal prueba no ha existido por exclusiva inactividad del acusado...".*

c. Adelanto opinión en cuanto que postularé el rechazo al presente agravio ya que la sentencia atacada, en relación a la atribución al imputado Oliva del delito de lesiones graves, conforme se vio en la reseña efectuada en el punto anterior, ha sido respetuosa del principio de razón suficiente.

Contrariamente a lo que sostiene la impugnante, el fallo no se ha limitado a citar determinadas probanzas, sino que, además de ello, ha efectuado una correcta ponderación de las mismas.

En prieta síntesis, se concluyó que la versión inculpativa de la víctima-lesionada fue avalada por la del otro empleado policial interviniente (Centeno) y que sus versiones -prestadas bajo juramento y previo conocer las penalidades del delito de falso testimonio-, a su vez, encontraban correlato en lo que surge de la documentación relativa a la lesión sufrida por Pereyra.

A lo anterior se suma lo que acreditan el acta de aprehensión, croquis ilustrativo y acta de inspección ocular, instrumentos públicos que hacen plena fe de su contenido -art. 979 del C.C.- y que fundamentalmente acreditan el lugar de detención del imputado (en el baldío y no en la vivienda de Oliva, como este lo sostiene). Dichas actas, no han sido atacadas y más aún, ni siquiera ponderadas por la recurrente.

Este cuadro cargoso, pretende ser contradicho por la defensa de Oliva solo haciendo pie en las manifestaciones que efectuara en el momento de ejercer su defensa material.

Así, tomando tal versión, sostiene que en el momento del procedimiento policial el encartado se encontraba en el interior de su casa donde irrumpieron los policías buscando a otro sujeto y que no estaba en ningún terreno baldío. Empero, tales manifestaciones defensivas no encontraron apoyatura en elemento probatorio alguno, contrariamente, como se dijo, a la versión de la víctima.

Han sido, entonces, las probanzas enumeradas y ponderadas por el *a quo* las que permitieron formar convicción para la condena de Oliva y no un prejuicio derivado de los antecedentes penales con los que cuenta, como lo sostiene su defensora.

Finalmente, por lo mismo, no se advierte que el sentenciante haya desconocido la naturaleza de la declaración del imputado como medio de defensa, como se queja el presentante, sino que, simplemente, los extremos por aquél invocados, no encontraron correlato en elemento probatorio alguno.

Por todo ello, voto por la negativa a la presente cuestión.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

**A LA SEGUNDA CUESTION:**

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. La defensa del encartado Oliva plantea otro agravio (que expone en primer término en su libelo), el cual canaliza a través del inc. 1ro. del art. 468 del C.P.P.. Denuncia una errónea aplicación de la ley sustantiva al subsumir la conducta de Oliva en la figura de atentado a la autoridad (art. 238 inc. 4to. del C.P.) cuando lo correcto hubiera sido hacerlo en la de resistencia a la autoridad (art. 239 íbid).

Refiere que el atentado a la autoridad consiste en imponer al funcionario que haga o se abstenga de hacer algo propio de su función, cuando dicho acto no ha comenzado en su ejecución. En cambio, cuando la voluntad del funcionario pasa a dicha etapa (ejecución), como se verifica en el presente, la manifestación de voluntad adquiere el carácter de una orden con destinatarios y mediando oposición a la misma, lo que se configura es el delito de resistencia a la autoridad.

En el caso concreto, dice, tal como ha quedado fijado el hecho, Oliva se opuso a la persecución que personal policial efectuaba de una persona que por los datos recibidos tenía orden de captura y a la que se pretendía aprehender. Es decir que la orden emanada de autoridad competente preexistía, ya había comenzado a ejecutarse por el personal policial y en todo caso el obrar del acusado se circunscribió a trabar o impedir el acto legítimo de sus funciones.

Sostiene que de las propias palabras del sentenciante se desprende que la actividad del funcionario público ya estaba ejecutándose.

