

ERROR DE PROHIBICIÓN - CLASES. IMPORTANCIA EN LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL - ERROR DE TIPO - ERROR SOBRE UN ELEMENTO NORMATIVO EXTRAPENAL - POSESIÓN - ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO PENAL - CONSERVACIÓN.

1. En general, se considera que son al menos tres clases de errores de prohibición: a) un error acerca de la existencia de una prohibición general de la acción cometida; b) un error acerca de la existencia de una justificación específica para la acción cuando es realizada en ciertas circunstancias especiales, que exceptúan la prohibición general; y c) un error acerca de las circunstancias fácticas que sustentarían tales justificaciones específicas.

2. Negar la relevancia al error de derecho en la responsabilidad penal implica enfrentar seriamente al principio de culpabilidad receptado en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la cuestión del conocimiento de una prohibición como presupuesto de la responsabilidad es un aspecto fundamental al momento de justificar el castigo de una conducta.

3. Dentro del error de tipo (esto es: aquel que recae sobre algún elemento constitutivo de la figura penal) una de sus modalidades guarda estrecha similitud con el error de prohibición a tal punto que, desde la nomenclatura anterior de la que parten estas categorías doctrinarias, entraña un error de derecho (aunque extrapenal). Me refiero al error sobre los elementos normativos del tipo en los casos en que éstos remiten a otras normas contenidas en el ordenamiento jurídico.

4. La posesión es un elemento normativo del tipo, ello surge de la propia redacción del art. 181 CP que, al haber optado el legislador penal por utilizar la palabra "posesión" (en alusión a la relación existente entre el sujeto pasivo y el inmueble) no cabe dudar sobre que, para conocer los alcances de la misma, debe el intérprete remitirse a los arts. 2351 y sgtes. del CC.

5. El marco jurídico dentro del cual se conceptúa la posesión establece que, una vez adquirida, se activa la presunción legal del artículo 2445 del Código Civil que estipula que la misma se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria. Con esta norma como punto de partida, se afirma que la conservación del ejercicio de la posesión es compatible con la sola intención positiva de la persona, y que -en contrapartida- los hechos o actos positivos sí son necesarios para ponerle término. A su vez, existe un considerable núcleo de coincidencias sobre que para la adquisición de la posesión resulta insoslayable la concurrencia de sus dos elementos -corpus y animus domini- pero a los fines de su conservación no es indispensable mantener el constante contacto material con la cosa o la realización permanente de actos posesorios, pues basta con tener el ánimo de conservarla a menos, claro está, que otra persona haya adquirido la posesión o bien que se haya perdido definitivamente el corpus.

-

-

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS

En la ciudad de Córdoba, a los veintiocho días del mes de julio de dos mil catorce, siendo las nueve y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos "MONTENEGRO, Roque Octavio y otro p.ss.aa. usurpación -Recurso de Casación-" (Expte. "M", 38/2012), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Dardo Ramón Estrada, a favor de los imputados

Roque Octavio Montenegro y Román Miguel Zabala, en contra de la Sentencia número cuarenta y cuatro, del veintisiete de abril de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Villa Dolores.

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

1°) ¿Ha sido debidamente fundada la sentencia?

2°) ¿Qué resolución corresponde dictar?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia n° 44, del 27 de abril de 2012, la Cámara en lo Criminal de Villa Dolores resolvió: *"Declarar a Roque Octavio Montenegro y Román Miguel Zabala, de condiciones personales ya relacionadas, co autores responsables del delito de usurpación por despojo (arts. 45 y 181 inc. 1ro. C.P.) que se les atribuye en la Requisitoria Fiscal de Citación a Juicio obrante a fs. 87/99, imponiéndoles la pena de un año de prisión en forma de ejecución condicional, con costas (arts. 5, 9, 26, 40 y 41 C.P.; 412, 550, 551 C.P.P.)..."* (fs. 356).

II. El Dr. Dardo Ramón Estrada, defensor de los imputados Roque Octavio Montenegro y Román Miguel Zabala, presenta recurso de casación en contra de la citada resolución, e invoca razones del motivo sustancial y formal (CPP, art. 468, incs. 1° y 2°).

A través de la transcripción de una serie de citas doctrinarias y jurisprudenciales sobre justificación de las sentencias (fs. 359 vta./360) cuestiona la fundamentación de una conclusión de la **a quo** según la cual "la conducta del primigenio defensor de confianza de Montenegro y Zapata aparece dirigida a beneficiar patrimonialmente a estos, por lo que no resulta lógico suponer que ellos eran ignorantes del obrar presuntamente ilícito de su letrado patrocinante" (fs. 359). Luego, como "segundo agravio" critica la fundamentación de la sentencia en tanto se sostuvo que la doctrina del error de prohibición que alegó la defensa hacia el final del debate "no es la que ha reconocido nuestro derecho positivo" (fs. 360 vta.).

