

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 26 de diciembre de 2018, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **de Lázari, Negri, Kogan, Genoud**, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 129.807, "Álvarez, Juan Ezequiel. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 78.923. Tribunal de Casación Penal -Sala I-".

A N T E C E D E N T E S

La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 8 de noviembre de 2016, rechazó el recurso de la especialidad interpuesto contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de Mercedes que condenó a Juan Ezequiel Álvarez a la pena de trece años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por su comisión para procurar la impunidad para sí y para un tercero y contra miembros de la fuerza de seguridad pública por su función en grado de tentativa en concurso ideal con resistencia a la autoridad, ambos agravados por el uso de arma de fuego, portación ilegítima de arma de guerra y encubrimiento por receptación sospechosa, todos en

concurso real entre sí (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 41 bis, 42, 44, 45, 54, 55, 80 incs. 7 y 8, 189 bis inc. 2 cuarto párrafo, 239 y 277 inc. 2, Cód. Penal; v. fs. 52/58 vta.).

El señor defensor oficial adjunto ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 67/71 vta.) el que fue concedido por el tribunal intermedio (v. fs. 72/74 vta.).

Oído el señor Procurador General (v. fs. 85/90 vta.) dictada la providencia de autos (v. fs. 91), y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. La defensa denunció que la sentencia impugnada inobservó el art. 44 del Código Penal adoptando una interpretación que lesiona el principio de lesividad (art. 19, Const. nac.) en tanto "...equipara al delito imposible-regulado específicamente en la legislación de fondo como una clase de tentativa punible- con la categoría de tentativa inidónea" (fs. 69 vta.).

Indicó que si bien el recurso de casación presentado por la defensa oficial reclamaba la aplicación del art. 44 citado, "...por entender que el hecho juzgado configura una tentativa de 'delito imposible'", el Tribunal sostuvo que la verdadera pretensión "...consistía en que se considere a lo sucedido como un supuesto de tentativa inidónea y, [...] optaron por equiparar indebidamente tal categoría con la de delito imposible" (fs. 70).

Explicó que para arribar a tal interpretación el *a quo* se valió de la teoría elaborada por Claus Roxin, conceptualización que, a su entender, no resulta aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pues la misma ha sido elaborada en función de lo regulado en el Código Penal Alemán que "...apegado a una teoría subjetiva de la tentativa inidónea, penaliza a los supuestos de inidoneidad del objeto y delimita al conjunto de tentativas punibles tomando en cuenta la clase de error que existió en el caso (error de tipo o error de prohibición)" (fs. cit.).

Adujo que nuestro ordenamiento regula la tentativa de delito imposible en el último párrafo del art. 44 del Código Penal sin hacer referencia a datos subjetivos, estableciendo una pena atenuada para aquellos supuestos en los que, objetivamente hablando, el perfeccionamiento del delito ha sido imposible (v. fs. 70 vta.).

Aseveró que la inteligencia adoptada "...en cuanto implica asumir que los términos de delito imposible -enunciado expresamente en el art. 44 in fine- y el de tentativa inidónea -sin referencia legal- son intercambiables por comprender en su ámbito de aplicación un único supuesto, resulta incompatible con el principio constitucional de lesividad (art. 19)". Cita en apoyo de su postura la opinión doctrinaria vertida por Zaffaroni, Alagia y Slokar (v. fs. cit. y 71).

Entendió acreditado que "...pese a que el arma de fuego utilizada resultó un medio idóneo para alcanzar el resultado muerte y que un tercero observador podría haber creído que existía un peligro de lesión a la vida de los agentes policiales, la consumación del homicidio ha sido imposible porque dicho peligro había sido neutralizado con el blindaje del parabrisas del patrullero al que se dirigieron los disparos" (fs. 71 cit.).

Opinó que la tentativa de homicidio así descripta, configura un injusto de menor entidad dado que pese al peligro *ex ante*, *ex post* se verifica que la consumación de la muerte de los policías era imposible, puesto que habían sido tomadas medidas de protección previas con el blindaje del vidrio.

Solicitó la anulación del fallo en crisis y se dicte o mande a dictar un nuevo pronunciamiento ajustado a

derecho (v. fs. 71 vta.).

II. El señor Procurador General aconsejó el rechazo del recurso interpuesto (v. fs. 85/90 vta.), y como él, entiendo que no puede prosperar.