Lo cierto y probado, agrega, es que los funcionarios policiales descendieron del móvil e iniciaron la persecución de la persona que se sospechaba tenía orden de captura para aprehenderlo y que llevándose a cabo tal accionar sobrevino la conducta de Oliva que, sin motivo o razón, se opuso trabando e impidiendo su materialización.

Por lo antes mencionado solicita se case la sentencia y se califique la conducta de Oliva como resistencia a la autoridad y no como atentado a la misma (fs. 247/250).

II. 1. De lo recientemente consignado surge claro que lo que aquí pretende el impugnante es que se modifique la calificación legal de parte del hecho por el cual resultara condenado el

encartado Oliva, puntualmente en cuando resultara sancionado por el delito de atentado a la autoridad agravado (art. 238 inc. 4to. en función del 237, ambos del C.P.), entendiendo que lo correcto sería la subsunción de dicho tramo en la figura de resistencia a la autoridad (art. 239 íbid).

El interés en el reclamo expuesto surge patente si se piensa que la primer figura contempla una pena que parte de un mínimo de 6 meses para ascender a un máximo de 2 años de prisión mientras que la restante reprime la conducta con una pena que arranca en 15 días y encuentra su techo en un (1) año de la citada pena privativa de libertad.

2. Necesario resulta aquí a fin de resolver el presente agravio, transcribir el hecho por el cual fuera condenado el imputado Oliva, el cual quedó fijado de la siguiente manera:

*"Que el día veintisiete de diciembre de dos mil nueve, siendo aproximadamente las 01 hs., en circunstancias en que el Cabo Martín Sebastián Pereyra, adscripto al Personal de la Patrulla Preventiva..., se encontraba patrullando el sector asignado, a bordo del Móvil Policial..., el operador le informó que por un llamado anónimo se daba cuenta que Pablo Centeno, quien tiene pedido de captura, estaba merodeando por calle Corrientes y Monteagudo... constituido en dicho lugar observa que por calle Monteagudo entre calles Corrientes y Entre Ríos un sujeto de sexo masculino, vestido... al ver el móvil policial comienza a correr dándose a la fuga por un terreno baldío al cual se ingresa por calle Entre Ríos. Seguidamente el cabo Martín Sebastián Pereyra comienza la persecución del sujeto ingresando al terreno baldío por calle Entre Ríos y al hacer unos 30 metros... es interceptado por el traído a proceso Roberto Ramón Oliva, quien comienza a gritar "¿Qué están haciendo?, dejen tranquilo al chico..." y luego lo insultó y al intentar persuadirlo, el imputado lo agredió físicamente al Cabo Pereyra, arrojándose contra el mismo, haciendo que ambos cayeran al piso, forcejeando, tratando el imputado de sacarle el arma reglamentaria, a la vez que gritaba "...¿Vos qué te pensás, no sabés quien soy?, que no me va a dar la nafta para matarte, yo estuve en la cárcel, te voy a matar...". Luego el imputado agarró la mano izquierda del Cabo Pereyra, doblándole los dedos hacia atrás, y seguidamente lo tomó del brazo impidiendo de este modo que continuara con la persecución. Siendo asistido a los fines de la aprehensión... por el Agente Leandro Alexis Centeno... consecuencia de lo narrado, el Cabo... Pereyra sufrió: fractura de 3° falange mano izquierda, por la que se le asignaron 35 días de inhabilitación para el trabajo y 40 días de curación..."*

3. A fin de aplicar la figura penal aquí discutida, el a quo ponderó en la segunda cuestión del fallo que *"...la conducta de Oliva encuadra en la figura de Atentado a la Autoridad agravado... pues el imputado... se interpuso para imponerse a la autoridad tratando de evitar el cumplimiento de la legítima actividad de la policía (la aprehensión de quien tenía orden de captura); es decir que quiso*



*imponer al funcionario policial una acción u omisión que éste no había comenzado a concretar objetivamente aún... entorpecimiento violento, de verdadero ataque, forcejeó..."* (fs. 244/245).

4. a. Esta Sala, con integración parcial idéntica a la actual (Dras. Cafure de Battistelli y Tarditti), tuvo oportunidad de expedirse sobre las diferencias existentes entre las figuras aquí debatidas -atentado y resistencia a la autoridad- en el precedente "Zalazar" (S. n° 31 del 5/3/99), motivo por el cual en líneas generales se seguirá lo allí sostenido.

El bien jurídico protegido por el delito de resistencia a la autoridad (art. 239 C.P.), se sostuvo en el precedente citado, es la libre acción del funcionario público en el legítimo ejercicio de su función (NÚÑEZ, RICARDO C., "*Derecho Penal Argentino*", Lerner, Bs.As., 1974, T. VII, págs. 26/27; LAJE ANAYA, JUSTO - GAVIER, ENRIQUE, "*Notas al Código Penal Argentino*", Lerner, Córdoba, 1996, T. III, pág. 98). En el atentado contra la autoridad, lo que se menoscaba es la libertad de determinación del oficial público, su libertad de decisión en el ejercicio de la función (Cfr. CREUS, CARLOS-BUOMPADRE, JORGE E., "*Derecho penal, parte especial*", Astrea, Buenos Aires, 2007, .T° II , págs. 228/229).

Presupuesto de la figura de resistencia -y a la vez elemento diferenciador de la misma respecto del atentado-, se entendió en el fallo mencionado, es la existencia de una orden: una "*disposición ejecutable contra alguien*" (SOLER, SEBASTIÁN, "*Derecho Penal Argentino*", T.E.A., Bs.As., 1970, T. V, pág. 99), "*el mandato emitido por una autoridad a una o varias personas determinadas, de cumplir una disposición de la autoridad pública*" (Núñez, ob.cit., pág. 27) o más abarcativo, se ha dicho que debe preexistir "*una decisión funcional que haya originado una orden ejecutable contra alguien*" (Cfr., Creus-Buompadre, trabajo mencionado, p. 235)

En cuanto a esta orden, ha dicho con acierto la doctrina que debe haber una "*ejecución actual o inminente de parte de un órgano*" y que "*el delito comienza cuando el órgano inicia el ejercicio de su función ejecutiva, esto es, del acto mismo encomendado*" (Soler, ob.cit., pág. 100).

De allí que la distinción con el atentado (art. 237, y por ende, las formas calificadas del art. 238 del C.P.), estriba en que mientras en esta figura se impone un hacer (Soler, ob.cit., pág. 92), suprimiéndose la libertad de decisión del funcionario público para reemplazar sus determinaciones por las propias (Laje Anaya - Gavier, ob.cit., pág. 94), en la resistencia el designio comienza a ser llevado a cabo y es a esta realización a lo que el sujeto activo se opone.

Por ello, explica Núñez que el atentado es posible mientras el funcionario no haya puesto en ejecución su decisión de realizar u omitir el acto propio de sus funciones. Los impedimentos a la realización de esa decisión corresponden al ámbito de la resistencia contra la autoridad (Núñez, ob.cit., pág. 21).

Ahora bien, en cuanto a lo que a los fines típicos debe considerarse "*orden*", no hay en doctrina ni jurisprudencia límites más allá de la propia esfera de competencia del funcionario y la legitimidad del acto (NÚÑEZ, RICARDO, "*Manual de Derecho Penal - Parte Especial*", Lerner, Córdoba, 1982, pág. 398).

b. Efectuado el marco teórico anterior, estamos en condiciones de dirimir el agravio aquí planteado, anticipando que postularé el acogimiento del mismo.

Ello es así por cuanto del hecho tenido por acreditado por el sentenciante surge claro que cuando el imputado Oliva se interpuso -forcejeando- al accionar del Cabo Martín S. Pereyra, éste ya había descendido del patrullero, se había introducido a un terreno baldío y corrido aproximadamente 30 mts. detrás de quien pretendía aprehender (Pablo Centeno) en virtud de la orden de captura que pesaba sobre el mismo, es decir, ya había una decisión funcional que originaba una orden propia del ámbito de actuación del personal policial interviniente.

La intervención de Oliva tuvo por fin impedir o resistir la concreción de la mentada aprehensión de Centeno por parte del empleado policial y no exigirle a éste la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

Habiendo puesto en marcha ya el Cabo Pereyra la decisión de aprehender al nombrado Centeno, el impedimento a la realización de tal acto funcional, entonces y conforme se analizó líneas arriba, es propia del ámbito del delito de resistencia a la autoridad y no del atentado a la misma.

Es mi voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Plantea finalmente la defensa de Oliva un tercer agravio, que refiere es subsidiario de los anteriores y afirma que es propio de ambos motivos del recurso de casación.

Allí, la queja está dirigida al *quantum* de pena que el *a quo* individualizó para sancionar al imputado.

Refiere inicialmente que en la segunda cuestión se subsumió el accionar de Oliva en las figuras de atentado a la autoridad agravado y lesiones graves (C.P., arts. 238 inc. 4to., 90 y 55) pero en la parte resolutive se mencionaron como aplicables otras disposiciones, incluyendo la que califica el delito de lesiones graves (arts. 238 inc. 4to., 90, 92 en función del 80 inc. 8vo. y 55 del C.P.). Por tal motivo considera que la decisión carece de motivación y deviene arbitraria por cuanto no permite evaluar los parámetros punitivos en abstracto tomados para seleccionar el monto de la pena que se aplicó al caso.

Desde otro costado, sostiene que se ponderaron en el fallo como agravantes circunstancias modales del hecho que se encuentran ya contempladas en el tipo penal seleccionado, como aquella que se refiere a la condición de miembro de la fuerza policial de la víctima, lo cual vislumbra una doble valoración legalmente vedada.

Agrega que se tomó como agravante a la conducta procesal del imputado, lo cual no puede ser valorado en su contra. Que haya declarado Oliva, negado el hecho y aportado una versión de lo ocurrido no puede ser tomado como una agravante, piensa. Ello por cuanto sería desconocer la naturaleza de la declaración del imputado como medio para ejercer su defensa y en definitiva se vulneraría la garantía de la defensa en juicio.

También, agrega, se tomó en consideración a la "*carencia de motivos para proceder*", "*persistencia en el delito*" o bien "*el daño causado*", los cuales fueron enunciados genéricamente para luego precisar que el daño es mayor en cuanto se produjo a un miembro de fuerzas de seguridad, lo cual ya está contemplado en el tipo penal.

Además, entiende que se omitió valorar como atenuante, a la falta de planificación o el grado leve de violencia desplegada en el suceso o bien ciertas condiciones personales, tales como el escaso grado de instrucción, medio de vida, ambiente social en el que se desempeña y la problemática adictiva que, indudablemente se proyecta en su menor culpabilidad debido a su menor libertad para motivarse normalmente al momento de cometer el hecho. De haberse ponderado ello, el monto de la pena sería inferior.

Por todo ello solicita que se case la sentencia atacada y valorando adecuadamente las pautas objetivas y subjetivas del caso, se fije un nuevo monto de pena (fs. 247/256).

II. En lo que concierne a la materia bajo análisis, el Tribunal de Juicio impuso a Roberto R. Oliva, la pena de cuatro años de prisión, declaración de reincidencia, accesorias legales y costas, en función de haber ponderado -a fs. 245- lo siguiente:

\* *La conducta procesal del imputado.*

\* *La carencia de motivo para su proceder.*

\* *La persistencia en el delito a pesar de los reiterados tratamientos penitenciarios que ya le fueron impuestos.*

\* *El daño causado no sólo a la víctima en sí, sino a la sociedad toda que se vio privada de un miembro de la fuerza de seguridad en épocas de tremenda necesidad de esfuerzos de custodia a la población, sumado al perjuicio que sufre la ciudadanía económicamente ante la inactividad del funcionario público que debe igualmente cobrar sus emolumentos.*

III. a. Corresponde aclarar en primer término que si bien la impugnante afirma que el presente agravio es propio de ambos motivos del recurso de casación, la lectura del mismo evidencia que lo que en rigor se ataca es la fundamentación del fallo sobre el punto de la individualización de la pena, lo cual trasluce que claramente la queja participa de la esencia del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2° C.P.P.) por lo que así será considerado.

b. Este tribunal ha entendido que la individualización de la pena configura el ejercicio de una potestad discrecional del Tribunal de mérito, y por lo tanto es posible, a través del motivo formal, el contralor de la fundamentación de la sentencia cuando presenta los vicios de falta de motivación, motivación ilegítima, o motivación omisiva (si se soslayan circunstancias atenuantes).

Más recientemente, el estándar ha alcanzado también a la selección de la especie de pena (T.S.J., Sala Penal, "Peralta" S. n° 89, 5/10/2001-), o al monto de la pena -posible entre el mínimo y el máximo de la escala-, cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado o incongruente en relación a las circunstancias de la causa (T.S.J., Sala Penal, "Ceballos", S. n° 77, 7/6/99; "Robledo de Correa", S. n° 33, 7/5/03; "Aguirre", S. n° 59, 28/06/05).

En esta evolución jurisprudencial tuvo influencia el llamado "derecho al recurso" contemplado en los tratados constitucionalizados, que -si bien con diferentes giros- se refieren claramente a la legitimación del imputado; a saber: el "inculpado de delito" tiene el derecho de "*recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior*" (CADH, 8, 2, h); o bien se alude al "declarado culpable", quien tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena "*sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley*" (PIDCyP, 14, 5). Por ello es que sólo el imputado puede acceder al estándar de revisión judicial más amplio a través del recurso de casación (T.S.J., Sala Penal, "Suárez", S. n° 31, 10/03/2008).

Por último, corresponde destacar que la individualización judicial de la pena encuentra como límite que una circunstancia fáctica prevista normativamente para agravar la escala penal no puede valorarse doblemente: como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial. Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal, y por ende, cometido el delito,

su nueva selección por el Juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del *non bis in idem* (T.S.J., Sala Penal, S. n° 13, 11/3/98, "Avalos"; S. n° 124, 10/5/10, "Pérez Aragón", entre muchos otros ).

c. Adelanto opinión en cuanto que postularé el acogimiento del presente agravio debido a la indebida ponderación de ciertas circunstancias efectuadas por el *a quo* al momento de individualizar la sanción a imponer al encartado Oliva.

Inicialmente, corresponde aclarar que si bien fue recién en la parte resolutive de la sentencia, y no en la segunda cuestión, donde el tribunal de mérito hizo mención a la calificante de las lesiones graves prevista en el art. 80 inc. 8vo. del C.P. -conforme a la remisión establecida en el art. 92 íbid-, atento que la sentencia constituye una unidad (T.S.J., Sala Penal, A. n° 25, 16/04/96, "Jalil"; S. n° 181, 30/7/10, "Ortiz", entre muchos otros) y que se resultó indiscutida tanto la calidad de empleado policial de la víctima como que se encontraba prestando servicios, no se advierte sorpresa alguna por la subsunción en la figura agravada que se hiciera en la parte dispositiva, descartándose entonces que la defensa no pudiera evaluar cual fue la escala penal tomada en cuenta por el sentenciante.

Dicho lo anterior, el análisis de las ponderaciones que hiciera el *a quo* y de las que se queja la recurrente, como asimismo de las que denuncia omitidas (lo cual será rechazado) fundarán la conclusión recién expuesta.

En primer lugar, y tal como se vio, la impugnante critica que se tuviera en cuenta, a título de agravante la "*conducta procesal del imputado*", lo cual en el caso resultó incorrecto. Es que, inicialmente debe indicarse que el sentenciante no ha fundado tal extremo y ello tampoco puede extraerse de las circunstancias de autos. Es que si se ha hecho referencia a las conductas desplegadas por el mismo en el establecimiento penitenciario desde su detención (ayuno voluntario, autoagresión, negativa a alojarse en el lugar indicado, practicarse puntos de sutura en sus labios), a más de haber sido sancionado en relación a algunas de ellas por las autoridades penitenciarias, no han tenido impacto en el proceso. Si lo que se tuvo en cuenta -no explicitado, se insiste- fue que al declarar el imputado negó los hechos atribuidos, efectuó una serie de consideraciones que estimó útiles para su defensa y le atribuyó a los empleados policiales intervinientes una serie de irregularidades en el procedimiento que derivó en su aprehensión, tampoco tal extremo puede ponderarse de manera negativa ya que terminaría afectando a su derecho de defensa en juicio (en igual sentido, T.S.J., Sala Penal, "Alfaro", S. n° 45, 27/5/04, "Pereyra", S. n° 297 del 30/10/08).

También resulta incorrecto aquél pasaje del fallo que pondera como agravante al *"daño causado no sólo a la víctima en sí, sino a la sociedad toda que se vio privada de un miembro de la fuerza de seguridad en épocas de tremenda necesidad de esfuerzos de custodia a la población, sumado al perjuicio que sufre la ciudadanía económicamente ante la inactividad del funcionario público que debe igualmente cobrar sus emolumentos"*.

El razonamiento del *a quo* recién transcrito evidencia una vulneración de la prohibición de doble valoración que debe ser corregida en esta sede. En primer lugar, el daño causado a la víctima no puede conllevar un juicio de mayor reprochabilidad judicial puesto que ese resultado es el que el legislador ha previsto para ensanchar la escala punitiva desde la figura de lesiones leves hacia la de lesiones graves.

Los restantes argumentos del párrafo en cuestión, como se vio, pivotean sobre la calidad de *"miembro de la fuerza de seguridad"* de la víctima y sobre los perjuicios que a la sociedad que causan los ataques a los mismos. Empero, la pertenencia a la fuerza policial -la cuestión funcional- ya fue prevista por el legislador nacional como requisito para que opere la calificante del art. 80 inc. 8° mentada y la inactividad laboral que el hecho trajo aparejado para la víctima fue superior a un mes, propiedad relevante sin la cual no podríamos encontrarnos en la figura penal sancionada por el legislador (lesiones graves). El perjuicio económico que deviene de la suspensión laboral en estos casos de lesiones graves, no es más que una consecuencia de las mismas y precisamente por la extensión de la inhabilitación laboral es que dichas lesiones se agravan.

El resto de las quejas ensayadas no deben ser acogidas. En primer término, la *"carencia de motivos para proceder"* o bien *"la persistencia en el delito"* como motivos agravantes, si bien no han sido desarrolladas en la mentada tercer cuestión del fallo, surge del mismo en su conjunto (reitérese, la sentencia es una unidad) que no había motivo alguno para que el imputado Oliva frustrara la aprehensión de aquél a quien perseguía la policía (Pablo Centeno), al que, según el imputado, solo conocía de la cárcel. Asimismo, se desprende de diversa documental incorporada al debate, que el nombrado contaba con diversas condenas penales en su haber (ver, p. ej. planilla prontuarial de fs. 17 y fs. 217, 219) .

Lo mismo ocurre con las circunstancias que la recurrente denuncia omitidas como atenuantes del hecho.

Así, entiende que se soslayó ponderar la falta de planificación del hecho, empero no fundamenta porque en el caso de autos ello debería operar como atenuante. Lo cierto es que en determinados tipos de hechos delictivos la planificación previa demuestra una mayor culpabilidad en el agente pero de ello no se desprende, necesariamente, que la ausencia de tal planificación

deba impactar en un *minus* en el juicio de reprochabilidad. A más de lo anterior, en hechos como el presente, donde empleados policiales se constituyen imprevistamente en un lugar a fin de aprehender a un sujeto sobre el que pesa una orden de captura, resulta difícil imaginar que el tercero que imposibilita la concreción del procedimiento (en el caso el imputado) haya previamente planificado llevar a cabo tal conducta.

Cuando afirma que fue omitido como aminorante el grado de violencia desplegado en el momento del hecho, incurre en falta de sustento en las constancias de la causa. Es que del hecho acreditado (transcripto *supra* -punto II. 2 de la segunda cuestión-) surge claramente el intenso grado de violencia física y verbal que desplegó Oliva en contra del empleado policial Pereyra en el momento del mismo. Tal fue el nivel de violencia que traslucía la conducta del acusado que al empleado policial que acompañaba a la víctima *"le dio miedo la situación enfurecida de este hombre... sus dichos eran violentos"* (fs. 243 vta./244).

En cuanto al *"escaso grado de instrucción"* tampoco la impugnante argumenta de qué manera ello impactaría favorablemente al momento de individualizar judicialmente la pena a imponer a Oliva en un hecho como el aquí analizado. Bien valen aquí ciertas consideraciones que esta Sala efectuara en un cercano precedente donde se especificó que *"En relación al grado de instrucción, como circunstancia de mensuración de la pena contenida en el artículo 41 del Código Penal, en el sentido de formación intelectual y moral, tiene valor sintomático delictivo, según los casos, como demostrativo de la capacidad del condenado para insistir en la delincuencia o para abstenerse de ella. Sin embargo, debe rechazarse la idea de que la falta de educación representa siempre una atenuante por sí misma. La apreciación debe ser totalmente relativa en vista del delito y de sus circunstancias. La instrucción primaria, si bien no provee de un grado de educación acabado, sí proporciona los rudimentos necesarios para desenvolverse en la vida en sociedad... La educación, entre otros aspectos, resulta útil para determinar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y para determinarse conforme ese conocimiento, y en consecuencia quien no posee educación o no ha logrado cumplimentarla puede padecer un minus de su culpabilidad que amerita impactar en la concreta sanción a imponérsele"* (T.S.J., Sala Penal, "Druetta", S. n° 259 del 02/10/09, el resaltado me pertenece). Lo cierto es que, cualquier persona que cuente con instrucción primaria completa -y más aún si tiene experiencia en haber participado en procedimientos policiales, tal el caso de Oliva- reconoce claramente la antijuridicidad de un comportamiento consistente en resistir al accionar de un empleado policial que pretende aprehender a un tercero e inmediatamente agredirlo físicamente.

Similar razonamiento cabe efectuar en torno al "*medio de vida*" y "*ambiente social en que se desempeña*" desde que no se advierte ni lo fundamenta la impugnante cómo ello debería impactar como atenuante en el concreto hecho aquí analizado.

Por último, la aludida adicción a las drogas o psicofármacos por parte del imputado tampoco luce, *per se*, como un *minus* de reprochabilidad en este caso, ya que no surge, que en el momento del hecho Oliva se encontrara bajo los efectos de tales sustancias; más aún, el nombrado refirió que esa noche "*no había consumido*" (fs. 242 vta.).

En virtud de lo valorado y atento a los yerros en que incurriera el sentenciante al momento de ponderar indebidamente determinadas circunstancias para individualizar la pena, voto afirmativamente a la presente cuestión.

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA CUARTA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que precede, corresponde:

I. Rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Oliva en lo que respecta a la primer cuestión aquí tratada.

II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto en relación a la segunda cuestión de la presente.