Dice que la **a quo** instituye una errónea aplicación o equivocada interpretación de la ley penal cuando afirma que "aun cuando los traídos a proceso hubiesen actuado en el convencimiento de que su conducta típica (despojar mediante la violencia a Muñoz de la posesión que ejercía en el fundo a través de Urquiza), se encontraba justificada (por la autorización dada por la Sra. Domínguez), error en el que habrían sido inducidos por el consejo de su letrado patrocinante, dado que no existe modo jurídicamente válido para autorizar las vías de hecho para aniquilar la tenencia de un tercero sobre un inmueble, el error en que habrían actuado Montenegro y Zabala resulta un puro error de derecho, no alcanzado por las prescripciones del inc. 1° del art. 34 de nuestro Código Penal" (fs. 360 vta.). Considera que en el caso la conceptualización del específico dolo exigido en la usurpación por despojo ha sido afectada por la sentenciante. Dice que la **a quo** ha incurrido en una severa pifia en cuanto a lo asumido jurídicamente en la cuestión de fondo "haciendo caso omiso al elemento subjetivo de justificación a cuyo respecto y a los fines de objetar ese apartamiento... debe verificarse si en el caso ha existido, o no, un error de prohibición" (fs. 361).

Asegura que las teorías de la culpabilidad dominantes en la doctrina sostienen que la consciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo sino a la culpabilidad (id. cit.). A su vez, expresa que el error de prohibición es aquel en que el sujeto activo comprende las

características particulares del supuesto de hecho típico pero desconoce o yerra sobre el sentido normativo de su accionar, esto es, yerra o desconoce si está prohibido o permitido (fs. 361 vta.).

Apoyándose en cita de doctrinarios afirma que la amplia exigencia del principio de culpabilidad, consagrado en la ley vigente con la fórmula sintética de la comprensión de la criminalidad del acto hace que en nuestro derecho penal no baste con el conocimiento de la contrariedad del acto con el derecho, sino que también se requiere que el agente sepa que esa contrariedad está tipificada penalmente, es decir, que se trata de antijuridicidad con relevancia penal (fs. 362). Agrega que el análisis se completa estableciendo si el error reviste carácter vencible o invencible para el sujeto activo y ello incide en las consecuencias jurídicas. Señala que el error invencible elimina la culpabilidad, es decir, no hay reprochabilidad del injusto. En tanto que en relación al error evitable, dice, han de analizarse las mismas fuentes de la culpa: la imprudencia y la negligencia.

Concluye que el error vencible elimina, entonces, el dolo pero deja subsistente la responsabilidad culposa o bien disminuye la reprochabilidad del autor reflejándose ésta en la cuantía de la pena (fs. 362 vta.).

Entiende que los imputados actuaron creyendo que su conducta era ajustada a derecho por haber recibido asesoramiento jurídico en ese sentido. Sobre la evitabilidad, considera que "el asesoramiento que recibieron fue proporcionado por un abogado, por lo que puede afirmarse que los imputados actuaron bajo error de prohibición". No obstante, reconoce que no existió en sus defendidos la debida diligencia por lo que el error en que incurrieron es evitable o vencible (fs. 363 vta.). Sin embargo, la figura prevista en el art. 181 del Código Penal sólo recepta el tipo doloso. Entonces, expresa, como no existe el delito de usurpación culposa, la conducta de los imputados no habrá de recibir condena penal" (id. cit.).

III. 1. El planteo del recurrente contiene críticas a la sentencia propias del motivo formal de casación y otras que atañen al motivo sustancial. No obstante, ambas serán tratadas bajo los parámetros del primero de ellos. Por un lado, porque aquello que cuestiona por el motivo formal resulta ser el presupuesto fáctico sobre el que se apoyan las objeciones del motivo sustancial. Pero, además, porque los argumentos de ese primer agravio son tan escuetos en orden a comprender específicamente sobre qué alega que estaban errados los imputados que se torna necesario consultar sus consideraciones del segundo agravio para tener una idea más aproximada de cuál es su objetivo.

