

Expediente IPP diez mil ochocientos cinco.

Número de Orden:23

Libro de Sentencias n°07

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los **doce días del mes de Julio del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Ángel Barbieri** (art. 440 del C.P.P.), bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en la **I.P.P. nro. 10.805/I del registro de este Cuerpo**, caratulada: **"S., J. E. por violación de domicilio, lesiones leves agravadas y daño en concurso real en Coronel Pringles"**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden, Dres. **Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Son admisibles los agravios formulados en el recurso de apelación interpuesto?

2da.) ¿Son procedentes los mismos?

3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: El fallo definitivo (dictado luego de la celebración del juicio oral) de fs. 170/173 y vta. dictado por el Señor Juez en lo Correccional Nro. 2 Dptal. -Dr. Gabriel Luis Rojas- condenó a J. E. S. por la comisión del delito de daño (art. 183 del C.P.) a sufrir la pena de NUEVE

(9) MESES DE PRISIÓN, con más la imposición de las costas procesales.

El citado decisorio resultó impugnado por la Señora Defensora Oficial -Dra. Fabiana Vannini- mediante el pertinente recurso de apelación que luce agregado a fs. 190/196 y vta.; ello acaeció en debido tiempo. Asimismo y en cuanto a la forma, contiene el libelo la indicación de los motivos de agravio y se encuentran debidamente fundamentados, por ello **resulta en todas sus partes admisible** (arts. 399, 401, 421, 422, 439, 2do. párrafo, 441 2do.párrafo -según ley 13.812, 442, 445 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del colega que abre el acuerdo, sufragando en idéntico sentido (art. 371 y ccdds. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: La impugnante plantea tres cuestiones.

Se agravia en primer término por entender que su asistido debió ser beneficiado por la excusa absolutoria que prevé el art. 185 del Código Penal; en segundo lugar considera que S. obró en estado de inimputabilidad en los términos del art. 34 inc. 1ero. del C.P.; y por último estimó que fueron valoradas erróneamente algunas agravantes y que no se disminuyó debidamente la pena de prisión en base a las atenuantes que propone.

Voy adelantando que el primer planteo lo considero procedente, de allí que solamente trate el mismo pues en caso de ser acompañado, hará abstractas las restantes cuestiones.

El Sr. Agente Fiscal ha venido imputando a S. tres ilícitos por el accionar acaecido en la madrugada del día 14 de Mayo del año 2012. Así tanto en ocasión de celebrarse la audiencia prevista por el art. 308 del Rito (40/41 y vta.)

como en la requisitoria de citación a juicio (fs. 78/81 y vta.) intimó un actuar que fuera calificado como violación de domicilio, lesiones leves agravadas y daño en concurso real de delitos (arts. 150, 89 en relación al 92 y 183 del C.P. en función de lo previsto en el art. 55 del mismo Cuerpo Legal).

Sin embargo al finalizar el Juicio Oral y Público y en su alegación final, el Sr. Fiscal desistió de formular acusación por violación de domicilio y lesiones leves agravadas por el vínculo, siendo absuelto S. inmediatamente por el Sr. Juez A Quo atento la clara previsión del art. 368 del Código de Forma de este Estado.

Quedando entonces vigente solamente la **acusación por daño, he de decir que acompaño a al defensa en que correspondió la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 185 del Código Penal.**

No digo desde el inicio de la investigación, pues el hecho que se le imputa a S. bien pudo calificarse de otra manera; es que habiendo derribado en forma tan violenta el paredón del frente de la vivienda de su hija donde además pernoctaban otras personas -entre ellos menores de edad-, bien pudo habérselo hecho en forma más gravosa y en grado de conato.

Pero no habiendo optado por ello, lo cierto es que la imputación de daño entre ascendientes y descendientes, resulta impune (sólo en lo tocante a la imposición de pena) según lo prevé claramente el art. 185 del C.P. en cuanto reza: "*...Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta...*".

Y ante tal **clara manda del legislador nacional** (basada en la preeminencia del vínculo familiar y su pervivencia por sobre la persecución penal) no cabe distinguir siendo que la fuente gramatical es la primer fuente de interpretación legal.

Sin embargo ante tal petición el Sr. Juez de Grado contestó

en su fallo a fs. 171 vta. tercer párrafo: "...No procede tampoco la exención de responsabilidad por la que aboga la Defensa, prevista en el art. 185 del C. Penal, ya que no concurre, como requisito de procedencia exigido jurisprudencialmente, el que los parientes comprometidos vivan juntos -comunidad de vida y cohabitación..."; inexplicablemente se ha efectuado una interpretación extensiva de punibilidad contra el sujeto pasivo de imputación penal.

Se ha distinguido en perjuicio de S., donde la ley no lo ha hecho y además se ha establecido un requisito de cohabitación, que sólo lo exige el inciso 3ero. para el caso de hermanos y cuñados.

La elección de priorizar el vínculo familiar por encima de la persecución penal (pues deja expedita la acción civil para las reparaciones que pudieran cursarse los parientes) es un balance de razones efectuados por el poder legislativo en virtud de facultades que le son propias y previstas en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 12).

Es pertinente recordar que "...la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador..." (Fallos: 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167), así como que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos 300:700).

El diseño constitucional que se ha plasmado en la Carta Magna determina que es el legislador nacional (refiriéndome a la normativa aquí en juego y en ejercicio de una función política con presunción de legitimidad) quien fija las conductas y sanciones en la materia, siendo un régimen punitivo establecido por Congreso Nacional, escapando al ámbito jurisdiccional, por tratarse de materia privativa de otro poder que necesariamente debe prevalecer sobre la contingente ponderación de los Jueces. No sería saludable, para el sistema republicano que los Órganos Jurisdiccionales motivados por una valoración subjetiva (y por más correcta que esta pueda parecer), prescindan de aplicar las leyes o **le agreguen a estas**

requisitos -generando punibilidad- no previstos como en el caso que nos toca.

La finalidad de esa normativa del Código Penal (similar a las prohibiciones de declarar en contra de parientes previstas en el art. 234 y las de denunciarlos art. 288 del C.P.P.) es clara: mantener la solidaridad, respeto y jerarquía entre ciertos integrantes del grupo familiar, por encima del interés en la persecución penal.

Es casi unánime la opinión jurisprudencial y doctrinaria en el sentido de que los hechos amparados por una excusa absolutoria son verdaderos delitos sin pena, en donde la ley, generalmente por motivos de utilidad y política criminal, considera preferible prescindir de la pena por razones especialísimas (ver Jiménez de Asúa en "La ley y el delito", Buenos Aires, 1959, pág. 433), destacándose además que no son ni elementos ni circunstancias del delito y sólo tienen efecto sobre una consecuencia específica en el derecho penal, es decir, sobre la pena (ver Fontán Balestra en "Tratado de derecho penal", tomo III, pág. 446/447).

En similar sentido ver Álvarez, Ricardo Carlos María, "Exención de responsabilidad", en Baigún, D. y Zaffaroni, E. (dir.) Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo VII, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 893.

Los caracteres típicos que hacen a la existencia de la acción, voluntad, tipicidad, antijuridicidad, etc., no son discutidos en la aplicación de una excusa absolutoria sino que lo único que se deja de lado es la punibilidad (arts. 185 del Código Penal), de allí que se mantiene vigente esa sanción para los "extraños", como asimismo la acción civil para cualquier interviniente (en sentido amplio).

En casos similares (y con respecto a las prohibiciones procesales ya destacadas) se ha expresado "*...tienen por propósito la defensa del grupo familiar, buscando por el camino de la prohibición de denunciar o declarar en contra del familiar evitar la desintegración de aquél, lo cual constituye una de las*

finalidades esenciales del Estado..." (Cámara Nac. Federal Crim. y Correc., sala II, 30/8/89, "Dunayevich de Martinez, Ana" en L.L. 1990-C, pág. 72).

En similar sentido: *"...La prohibición existe en el texto legal y mantiene su vigencia hasta que no sea modificada o derogada. Por eso, no es posible soslayar la cuestión fundamental argumentando que se trata de una tacha relativa, ya que la ley no dice nada de eso ni menos le asigna esa calificación..."* (Sup. Trib. Justicia de Misiones, causa 2957, "Grahl de Almeida, Mercedes" del 21/7/71).

No se me escapa que, si bien la norma es posible que sea objetable en algunos casos, es derecho local vigente, con fundamentos que se derivan de la defensa de la familia que contiene el art. 14 bis de la C.N. -sumado a los arts. 10.1 del PIDESC, 23.1 del PIDCP y XVI.3 de la DUDH- y no puede ser soslayada por los Jueces a quienes incumbe el deber de aplicarla.

Y en particular -con respecto al caso que nos toca- en uno de idénticas características se ha resuelto: *"...Dentro de las personas beneficiadas por esa excusa absolutoria, se encuentran, entre otras, los ascendientes y descendientes... sin que la ley establezca la necesidad de convivencia con la víctima como lo alega la querrela..."* (Cám. Nac. Criminal y Corr., Sala IV, de fecha 18/2/04 "Meza Caballero, José", c. 22.655, eldial-AI1A04).

Me reitero. La razón de esta excusa absolutoria debe encontrarse en el interés de la sociedad en evitar que los vínculos familiares se quebranten, como consecuencia de la represión penal contra uno de sus miembros por acciones que tienen como sujeto pasivo a algunos de los familiares relacionados en el precepto.

En el derecho penal español existe una norma de similares características siendo que la fundamentación de la excusa absolutoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2003) se basa en incontestables parámetros de política criminal que desaconsejan la utilización de normas penales en las relaciones interfamiliares, no criminalizando actos efectuados en el seno de grupos familiares

unidos por fuertes lazos de sangre. Se interpreta como poco recomendable provocar la irrupción del sistema penal dentro del grupo familiar pues podría perjudicar la posible reconciliación familiar, **siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos.**

Nótese que **ello de alguna manera ha ocurrido en estos obrados**, donde la hija del imputado en un primer momento deseó instar la acción penal (ver 16/17) para después hacer llegar una misiva dirigida a S. (debidamente reconocida en el juicio oral) donde hizo saber: "*...yo te voy a retirar la denuncia mañana voy a fiscalía... yo te perdono lo que hiciste, pero cambiá papi por tu bien...*"; sin dudas **la protección legal impuesta por el Congreso Nacional bien soluciona la cuestión (con respecto a la única imputación vigente) en esta causa.**

El siempre vigente maestro Carrara ha escrito: "*...Finalmente se consideró, por el punto de vista político, que el entablar un proceso penal por esas sustracciones, ocasionaría escándalo y desdoro sobre la víctima del hurto y toda su familia, y sería causa funesta de amarguras y discordias familiares, y un impulso frecuente para que los miembros de la familia mintieran delante de la justicia; esta razón predomina en los códigos modernos...*" (Carrara, Francesco, "Programa de Derecho Criminal". Parte especial. Volumen IV, Sexta clase de la sección primera, Editorial Temis Bogotá, 1969, 320/1).

Aclaro que la obra "Código Penal" de Estrella y Godoy Lemos a la que echara mano el A Quo, no sólo resultaba impertinente para ampliar la penalidad por todo lo expuesto, sino que además las citas de fallos de pág. 670 parág. 7 y 8 (ver fs. 171vta. tercer párrafo), se refieren a casos donde resultaba de aplicación el inciso 3ero. Habiendo consultado la obra antes referenciada (Tº II, si bien en página 759 por ser la segunda edición del año 2007) los tres fallos relacionados con parentesco, donde se requiere comunidad de vida y cohabitación, son entre cuñados y/o hermanos. Así la SC Catamarca, JA 1945-III-559; la Cám. de Apel. de

Córdoba del 11/5/83, L.L. CD 1979-1994; y la SC Mendoza, Sala II de fecha 14/8/59, siendo este último se condenara por retención indebida de fondos de una sociedad de responsabilidad limitada, donde algunos de los integrantes ni siquiera eran parientes del procesado (los que sí lo eran, sólo cuñados).

Con respecto a la duda que pretende plantear el Sr. Agente Fiscal en su alegación definitiva (fs. 168 y vta.) sobre la posibilidad de que la propiedad no fuera de la víctima, pues no ha sido probada esa afirmación debiendo en último término ser interpretada en favor de S. (art. 1 del C.P.P.)

Voto por la afirmativa, sin tratar el resto de los agravios de la defensa por resultar abstractos en caso de ser acompañado.
A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero por sus fundamentos al sufragio del Dr. Barbieri, votando en idéntico sentido (art. 371 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA TERCERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar admisible y procedente el remedio interpuesto, **absolviendo de pena a J.E. S.** por resultar procedente la excusa absolutoria prevista en el art. 185 del Código Penal. Asimismo deberán dejarse sin efecto las restricciones impuestas en el presente proceso (arts. 371, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Barbieri, votando en idéntico sentido (art. 371 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

Con lo que terminó el acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

SENTENCIA

Bahía Blanca, Julio 12 de 2013.-

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que ***no es justo el fallo recurrido.***

Por ello este **TRIBUNAL RESUELVE:**

I-) *Declarar admisible el recurso de apelación interpuesto en todos sus términos (arts. 439, 441, 442 y ccdts. del Rito Provincial).*

II-) ***HACER LUGAR al mismo y ABSOLVER de PENA a J. E. S. por resultar de aplicación la excusa absolutoria prevista en el art. 185 del C.P., haciendo cesar las restricciones impuestas (art. 371 del C.P.P.).***

Notificar.

Fecho, devolver a la instancia de origen