A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, a los 1 días del mes de marzo de dos mil dieciséis, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Ricardo Borinsky y Víctor Horacio Violini, con la presidencia del primero de los nombrados, a fin de dictar sentencia definitiva en la causa número 20496 (Registro de Presidencia Nro. 71552), caratulada: "Marcos, Martín Ernesto s/ recurso de casación interpuesto por el Particular Damnificado", conforme al siguiente orden de votación: BORINSKY - VIOLINI

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

El Tribunal en lo Criminal número 5 de La Plata pronunció veredicto absolutorio en relación a Diego Sebastián Demola y Saúl Alberto Rojas por el hecho acaecido el 5 de julio de 2006 en la Unidad Carcelaria número 45 de Melchor Romero en el que resultara víctima Nelson Fabián Sampietro, y condenó a Marcos Martín Ernesto a seis meses de prisión de ejecución condicional, un año de inhabilitación especial para desempeñar cargos o empleos que impliquen el uso de armas de fuego, costas y reglas de conducta, por encontrarlo autor responsable de lesiones leves causadas por exceso en el ejercicio de la autoridad, en los términos de los artículos 34 inciso cuarto y 35 en relación al 94 del Código Penal.

Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de casación el Particular Damnificado (fs. 243/260), denunciando arbitraria valoración de la prueba con relación a la materialidad y a la participación de los imputados, falta de motivación suficiente de la sentencia impugnada y requiriendo su nulidad.

Concedido el recurso del Particular Damnificado (fs. 261/263), se radica en Sala con trámite común y debida noticia a las partes (fs. 280/283).

El defensor particular de Demola, doctor Beley (fs. 296/298vta.) y el doctor Luis Enrique Montuelle, defensor particular de Rojas (fs. 302/304) presentaron memoriales manifestando el rechazo de toda retrogradación de los procedimientos, toda vez que la sentencia absolutoria dictada en un juicio valido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria.

Realizada la audiencia prevista en los artículos 456, 458 y 459 del Código Procesal Penal (fs. 305/309) fueran oídas las partes quienes reforzaron argumentos.

Encontrándose la Sala en condiciones de dictar sentencia definitiva, se tratan y votan las siguientes

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Es admisible el recurso interpuesto por el Particular Damnificado?

Segunda: ¿Resulta procedente?

Tercera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

Es doctrina de Sala que la facultad de recurrir la sentencia condenatoria o absolutoria por el particular damnificado no quebranta la prohibición de doble valoración.

Si bien conforme la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arce" el derecho al recurso del Ministerio Público Fiscal no es asimilable al del imputado, la facultad de recurrir la sentencia por el acusador no quebranta la prohibición aludida.

Tanto en el derecho procesal europeo continental como en el nuestro, se concibe al recurso contra la sentencia de modo bilateral.

Se trata de remedios contra las resoluciones judiciales consideradas injustas por y para alguno de los protagonistas del procedimiento, legitimados para intervenir en él y a quienes la resolución alcanza, bajo la condición básica de que el pronunciamiento les provoque un agravio, esto es, decida en contra de sus intereses expresados en el procedimiento, concediéndoles algo menos de aquello que pretenden.

Frente a una sentencia emanada de un juicio público, tanto el acusador como el acusado tienen, en general, la facultad de impugnarla, cuando ella en su dispositivo perjudica el interés de quien recurre o de aquél en nombre de quien se recurre.

Por tanto, la posibilidad de que el acusador impugne la sentencia de un tribunal no lesiona la prohibición de la doble persecución, pues dicha facultad encuentra fundamento en la bilateralidad e igualdad de armas, en cuya virtud la Sala se encuentra facultada para anular un pronunciamiento como el dictado en origen.

Tampoco puede sostenerse que afecte la garantía del doble conforme en atención a la casación con devolución de jurisdicción y la multiplicidad de instancias recursivas (artículos 210, 373, 448, 451, 452 inciso 1° y 2°, 461, 465 y 479 del Código Procesal Penal). ASI LO VOTO.

A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Por sus fundamentos, me expido en igual sentido que el doctor Borinsky. ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

Primero. El tribunal tuvo por acreditado, palabras más palabras menos, que el 4 de julio de 2006 Nélson Fabián Sampietro López fue alojado en el pasillo de la Sección Admisión y Control de la Unidad 45 de Melchor Romero, ubicada en la zona de acceso al penal, y a las 22:00 horas de ese día inició huelga de hambre y se negó a recibir un colchón para descansar.

Que a las 7:20 horas del 5 de julio de 2006 aquél le faltó el respeto al personal, arrojó elementos contundentes, basura y excrementos, reclamando ser trasladado de Unidad.

Asimismo, rompió vidrios de las ventanas de las celdas de la sección, con los que amenazaba cortarse.

A las 21:00 horas de ese día, Martín Ernesto Marcos, Jefe de la Sección Penal de la Unidad, realizó tres disparos sucesivos con postas de goma, hacia el piso del pasillo de la Sección Admisión, desde una distancia aproximada de tres metros, que al rebotar le ocasionaron a aquél siete lesiones en región posterior del muslo izquierdo, cuatro en la misma zona del muslo derecho, cinco en región posterior de la pierna derecha, dos en el tobillo izquierdo, y contusión en región mastoidea derecha y hombro derecho.

Tras los disparos el oficial Rojas se arrojó sobre la víctima tirándolo por el cuello al piso donde fue esposado con las manos hacia atrás, y trasladado a Sanidad.

Segundo. El pronunciamiento impugnado desarrolla una motivación aparente, con un análisis parcial que lo descalifican como acto jurisdiccional válido, al no resultar derivación razonada del derecho vigente en función de las circunstancias comprobadas de la causa.

El recurso procede.

Para dar respuesta al reclamo del particular damnificado la cuestión se circunscribe a determinar si Martín Ernesto Marcos obró con dolo de ocasionar a Sampietro un sufrimiento físico a causa del trato riguroso que le infligió, toda vez que aquél reconoce haber efectuados los disparos descriptos.

En otras palabras, si su conducta encuadra en el delito de severidades.

Veamos.

El ingreso de Sampietro consta a fs. 102 en las copias certificadas de los Libros de Novedades de la Sección de Vigilancia y Tratamiento de la Unidad 45, en las Constancias de Parte de novedades de aquélla sección de fs. 351, Parte de Población Carcelaria de la Oficina de Registro de Internos de fs. 362/365 y en el Libro de Guardia de Seguridad exterior.

Sus antecedentes conflictivos constan en el informe de fs. 135, su alojamiento en el pasillo de Admisión, negativa a recibir colchón e inicio de huelga de hambre surgen del acta labrada por el Servicio Penitenciario.

Las características de Admisión y Control surgen de la planimetría de fs. 479, fotografías de fs. 442/478 y planos producidos por el arquitecto Penna, y la inspección realizada por el tribunal.

Las actitudes asumidas por aquél, entre ellas, falta de respeto al personal, arrojar elementos contundentes y cortantes consta en el parte disciplinario de fs. 133.

Que arrojaba escupitajos, basura, agua y excrementos hacia la zona de control surge de los dichos de Diana Soledad Viera -encargada de la Sección Femenina de la Unidad 45-, Ernesto Fabián Santini -encargado de la puerta dentro del Sector de Control-, Sebastián Omar Brindesi -encargado de la Oficina de Requisa y que se encontraba en Admisión-,

Ezequiel Esteban Lasala -presente en Admisión-, Jorge Antonio Buiatti -en la Oficina de Control de los pabellones número 9 y 10-, Rodolfo Rodrigo Cajales -en la Conserjería número 1-, Oscar Gonzalo Mercado Zalazar, y del libro de Vigilancia y Tratamientos obrante a fs. 100/110.

Los vestigios encontrados en Admisión y Control después de la reducción de Sampietro se verifican en el acta de fs. 43 del Sumario Administrativo, que da cuenta del hallazgo de tres vainas servidas de escopeta 12.70 y de restos de vidrios.

El perito Héctor Daniel Fernández, licenciado en Criminalística señaló con detalles y fundamentos que los disparos fueron indirectos y desde una distancia aproximada de tres metros, explicando que si los disparos hubieran sido directos las postas hubiesen volado todas juntas e impactado en el blanco como una suerte de bala, sin que se dispersen ocasionando más impactos -lesiones-, en razón que cada cartucho contiene aproximadamente dieciocho postas.

El tratamiento médico recibido por la víctima en la Unidad 45 surge del informe elaborado por el doctor Carlos Lazzarano, y su alojamiento en las celdas uno y dos -con cadenas- de la sección Admisión consta en el Libro de Vigilancia y Tratamientos obrante a fs. 100/110.

Diversos informes médicos dan cuenta de las lesiones padecidas por Sampietro: el informe del doctor Santiago Vázquez realizado la mañana siguiente a los disparos resulta completamente coincidente con el del doctor De Sousa e Sá, y con el de los doctores Ricardo Cerda, perito médico clínico, José Roberto Ricciardi, perito médico traumatólogo y Adriana Flores, perito psiquiatra forense.

Voy al detalle.

En lo que interesa destacar, el primer informe obrante a fs. 11 del hábeas corpus iniciado el 6 de julio de 2006 da cuenta que el interno Nélson Sampietro López, de 42 años, se encontraba en huelga de hambre, ingresó con traumatismos múltiples de 24 horas de evolución, siendo evaluado por el Servicio de Guardia y Neurocirugía del Hospital San Martín de La Plata, presentando lesiones hiperpigmentadas en tronco, brazos y ambos miembros inferiores de larga data, contusas con atricción de tejido de aproximadamente dos centímetros de diámetro en siete lesiones en región posterior de muslo izquierdo, cuatro en región posterior de muslo derecho, cinco en idéntica región de pierna derecha, dos en tobillo izquierdo y contusión en región mastoidea derecha y hombro derecho.

El obrante a fs. 145/146 realizado el 12 de julio de 2006 por parte de los doctores Ricardo Cerda, perito médico clínico, José Roberto Ricciardi, perito médico traumatólogo y Adriana Flores, perito psiquiatra forense, todos de la Asesoría pericial La Plata, refiere que Sampietro presentaba equimosis tipo hematomas distribuidas en parches en todo el cuerpo, desde el cuello a los pies, sub epidérmicas de color vinoso oscuro e irregulares.

Del informe médico de fs. 148/149 y 170/vta. elaborado por el doctor de Souza e Sá el 13 de julio de 2006 surge que el 5 de julio de 2006, pasadas las 20:00 horas, en una

situación que Sampietro no recordaba, recibió golpes que le ocasionaron lesiones producto de postas de goma.

Al examen de la superficie corporal presentaba lesiones circulares hiperpigmentadas, distribuidas en todo el cuerpo, tipo mácula no descamativas, ni pruriginosas de vieja data, cicatriz quirúrgica, queloidea medio abdominal, supraumbilical de doce a catorce centímetros de longitud y otras en región subcostal derecha a nivel de línea mamaria, y a diez centímetros por debajo de la anterior producto de herida punzante de vieja data, siete lesiones circulares con eritema perlesional de nueve a diez milímetros aproximados de diámetro, en cara posterior de muslo izquierdo, cuatro lesiones semejantes a las anteriores en cara posterior de muslo derecho, cinco en región posterior de pierna derecha y dos en tobillo izquierdo.

A modo de conclusión, presentaba lesiones dermatológicas hiperpigmentadas de vieja data, lesiones por herida de arma blanca y quirúrgica de vieja data, circulares con una evolución aproximada de seis o siete días, úlceronecróticas, semejantes a las dejadas por proyectiles de goma, que lo inutilizarían temporalmente por menos de un mes.

Aclaró que cuando se utiliza munición no letal, el disparo debe ser efectuado de la cintura para abajo y no directamente sobre la persona, con rebote sobre pisos y paredes, y que a su consideración, cuando a alguien no se lo puede contener, previo a efectuar aquéllos se debe pasar por varias etapas, calmarla verbalmente, buscar un disuasivo, utilizar gases, aerosoles, y como última instancia el uso de proyectiles.

Cuando se dispara, la perdigonada cambia la dirección, y a mayor tamaño mayor pérdida de la contundencia del impacto. Agregó que si la munición lleva mucho tiempo guardada se puede endurecer la goma y provocar una lesión, no pudiendo determinar en el caso si las halladas en el cuerpo de Sampietro eran producto de un disparo directo o de rebote, pero considerando que la distancia de disparo podría haber sido menor a diez metros.

Manifestó que presentaba lesiones traumáticas, hematomas y escaras, y una lesión periférica por el golpe, que se fue corriendo, toda vez que el examen fue realizado ocho días después de ocurrido el hecho.

Todas las lesiones descriptas se encontraban de la cintura para abajo y fueron producidas por postas de goma.

A fs. 619/623 obra la testifical de Daniel Arnaldo Bustos, quien refirió que se encontraba internado en el Sector Admisión, y que a Sampietro lo pusieron en el pasillo de dicho sector. Que éste se dirigió a las duchas, arrancó un caño, rompió un vidrio de las ventanas de la celda número tres, y Marcos, a través de las rejas, disparó hacia la persona de Fabián Sampietro un primer tiro con una escopeta que tenía postas de goma, luego efectuó tres o cuatro disparos más, y éste puso sus manos en la nuca, de espaldas contra la pared, y fue reducido. Veamos.

Sampietro, alojado inadecuadamente -con su conformidad- en un lugar de tránsito y de ingreso al penal, realizaba múltiples actos de indisciplina, desde escupir a Démola en la cara hasta arrojar basura, excrementos, romper griferías y vidrios del Sector de Admisión.

Estas actitudes merecían una sanción, justificaban el empleo de medios para hacerlas cesar, sin embargo, los elegidos no se ajustaron a la prudencia que regulan las previsiones de la circular uno del 12 de junio de 2002, de la Jefatura del Servicio Penitenciario, destinadas a los Jefes de unidades Penitenciarias con el objeto de regular los procesos de normalización de aquéllas en situaciones de conflicto.

Dicha circular prescribe que producida una situación de fuerza, el personal de vigilancia y tratamiento actuará con la decisión y energía que el caso requiera, utilizando la fuerza mínima necesaria para doblegar la resistencia.

Como se advierte, en el caso, el disparo de postas de goma resultó irracional, como también lo fue su número, que implicó algo así como arrojar cincuenta y cuatro postas, sobre todo, considerando que Sampietro era una sola persona alojada en un pasillo, pese a las actitudes por él asumidas, y su trayectoria en diferentes unidades carcelarias.

No puedo soslayar la existencia de otros medios, a todas luces, disponibles para reducirlo, desde personal que pudo haber actuado en gran superioridad numérica, equipos de cascos y escudos que le hubieran permitido hacerlo sin riesgos, aún tratándose de persona con poca experiencia y capacitación.

En razón de lo expuesto, concluyo que la utilización de la escopeta con postas de goma no fue un uso racional y adecuado con fines de prevención, ni la fuerza mínima indispensable para la ocasión, como lo indica el artículo 31 del decreto ley 9578/80. Ni se trataba de una circunstancia excepcional en que fuera indispensable el uso de arma con fines de prevención o por peligro inminente para la vida, salud o seguridad del interno, agentes o terceros -como señala el artículo 66 de la ley 12.256.

Así, disparar tres cartuchos conteniendo cincuenta y cuatro postas de goma, por parte de personal policial, sin ser el medio racional ni necesario para el caso, a una distancia aproximada de tres metros, aunque los disparos no hayan sido directos al cuerpo de Sampietro, quien se encontraba detenido y alojado en el pasillo del Sector Admisión de la Unidad 45, implica un tratamiento aflictivo ínsito en el tipo del inciso tercero del artículo 144 bis del Código Penal.

El tipo subjetivo varía según la conducta asumida por el funcionario público sea ilegal o legal, pero injusta, como es el caso, requiriendo el conocimiento de la injusticia de la aplicación al caso.

De lo expuesto surge sin hesitación que Martín Ernesto Marcos participó en carácter de autor del hecho descripto, y a partir de las circunstancias ya mencionadas considero suficientemente acreditado con el grado de certeza que requiere un pronunciamiento de condena el elemento subjetivo que el tipo de severidades requiere.

Resultando condición de validez de los fallos judiciales su apego a las circunstancias comprobadas de la causa, corresponde, y así lo dejo postulado, casar el veredicto que condenara a Martín Ernesto Marcos por lesiones ocasionadas por exceso en el ejercicio de la autoridad, con envío a jueces hábiles a fin que, a partir de su comprobada intervención en el hecho, dicten nuevo pronunciamiento conforme a derecho, y regular los honorarios de los doctores Oscar Alberto Rodríguez, Josefina Rodrigo y Alicia Estela Peralta por su labor desarrollada en esta Sede en un 20% de lo regulado en

origen (artículos 18 de la Constitución Nacional; 8.2.h. de la CADH; 14.5. del PIDCyP.; 171 de la Constitución Provincial; 144 bis inciso tercero del Código Penal, 210, 373, 448, 451, 456, 459 y 460 del Código Procesal Penal; 28, parte final, del decreto ley 8904/77).

En su mérito, a esta cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del doctor Borinsky, y a esta primera cuestión, voto en igual sentido.

A la tercera cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

De conformidad al resultado que arroja el tratamiento de las cuestiones precedentes corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, sin costas; casar el veredicto que condenara a Martín Ernesto Marcos por lesiones ocasionadas por exceso en el ejercicio de la autoridad y enviar a la instancia para que, a partir de la comprobada intervención de Martín Ernesto Marcos en el hecho que se da por probado, jueces hábiles renueven los actos necesarios para el dictado de un pronunciamiento conforme a derecho, y regular los honorarios de los doctores Oscar Alberto Rodríguez, Josefina Rodrigo y Alicia Estela Peralta por su labor desarrollada en esta Sede, en un 20 % de lo regulado en origen (artículos 18 de la Constitución Nacional; 8.2.h. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 144 bis inciso tercero del Código Penal; 210, 448, 451, 456, 459, 460, 530 y 532 del Código Procesal Penal; 28, parte final, del decreto ley 8904/77). ASÍ LO VOTO.

A la tercera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Adhiero al voto del doctor Borinsky, por sus fundamentos. ASI LO VOTO.

S E N T E N C I A

I.- HACER lugar al recurso interpuesto, sin costas.

II.- CASAR EL VEREDICTO CONDENATORIO por el delito de lesiones leves causadas por exceso en el ejercicio de la autoridad y ENVIAR a jueces hábiles a fin que, a partir de la comprobada intervención de Martín Ernesto Marcos en el hecho que se da por probado, renueven los actos necesarios para el dictado de un pronunciamiento conforme a derecho.

III.- REGULAR los honorarios de los doctores Oscar Alberto Rodríguez, Josefina Rodrigo y Alicia Estela Peralta por su labor desarrollada en esta Sede, en un 20% de lo regulado en origen.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional; 8.2.h. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 171 de la Constitución Provincial; 144 bis, inciso tercero del Código Penal; 210, 448, 451, 456, 459, 460, 530 y 532 del Código Procesal Penal; y 28, parte final, del decreto ley 8904/77.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase a origen.

FDO: RICARDO BORINSKY – VICTOR HORACIO VIOLINI

ANTE MI: KARINA ECHENIQUE