Todo el recurso gira alrededor de la presencia de una supuesta *ignorantiam iuris* de los imputados, pero para otorgarle aquí un adecuado tratamiento a ese planteo es imprescindible establecer a qué tipo de error se refiere la defensa. Una vez fijado ello, recién es posible analizar la validez formal de la sentencia en cuanto niega tal yerro en los encartados y, eventualmente, la consecuencia normativa de esa circunstancia. Nótese sobre esto último que, en general, la doctrina coincide en que se conocen al menos tres clases de errores de prohibición: a) un error acerca de la existencia de una prohibición general de la acción cometida; b) un error acerca de la existencia de una justificación específica para la acción cuando es realizada en ciertas circunstancias especiales, que exceptúan la prohibición general; y c) un error acerca de las circunstancias fácticas que sustentan tales justificaciones específicas.

A su vez, dentro del error de tipo, esto es aquel que recae sobre alguno de sus elementos, una de sus modalidades alcanza al que recae sobre los elementos normativos del tipo en los casos en que éstos remiten a otras normas no penales contenidas en el ordenamiento jurídico.

Pues bien, en el recurso es posible hallar -aunque nunca de manera directa- referencias a distintas clases de error. Cuando alude a la creencia de que su conducta "se encontraba *justificada* por la autorización dada por la Sra. Domínguez" o que la *a quo* ha pifiado en cuanto hizo "caso omiso al elemento subjetivo de justificación" aparenta alegar a favor del error sobre la existencia de una causa de justificación. Pero, por otro lado, los extractos de doctrina que incorpora a la casación versan, todos, acerca del error sobre la existencia de una prohibición general a la conducta desplegada por el agente. Por último, puede resultar esclarecedor en orden a interpretar la voluntad recursiva rescatar qué parte de la argumentación del *a quo* les ha causado agravio. En tal sentido, véase que dijeron que la sentenciante manifestó que aunque "*...los traídos a proceso hubiesen actuado en el convencimiento de que su conducta típica (despojar mediante la violencia a Muñoz de la posesión que ejercía en el fundo a través de Urquiza), se encontraba justificada (por la autorización dada por la Sra. Domínguez), error en el que habrían sido inducidos por el consejo de su letrado patrocinante... resulta un puro error de derecho*" (fs. 360 vta.); y ése sería el fragmento de la sentencia que contiene la arbitrariedad que vienen denunciando. Leídos los demás ataques de la defensa a la luz de esta afirmación, lo que aflora es la alegación de un error acerca de la existencia de un poseedor.

Así las cosas, considero que la manera más adecuada de interpretar la queja de la defensa es considerarla de la siguiente manera: la sentencia posee vicios en la fundamentación porque no ha dado debida cuenta de las pruebas que indican que los imputados Montenegro y Zabala creían que la poseedora del lote era la Sra. Domínguez, quien los autorizó a ingresar a la heredad. En efecto, una lectura integral de la defensa esgrimida por los encartados conduce a la conclusión de que su accionar no respondió a una ignorancia sobre la antijuridicidad de la usurpación, sino de quién estaba jurídicamente facultado para granjearles el ingreso al campo.

Que la posesión es un elemento normativo del tipo surge de la propia redacción del art. 181 CP que, al haber optado el legislador penal por utilizar la palabra "posesión" (en alusión a la relación existente entre el sujeto pasivo y el inmueble) no cabe dudar sobre que, para conocer los alcances de la misma, debe el intérprete remitirse a los arts. 2351 y sgtes. del CC.

Es importante recalcar que el marco jurídico dentro del cual se conceptúa la posesión establece que, una vez adquirida, se activa la presunción legal del artículo 2445 del Código Civil que estipula que la misma se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria. Con esta norma como punto de partida, se afirma que la conservación del ejercicio de la posesión es compatible con la sola intención positiva de la persona, y que -en contrapartida- los hechos o actos positivos sí son necesarios para ponerle término. A su vez, existe un considerable núcleo de coincidencias sobre que para la adquisición de la posesión resulta insoslayable la concurrencia de sus dos elementos -corpus y animus domini- pero a los fines de su conservación no es indispensable mantener el constante contacto material con la cosa o la realización permanente de actos posesorios, pues basta con tener el ánimo de conservarla a menos, claro está, que otra persona haya adquirido la posesión o bien que se haya perdido definitivamente el corpus (en idéntico sentido TSJ, Sala Penal, "Barrera", S. n° 01, 12/02/2010).

2. Teniendo en cuenta este marco normativo, en lo que sigue exploraremos si surgen de la sentencia elementos que permitan sostener que los imputados desconocían quién era el poseedor del fundo. Adelanto mi postura desfavorable a esa tesis.

Se ha probado suficientemente que Montenegro y Zabala violentaron una cadena y dos candados (hasta romperlos) y así pudieron abrir el portón de alambre para franquearse el ingreso al campo, dato que, además, no ha sido controvertido por la defensa en esta instancia. También se confirmó que dicha acción fue cometida aprovechando que ni el poseedor Muñoz, ni el cuidador del campo, Urquiza, estaban allí en aquel momento (clandestinidad).