III.1. El tribunal de juicio tuvo por acreditado, en el fragmento que aquí interesa, que "...el día 16 de Octubre de 2013 siendo las 05:00 horas aproximadamente, dos sujetos del sexo masculino que se desplazaban por la Ruta 23 en su cruce con la calle Graham Bell (de la localidad de Las Catonas, partido de Moreno) en la motocicleta Yamaha modelo YBR 125 cc, de color rojo, sin dominio colocado (que resultaba producto del hecho contra la propiedad que victimizó a Juan Cruz Lucero, cometido el 27/09/2013 en el ámbito territorial de la Comisaría de Moreno Primera por dos sujetos mediante el empleo de arma de fuego) al advertir la presencia de un móvil policial, [...] el n° 49.582 tripulado por el Sargento Martín Sebastián Casco y el Oficial Héctor Fabián Ríos, se resistieron a la orden impartida por los aludidos funcionarios para que se detengan, emprendieron la fuga a gran velocidad por Ruta N° 23 en sentido Moreno - San Miguel, iniciándose su persecución por parte de los efectivos policiales. En dicho marco, al arribar a la intersección con la calle Solón, el sujeto activo que ocupaba la plaza del acompañante, previo extraer la pistola calibre 380ACP, marca BERSA serie N°

222020 [...] y portaba sin la debida autorización legal, en procura de lograr su impunidad y la del restante masculino que guiaba la moto y con la finalidad de dar muerte a los efectivos policiales, efectuó dos disparos de arma de fuego direccionados a éstos, impactando los proyectiles lanzados en el capot y en el parabrisas (blindado) del rodado policial, no obstante [...] los policías prosiguieron con la persecución, hasta que en proximidades del Complejo Habitacional Las Catonas, nuevamente el acompañante, con idéntica finalidad (procurar la impunidad para sí y el restante tripulante de la moto y dar muerte a quienes lo perseguían) efectuó dos nuevos disparos direccionados a las humanidades de los policías Ríos y Casco, impactando los proyectiles en el capot y el parabrisas del vehículo policial, prosiguiendo éstos con la persecución de los motociclistas, la que concluyó en el cruce de la Ruta N° 23 y la calle Abanderado Grandoli, dado que el conductor perdió el control de la motocicleta, cayéndose ambos [...] de la misma, procediendo el acompañante a realizar un ademán apuntando con el arma de fuego al Oficial Ríos, efectuando éste un disparo direccionado a las piernas del sujeto activo, mientras que Casco frustró el intento de fuga de quien conducía la moto, siendo ambos individuos aprehendidos e incautada la aludida arma de fuego" (fs. 9 vta./10 vta.).

Consideró, por mayoría, a Juan Ezequiel Álvarez autor del delito de homicidio agravado por su comisión para procurar la impunidad para sí y para un tercero y contra miembros de la fuerza de seguridad pública por su función, en grado de tentativa, entre otros (voto de la señora jueza Miriam M. Rodríguez que concitó la adhesión del juez Alejandro Caride).

Para así decidir entendió que el encausado realizó todos los actos típicos tendientes a dar muerte a los policías: portó un arma de fuego de grueso calibre; quien guiaba la moto circuló a una distancia no mayor a los ocho metros lo cual le permitió al acompañante no sólo girar su cuerpo sino apuntar hacia el móvil y efectuar, en dos secuencias, un total de cuatro disparos, directamente direccionados a las cabezas de ambos numerarios, única zona que, debido a su circulación en el móvil, les ofrecían como "blanco" y que fue tal la puntería que dos de ellos impactaron, en el parabrisas, no consumando el hecho por razones ajenas a su voluntad (v. fs. 23 vta.).

Apuntó que ese relevamiento debe efectuarse *ex ante*, pues "...la existencia de un blindaje en el parabrisas del móvil no puede convertirse en un salvoconducto para el encausado, en el sentido de amenguarle el quantum del reproche punitivo". Indicó, además, que aquél poseía deficiencias en su adherencia al

parabrisas (v. fs. cit.; voto de la señora jueza Miriam M. Rodríguez).

El juez Caride adunó que el comienzo de ejecución por parte del imputado se dio en un contexto dinámico y cambiante (una persecución en ruta, a bordo de una moto en la que huía con su compinche que iba haciendo "zigzag", con el móvil policial pisándoles los talones; v. fs. 24 vta.), y "...en ese marco no es posible sostener con categoría de afirmación irrefutable que la sola circunstancia de poseer el patrullero un blindaje en el parabrisas delantero, hizo de por sí imposible que el malviviente lograra su propósito. Si nos limitamos al análisis 'ex post', vemos que el vidrio soportó [...] dos impactos de proyectil sin ser traspasado [...] sería algo temerario asegurar que eso garantizaba por completo la integridad física de los policías".

El magistrado tomó en cuenta lo manifestado por los policías en cuanto a que el "...parabrisas ya presentaba indicios de lo que podríamos entender como 'fatiga de materiales' (refirieron la existencia de algunas 'burbujas', así como deficiencias en la adherencia de las dos capas que lo componen). Ello por no mencionar que alguno de los disparos que impactaron en el capot del auto -en un plano distinto al que estaba 'protegido' por el blindaje- bien pudo abrirse camino hasta el habitáculo",

aun cuando no sucedió así (v. fs. cit. y 25).

Aseveró que los medios utilizados por el acusado fueron objetivamente idóneos y el riesgo para el bien jurídico no estuvo neutralizado por completo desde el inicio de la secuencia (v. fs. 25 cit.).