En consecuencia, casar parcialmente la sentencia número treinta y nueve, de fecha primero de noviembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Va. María a través de una de sus Salas Unipersonales (arts. 468 inc. 1° y 479 C.P.P.), en cuanto dispuso declarar a Roberto Ramón Oliva autor responsable de los delitos de atentado contra la autoridad agravado y lesiones graves calificadas, todo en concurso real (arts. 238 inc. 4°, 90, 92 en función del 80 inc. 8° y 55 del C.P.) y lo condenó a la pena de cuatro años de prisión, con accesorias de ley y costas (CPP, arts. 550 y 551).

En su lugar, corresponde declarar al nombrado autor responsable de los delitos de resistencia a la autoridad y lesiones graves calificadas en concurso real (arts. 239 y 90, 92 en



función del 80 inc. 8° y 55 del C.P.) e imponerle la pena que se individualiza en el punto siguiente, accesorias de ley y costas (arts. 9, 12, 40 y 41 C.P.; 550 y 551 C.P.P.).

III. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Roberto Ramón Oliva en lo que respecta al agravio analizado en la tercera cuestión de este decisorio y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia recurrida, en lo que respecta a la individualización de la pena impuesta al nombrado (art. 155 C. Prov. y 413 inc. 4° C.P.P.).

Las particularidades del caso, tornan innecesario reenviar la causa para que el tribunal renueve parcialmente la sentencia. Máxime teniendo en cuenta que en el acto a renovar, por aplicación del principio de la *reformatio in peius*, no podrán tenerse en cuenta circunstancias agravantes no contempladas anteriormente y que sólo debe sustituirse la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Para la individualización de la pena a aplicar en autos se computarán las mismas circunstancias seleccionadas por el *a quo* (con exclusión de aquellas indebidamente ponderadas), como asimismo lo dispuesto en relación a la segunda cuestión aquí tratada.

En consecuencia, estimo justo imponerle a Roberto Ramón Oliva la pena de 3 años y 6 meses de prisión, con declaración de reincidencia, accesorias de ley y costas (C.P., arts. 5, 9, 12, 40 y 41).

IV. Sin costas en la Alzada, debido al éxito obtenido (arts. 550/551, C.P.P.).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal;

RESUELVE: I) Rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Oliva en lo que respecta a la primer cuestión aquí tratada.

II) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto en relación a la segunda cuestión de la presente.

En consecuencia, casar parcialmente la sentencia número treinta y nueve, de fecha primero de noviembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Va. María a través de una de sus Salas Unipersonales (arts. 468 inc. 1° y 479 C.P.P.), en cuanto

dispuso declarar a Roberto Ramón Oliva autor responsable de los delitos de atentado contra la autoridad agravado y lesiones graves calificadas, todo en concurso real (arts. 238 inc. 4°, 90, 92 en función del 80 inc. 8° y 55 del C.P.) y lo condenó a la pena de cuatro años de prisión, con accesorias de ley y costas (CPP, arts. 550 y 551).

En su lugar, corresponde declarar al nombrado autor responsable de los delitos de resistencia a la autoridad y lesiones graves calificadas en concurso real (arts. 239 y 90, 92 en función del 80 inc. 8° y 55 del C.P.) e imponerle la pena que se individualiza en el punto siguiente, accesorias de ley y costas (arts. 9, 12, 40 y 41 C.P.; 550 y 551 C.P.P.).

III) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido en autos en relación al tercer agravio de la presente y en consecuencia, anular parcialmente la sentencia mencionada en el punto precedente, únicamente en cuanto resolvió imponer a Roberto Ramón Oliva la pena de cuatro años de prisión.

En su lugar, imponerle la pena de 3 años y 6 meses de prisión, con declaración de reincidencia, accesorias de ley y costas (C.P., arts. 5, 9, 12, 40 y 41).

IV. Sin costas en la Alzada, debido al éxito obtenido (arts. 550/551, C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación se dio por la señora Presidente en la Sala de audiencias, firman ésta y las señoras Vocales, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.