Por su parte, sobre la posesión de la heredad, la *a quo* esbozó la siguiente cronología en orden a confirmar que ésta, tal como lo afirmó la acusación, correspondía a Muñoz:

* Pablo Muñoz compró el lote por boleto privado de compraventa a Mercedes Ramona Domínguez de Sosa (fs. 347 vta.);

* Mercedes Ramona Domínguez dijo en la audiencia que el campo era de su marido y lo tenían desde hacía más de 30 años.

* Su marido, Heriberto Sosa, lo había adquirido de María Rosa Funes (viuda de Escudero) en condominio con su cuñado Adolfo Sosa. Luego su marido permutó la parte del campo de Adolfo por otro terreno, por lo que quedó como único dueño (fs. 348). Todo lo cual fue respaldado por prueba documental y testimonial (fs. 348 y vta.).

Sobre el invocado error, considero que no pueden esgrimir desconocimiento acerca de la posesión por los siguientes motivos:

* Los imputados reconocieron no haber tenido la posesión hasta abril de 2008 (cuando operó la por ellos denominada "restitución de tenencia") y obraron en la creencia de que otro actuaba para la tenedora. Sin embargo, debe advertirse sobre eso último que se contradicen porque reconocen verdaderos actos de posesión de Mercedes Domínguez, tales como:

- que explotaba el campo "para ella" (fs. 333 vta.);
- ella lo tenía "prestado a otro sin saber a quién" (fs. 333 vta.);
- conocían sobre la existencia de sembrados y animales de "otro" (fs. 333 vta./334);
- incluso conocían que antes de 2008 "vendió" el campo a Muñoz (fs. 334 vta.). Además, no es posible esgrimir ignorancia acerca de que la posesión seguía siendo ajena cuando bajo una supuesta "restitución de tenencia" ingresaron de noche y por la fuerza. En el mismo sentido, el argumento de que por consejo legal se elaboró ese documento por el que declaran que no son los poseedores resulta infantil. Ello implicaría aceptar que por largos años consintieron que la "tenedora" derivó en "poseedora" porque explotó para sí el campo, se lo prestaba a otros y aun que lo vendiera.

En suma, Montenegro y Zabala sabían que cuando despojaron a Muñoz aprovechando que no había nadie en el campo y utilizando fuerza para romper los candados afectaban, con esa acción, la posesión de éste.

3. Más allá de que aquí no hemos tratado la cuestión del error de prohibición insinuada en el recurso, atento a que el meollo del agravio, como ya vimos, atañía a la supuesta ignorancia sobre quién tenía la posesión del fundo, cabe señalar que la interpretación expuesta en la sentencia por la *a quo* sobre el error de derecho enfrenta seriamente al principio de culpabilidad receptado en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, la cuestión del conocimiento de una prohibición como presupuesto de la responsabilidad es un aspecto fundamental al momento de justificar el castigo de una conducta. Desde una perspectiva ideológica o de política criminal, la opción por un derecho penal

liberal implica el respeto de la autonomía individual y la dignidad de la persona (componentes del principio de culpabilidad). El cumplimiento de esos fines se vería seriamente condicionado si no se asignara relevancia a la ignorancia efectiva y concreta, en el agente, sobre la antijuridicidad de la acción que se le imputa -circunstancia que la **a quo** entendió probada en el caso de marras-. Nótese que si el Estado asegura a los individuos el respeto por sus planes de vida sin interferencias arbitrarias ni sorpresivas fallaría en su promesa si le impusiera un castigo a pesar de que obró de buena fe, esto es, en la inteligencia de que lo que hacía no formaba parte de lo prohibido. Como lo ha señalado esta Sala en "Espíndola" S. n° 246 del 15/9/08, el fundamento jurídico del diseño institucional al que hacemos referencia surge de los arts. 18, 19 C.N.; 11 de la DUDDHH, 14.2, 14.2 y 15 del PIDDCyPP, 8.2, 8.4, 9 de la CADDHH, todos éstos, en función del art. 75 inc. 22 C.N.; y ctes.

Voto, pues, positivamente.

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso deducido por el Dr. Dardo Ramón Estrada, defensor de los imputados Roque Octavio Montenegro y Román Miguel Zabala, con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

Así voto.

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

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

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, 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.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal; RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Dardo Ramón Estrada, defensor de los imputados Roque Octavio Montenegro y Román Miguel Zabala, con costas (CPP, arts. 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que 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.