Por las razones ya apuntadas explicó que no podía decirse que la agresión armada estuviera irremediablemente destinada al fracaso debido a la protección adicional del blindaje, la que además era "...sumamente parcial, ya que se limitaba a un sector del patrullero" (fs. 25).

En consecuencia, se desechó la tesis de un delito imposible al considerar que objetiva y subjetivamente la conducta del acusado reveló un altísimo grado de peligrosidad, y su propósito quedó en grado de conato por circunstancias ajenas a su voluntad.

III.2. Contra esta decisión la defensa oficial interpuso recurso de casación en el que denunció errónea aplicación del art. 80 incs. 7 y 8 del Código Penal, al considerar que no se acreditó el dolo homicida, por lo cual solicitó la modificación de la calificación de acuerdo a las previsiones de los arts. 104 y 105 del mismo cuerpo legal y como planteo subsidiario, apoyándose en el voto minoritario, alegó que el suceso juzgado configura un supuesto de tentativa de delito imposible (art. 44, Cód. Penal), por cuanto el parabrisas del móvil policial contaba

con los vidrios blindados, de modo que los disparos neutralizados *ex ante* no pusieron en peligro la vida de los policías (v. fs. 31/36).

El Tribunal de Casación, en primer término convalidó la imputación dolosa efectuada por el *a quo* (v. fs. 56 y vta.) y con relación al planteo subsidiario señaló, con cita de Roxin, que "...la delimitación entre la tentativa inidónea y el delito putativo es simple: el que parte erróneamente en su actuación de la existencia de circunstancias cuya existencia daría lugar a la realización del tipo penal, comete tentativa inidónea. Por el contrario, el que aprecia adecuadamente todas las circunstancias externas, pero asume equivocadamente que su conducta infringe un mandato jurídico-penal, comete un delito putativo, no punible" (fs. 56 vta. y 57).

Explicó que lo que en verdad pretende el impugnante es que "...se conciba ese hecho como una tentativa con medios inidóneos, aduciendo que el vidrio del patrullero estaba blindado y por tanto los disparos no generaron riesgo alguno para la vida de los policías".

Especificó que la tentativa inidónea se da debido a la naturaleza de los medios con los que se pretende cometer el delito, pues en ningún caso habrían podido llegar a la consumación y que la idoneidad del medio empleado debe juzgarse *ex ante* pues desde el punto de vista

ex post toda tentativa resulta de alguna manera inidónea, precisamente porque cierta circunstancia, ajena al autor, impidió la consumación del ilícito (v. fs. cit. y vta.).

Aseveró que "...quien dispara en varias oportunidades un arma de grueso calibre de tal forma que los proyectiles los dirige hacia el parabrisas de un automóvil, crea un riesgo idóneo para matar máxime si apunta directamente hacia el lugar en donde se hallan ubicadas las personas que se encuentran a bordo del mismo como conductor y acompañante; con lo cual, que no haya podido consumar el resultado por el blindaje que llevaba el vehículo es una circunstancia ex post que no vuelve absolutamente inidónea a la tentativa que ex ante se muestra idónea". Entendió así, que la calificación luce ajustada a derecho (v. fs. 57 vta.).

IV. El recurso no puede prosperar.

Cabe señalar que el tribunal de mérito, como se reseñó, tuvo por acreditado a través de las declaraciones testimoniales de los agentes Ríos y Casco, que el blindaje poseía algunas deficiencias en su adherencia al parabrisas, que no estaba en buenas condiciones, que tenía burbujas de aire y la lámina acrílica se estaba despegando.

Por ello concluyó que esa protección no aseguraba la imposibilidad de que resultara la muerte de los funcionarios policiales, además de que los vehículos se

hallaban en movimiento y el blindaje no lo cubría completamente.

Tal determinación fáctica de la sentencia del órgano de juicio -que el blindaje no era una barrera inexpugnable- no fue discutida en el recurso de casación (v. fs. 31 y sigs.) y, por lo tanto, se halla firme.

En consecuencia, las alegaciones del defensor que dan por sentada la imposibilidad de que las víctimas fueran alcanzadas por las balas carece de sustento. La afirmación de la parte sobre la "imposibilidad absoluta" de que se consumara el delito "...por una previa neutralización del peligro" a raíz del blindaje del parabrisas no encuentran correlato con los hechos que se dieron por probados y que no fueron impugnados ante la instancia intermedia (v. fs. 71).

Por consiguiente, y sin perjuicio de cualquier otra consideración, el reclamo sobre la aplicación del derecho de fondo debe ser desestimado (art. 495, CPP).

Voto por la **negativa**.

El señor Juez doctor **Negri**, la señora Jueza doctora **Kogan** y el señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votaron también por la **negativa**.

Por 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, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, con costas (art. 496, CPP).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

EDUARDO NESTOR DE LÁZZARI

HECTOR NEGRI

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario