

N° 131 / En la ciudad de Resistencia, Capital de la Provincia del Chaco, en fecha **05 de septiembre de 2022**, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia **VÍCTOR EMILIO DEL RÍO y ROLANDO IGNACIO TOLEDO**, quienes emitirán su voto en ese orden asistidos por la Secretaria Autorizante **CECILIA ARACELI VARGAS**; tomaron conocimiento del expediente **N° 1-32.673/20** caratulado: **"DURE JORGE RAÚL S/ LESIONES LEVES CALIFICADAS; SÁNCHEZ LUIS ALFREDO S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR SER COMETIDO POR UN INTEGRANTE DE LAS"**, con el objeto de dictar sentencia conforme los artículos 489 y cctes. del Código Procesal Penal.

Seguidamente la Sala Segunda plantea las siguientes

C U E S T I O N E S

1°) ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, VÍCTOR EMILIO DEL RÍO dijo:

1- Que la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad, por Sentencia N° 82 de fecha 26 de agosto de 2020, condenó a Luis Alfredo Sánchez como autor responsable del delito de "HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (art. 79 en función con el 41 bis del Código Penal) a la pena de quince (15) años de prisión de cumplimiento efectivo, con más las accesorias legales (art. 12 del CP); y, absolvió a JORGE RAÚL DURÉ por el delito LESIONES LEVES CALIFICADAS (art. 89 en función del art. 80, inc. 9° del CP) por aplicación del principio de la duda (art. 4 del CPP y 23 de la Constitución de la Provincia del Chaco).

Contra dicho decisorio se dedujeron distintos recursos de casación, los cuales fueron concedidos por los Jueces sentenciantes y elevada la causa a esta Sala, se encuentra actualmente en condiciones de dictarse el correspondiente pronunciamiento.

A los fines argumentativos, se reseñarán los agravios en los siguientes puntos:

1.1. El defensor de Luis Alberto Sánchez, Dr. Juan Carlos Saife, inicia su labor recursiva señalando el objeto y admisibilidad del remedio procesal, en los términos de los arts. 479 y 423 de la Ley N° 965-N.

El profesional plantea agravios de índole formal, sostiene que el fallo resulta infundado y arbitrario, aduce que los sentenciantes afirmaron circunstancias que no fueron probadas.

En este sentido, alega que no existen indicios respecto a que en el momento de la persecución a Martínez, los imputados lo alcanzan y reducen. Argumenta que el testigo Oscar Magdalena, declaró ver dos personas "jugando o peleando" y que luego cayó una ellas, sin embargo la sentencia en la plataforma fáctica da por sentado que era más de una persona que perseguía a Martínez.

En resumen, el recurrente entiende que dar por acreditado que Martínez se encontraba reducido por Sánchez y Duré es una aseveración que carece de sustento probatorio. Señala que el fallo, viola los principios lógicos de razón suficiente y concordancia. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.

Por otro lado, expone agravios sustanciales, aduce que su pupilo actuó en defensa propia. Agrega que los magistrados no valoraron las pruebas demostrativas al respecto, como ser los dichos de los médicos Caram y Débora Ortellado, que dieron cuenta de las lesiones sufridas por

su defendido Luis Sánchez; y confirman la resistencia activa ejercida por el mismo en la pelea con Martínez.

Asegura que en dicha circunstancia, el damnificado intenta sacarle el arma de fuego a Sánchez, quien se ve obligado a disparar, debiendo encuadrarse tal hecho dentro de las previsiones de los artículos 89, 41 bis y 35, en función del art. 34, inc. 6° del Código Penal.

Fundamenta su solicitud, sosteniendo que en el caso hubo un exceso en el medio empleado, toda vez que el condenado utilizó un arma de grueso calibre para repeler la agresión de quien estaba desarmado. Entiende que dicho exceso deviene de un error vencible acerca de la necesidad de usar aquel medio.

En este sentido el recurrente concluye que Sánchez al efectuar el disparo, lo hace para defenderse (elemento subjetivo de la legítima defensa) y se equivocó en el medio empleado, por tanto se configura un exceso en la legítima defensa de la vida o de la integridad física.

Asimismo, el defensor plantea - subsidiariamente- lo sostenido por el voto minoritario de la Jueza Dra. Glenda Vidarte, en relación a que en caso de descartarse el exceso en la legítima defensa, sea considerado que su defendido actuó con exceso en el cumplimiento de un deber, de la Ley o de su cargo, debiendo en consecuencia subsumir la conducta del mismo en los arts. 79, 41 bis y 35, en función del art. 34 inc. 4° todos del Código Penal. Entre otras consideraciones a las que en aras de la brevedad me remito. Cita doctrina y jurisprudencia, hace reserva del caso federal y finaliza con petitorio de rigor.

1.2. Por otro lado, la parte acusadora constituida por el Fiscal de Derechos Humanos, Dr. Luciano Enrique Santos; el representante del Comité Provincial de Prevención de la Tortura, Dr. Roberto Claudio Luis Sotelo;

el apoderado de la Secretaría de Derechos Humanos y Géneros de la Provincia del Chaco, Dr. Kevin B. Nielsen y la querellante particular Lorena Andrea Padován, interponen recursos de casación, que en virtud de la similitud de los agravios expuestos, serán tratados conjuntamente.

Con respecto al imputado Duré, aducen que los sentenciantes determinaron un hecho distinto al fijado en la acusación, afectando el principio de congruencia, debido a que en la requisitoria fiscal se sostuvo que el mismo "...efectúa un disparo de posta de goma con la escopeta, marca Taurus, modelo ST-12, Serie N° SIY 225161, impactando tres perdigones en la espalda de Martínez"; mientras que el suceso fijado en la sentencia se determinó que "efectuó un disparo de posta de goma con la escopeta, marca Taurus, modelo ST-12, Serie N° SIY 225161, continuando con la persecución (...)".

Alegan falta de fundamentación o motivación aparente del fallo, por contener una falsa valoración de las pruebas e incorrecta aplicación del derecho.

Sostienen que de los informes médicos realizados a la víctima y declaraciones testimoniales de los profesionales que intervinieron, se desprende que Martínez presentaba tres heridas circulares, compatibles con balas de gomas, ubicadas en la región baja de la espalda.

Criticán que el tribunal determinó como atípica la conducta del acusado debido a que las balas de goma fueron dirigidas al suelo y entienden que no había razón justificante que legitime el accionar del imputado.

Descalifican el razonamiento de la magistratura relativo a que Duré obró en el marco del riesgo permitido, por encontrarse en una persecución legítima para recuperar un objeto sustraído y aprehender

a sus autores. Afirman que no existió un riesgo razonable que habilite a Duré a disparar balas de goma al perseguir a Martínez. Citan jurisprudencia y doctrina al respecto.

Por otro lado, respecto a la condena de Luis Sánchez, sostienen que el fallo carece de "perspectiva de Derechos Humanos frente a la violencia institucional".

Impugnan la calificación legal otorgada al hecho y aduce que en estos casos los funcionarios policiales tienen el deber de cuidar y proteger a la ciudadanía, en virtud de la posición de garante que asumen. Señalan que Sánchez omitió su deber de mantener el orden.

Enfatizan que los jueces de la causa sin contar con elementos probatorios, descartan la agravante del inc. 9 del art. 80 con argumentos falaces al manifestar que Luis Alfredo Sánchez no se encontraba en condiciones de comprender intelectualmente el elemento normativo, que integra la faz objetiva de la figura.

Indican que la ausencia de reiteración de disparos, es irrelevante para sostener que el acusado no tuviera conocimiento de efectuar un abuso de sus funciones, como trabajador policial.

Agregan que disparar un arma de fuego, a escasos centímetros, en la parte posterior (región occipital) de la cabeza de la víctima, es prueba suficiente para aplicar la agravante del art. 80 inc. 9 del código de fondo.

Entienden que no es necesario que el Agente Sánchez haya tenido conciencia de la normativa, sino que bastaba con que conozca que esa situación era abusiva, aducen que no está justificado dar muerte a una persona desarmada, más aún cuando se encuentra de espaldas.

Consideran que los magistrados valoran cuestiones subjetivas que no fueron acreditadas, como el

"estrés", la "inexperiencia", la "adrenalina" y el "peligro" que se encontraba Sánchez al momento de disparar. Al respecto, mencionan que el damnificado no había efectuado ningún acto de agresión hacia los policías; y que al momento de recibir el disparo, se encontraba en una posición de indefensión, donde no suscitaba ningún riesgo para ambos policías. Cita informes de autopsia y pericia balística.

Destacan que la adrenalina, es parte del quehacer cotidiano del accionar policial y de ninguna manera la misma puede turbar la comprensión de elemento normativo del tipo objetivo.

Mencionan que la situación de "peligro", es una deducción sin basamento probatorio. Afirman que Dure y Sánchez no se encontraban bajo peligro, ni al momento de perseguir, ni al momento de desplegar el accionar homicida.

Sostienen que la inexperiencia es un concepto cuestionable y que puede ser tenida en cuenta en otros casos como el tirador que yerra el golpe, el que malinterpreta la agresión y hace un movimiento intempestivo etc., pero no en el caso tenido por probado por los jueces.

Insisten que el obrar homicida de Sánchez no tuvo relación alguna con el cumplimiento del deber, el cual debía limitarse a perseguir y aprender a Martínez, no matarlo. Refieren doctrina al respecto.

Por último, solicitan se lo condene al imputado Sánchez por el delito de "HOMICIDIO AGRAVADO POR SER MIEMBRO INTEGRANTE DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD" (art. 80 inc. 9 del CP), argumentan y citan normativa provincial, nacional e internacional al respecto, finalizan con reserva del caso federal y petitorio de rigor.

2- Reseñados los recursos de casación interpuestos por las partes, los mismos resultan formalmente admisibles, ya que se dirigen contra una sentencia definitiva y satisfacen las exigencias de interposición.

Con respecto a la sentencia de condena de Luis Alfredo Sánchez el examen se abordará conforme los parámetros establecidos por la Corte Suprema en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone a esta Sala el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, agotando su capacidad revisora conforme las particularidades y posibilidades de cada caso (Conf. considerando 5° del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11° del voto del juez Fayt y considerando 12° del voto de la jueza Argibay).

Ello, de conformidad con los estándares establecidos por la Corte IDH en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (sentencia del 23/11/2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162) y "Goirigoitia vs. Argentina" (sentencia del 02/09/2019, punto 56).

2.1. Superada la etapa de admisibilidad, conviene tener presente el hecho acreditado, el que fue descripto del siguiente modo: ***"el día 22 de octubre de 2017 a horas 01:30 aproximadamente, el Sargento de Policía Jorge Raúl Duré condujo el móvil policial identificado como FR-19 correspondiente a la Comisaría Primera de Barranqueras, en compañía del Agente Luis Alfredo Sánchez, salieron desde la Plaza de la Integración, sita en la intersección de las Avenidas España y 9 de Julio en apoyo al móvil policial identificado como PE-38 de la Comisaría Segunda Barranqueras quienes perseguían a Jesús Ramón Martínez y a Guillermo Alberto Infrán, quienes circulaban***

a bordo de una motocicleta, tipo 110 c.c., color roja, que previamente había sido denunciada como sustraída, tomando en un primer momento por Pasaje Juan B. Justo, luego doblaron hacia Av. 9 de Julio y continuaron por calle Alem casi Ayacucho, donde visualizaron la motocicleta tumbada al costado del cordón, y unos metros más adelante por Ayacucho, descendieron del móvil y comenzaron la persecución a pie de Jesús Ramón Martínez, en Avenida Diagonal Eva Perón a la altura N° 403 aproximadamente - Barranqueras, Chaco- el Sargento Duré efectuó un disparo de posta de goma con la escopeta, marca Taurus, modelo ST-12, Serie N° SIY 225161, continuando con la persecución, doblaron en calle Bolivia y a la altura de 469 aproximadamente, lo alcanzaron, lo redujeron y el Agente Luis Alfredo Sánchez, efectuó un disparo con su arma reglamentaria tipo pistola semiautomática, marca Bersa, modelo Thunder 9 Pro, calibre 9 x 19 mm, serie N° H73970, en la región occipital de la cabeza de Martínez, lo que ocasionó su deceso a horas 04:10 en el Hospital Julio C. Perrando de Resistencia, Chaco".

2.2. En punto al recurso de la Defensa del imputado Luis Alfredo Sánchez, critica que la sentencia incurre en contradicción, al abordar la materialidad en la primera cuestión.

Transcribiendo los pasajes pertinentes de la condena, advierte que la jueza del primer voto, fija el hecho acreditado, valiéndose de la expresión "lo alcanzaron"; aludiendo así a que ambos imputados, actúan conjuntamente en esa acción, reduciendo a la víctima. Pero luego en el punto 4° de esa misma cuestión, solo es Luis Alfredo Sánchez quien aparece realizando ambas acciones.

A fin de responder a este agravio, es necesario recordar que, en el precedente "Méndez", Sent. 230/17 esta Sala sostuvo: "(...) Corresponde dejar

claramente establecido que la labor en esta sede se efectúa tomando como premisa que "una sentencia judicial constituye un todo indivisible en cuanto se refiere a la recíproca integración de su decisorio con los fundamentos que los sustentan, de lo que cabe colegir que computada esa circunstancia debe reputarse suficiente las demás reseñas y relatos del fallo..." (Conf. esta Sala in re "Bartra" -Sent. N° 15/84-; "Valdez" -Sent. N° 78/86-; "Arburu" -Sent. N° 125/96-; "Romero" -Sent. N° 69/00-; entre otros).

"Siendo así, debe someterse todo el fallo a un exhaustivo análisis en orden a las deficiencias estructurales que se remarcan (...) fue condenado por hechos distintos al contenido en la pieza acusatoria y que fuera centro del debate oral, cuando el a-quo modificó dos veces la descripción del mismo, advirtiéndose que no existen dos hechos distintos uno del otro, sino que el magistrado precisa circunstancias, que bien pudieron haber sido ya mencionadas al darse tratamiento a la "materialidad", pero que no invalida haberlas referenciado en el tramo del documento sentencial dedicado a precisar la autoría (...)" (Conf. Sala Penal, fallo "Méndez...", Sent. N° 230/17 ya citado).

La doctrina, a su vez, explica cuándo se da una fundamentación contradictoria, al señalar que puede tratarse de: "(...) la simultánea aceptación de circunstancias fácticas opuestas entre sí, que no pueden coexistir ya que una de ellas excluye o repulsa a la otra. También es contradictoria la aceptación de un hecho y su posterior rechazo, o a la inversa, porque en estos casos la secuencia del razonamiento muestra la admisión de conclusiones opuestas sobre el mismo hecho (...)" (Confr. José I. Cafferata Nores y Aída Tarditti Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado, 1ra. Edic.,

T. II, 2003, pág. 294).

Dichos lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios, aplicados al caso, llevan a demostrar que, en la primera cuestión, concretamente, en el acápite 4º) titulado "La valoración de las pruebas y las cuestiones planteadas", se evidencia la profundización de la descripción del hecho.

La magistrada del primer voto, al ponderar el plexo probatorio de cargo, puntualiza detalles referidos a las circunstancias sobre el modo comisivo del hecho. Dice: "(...) Recordemos que Duré y Sánchez emprenden la búsqueda de otro de los ocupantes del motovehículo (...) se observa en la filmación de la cámara de seguridad (...) Jesús Ramón Martínez ingresa corriendo a esa calle en sentido ascendente siendo seguido por el agente Sánchez y más atrás por Duré que porta algo en su mano derecha, lo que podría ser la escopeta antitumulto (...) con la que momentos antes, todavía por la Diagonal, efectuó un disparo cuando se encontraba frente al negocio "Bellini" de donde fue secuestrada la vaina servida de dicha arma."

"A la altura del N°469 Martínez es alcanzado por Sánchez quien lo reduce y le efectúa un disparo con su arma reglamentaria (...)".

Más adelante, expresa: "(...) No tengo dudas que al alcanzar Sánchez a Martínez (...) Es decir que el forcejeo del que se habla pudo haber existido al dar alcance el agente Sánchez a su perseguido, pero el gatillo lo accionó Sánchez, él fue quien disparó (...)".

Cuando aborda en la segunda cuestión el encuadre legal, prosigue con idéntica metodología expositiva; siendo coherente con la descripción que le precedía, al señalar: "(...) Fue determinado que Sánchez perseguía corriendo a Martínez, seguido metros atrás por Duré, ambos corrían a la víctima (...) Ingresan a la calle

Bolivia desde la Av. Diagonal Eva Perón (Barranqueras), donde Sánchez estaba más cerca de Martínez; así finalmente lo alcanza y lo reduce (...) Incluso hasta la persecución de a pie a Martínez, el accionar de Sánchez también continuaba siendo legítimo, porque aunque la moto ya había sido abandonada y detenido uno de los supuestos autores, debía aprehenderse a otro de los que circulaban en la misma (...) Pero una vez que Sánchez alcanzó a Martínez (...)"

Sobre el aspecto señalado, la tesis defensiva redujo el análisis a dos pasajes del fallo, lo cual echa por tierra la mentada contradicción. El propio recurrente, en otros tramos de su escrito, coincide con la manera de describirse el suceso: "(...) Respetuosamente entiendo que el hecho probado en el punto impugnado por esta defensa, el tramo culminante del accionar de Sánchez, cuando le da alcance a Martínez y se produce el disparo, es el siguiente: y unos metros más adelante el sargento de policía Jorge Raúl Duré y mi defendido prosiguen la persecución de Jesús Ramón Martínez a pie, Luis Alfredo Sánchez (solo) le da alcance al mismo en calle Bolivia a la altura del N° 469 (...)"

"(...) Sánchez comienza la persecución para aprehender al presunto culpable en cumplimiento de un deber o cargo (...) cuando le da alcance a Martínez (...)"

Las afirmaciones del casacionista, en conclusión, no pasan el umbral de la mera discrepancia en cuanto a la descripción del comportamiento de Luis Alfredo Sánchez. Disenso que carece de la entidad a fin de probar una hipotética contradicción respecto a cómo se desencadenó el evento dañoso.

Continuando con el estudio de la presentación, pretende que al hecho se le apliquen los artículos "(...) 79; 41 bis y 35, en función del art. 34

inc. 6° del Código Penal; y subsidiariamente el art. 34 inc. 4° del mismo cuerpo legal (...)". (Confr. escrito).

Previo a todo, es necesario recordar que esta Sala tiene dicho: "Para considerar la legítima defensa, como causal de justificación prevista en el art. 34 inc. 6° del CP, debe tenerse en cuenta que se trata de una acción de auto auxilio autorizada por la ley, para resolver situaciones en la que el individuo se ve impedido de recurrir efectivamente a los órganos públicos, cuyos requisitos son: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende" (Conf. Fontán Balestra, Tratado Dcho. Penal, T. II, pág. 137 y sgtes. Criterio sustentado por esta Sala Segunda in re: "VALDÉZ GUSTAVO" Sent. 13/20; "PAZ GUSTAVO" Sent. 92/10; entre muchos otros).

La defensa técnica conjetura que la muerte de Jesús Ramón Martínez es un evento acaecido en el marco de una legítima defensa propia. Aseverando que no existió provocación alguna de su pupilo procesal, siendo la víctima quien inicia la agresión. Y el acusado, ante la situación de tener que proteger su integridad física o su vida, incurrió en un exceso, utilizando el arma reglamentaria para contrarrestar ese ataque.

Intenta demostrar su postura, endilgándole acciones a Jesús Ramón Martínez, que no surgen del testimonio de Oscar Dionicio Magdalena o de las probanzas médicas.

Sostiene: "(...) Martínez opone una resistencia activa forcejeando, agrediendo y tratando de sacar el arma que esgrimía Sánchez (...) el único testigo presencial Magdalena ve una pelea y que uno cae al suelo (bien pudo haber sido Sánchez) (...) no fue un simple forcejeo entre Martínez y Sánchez, fue una resistencia

activa, una pelea (como lo dice Magdalena) pero lo más importante es que Sánchez resultó agredido y lesionado por Martínez (...)" . (Conf. escrito recursivo).

Ahora bien, en el fallo sobre la mentada prueba testifical, se consignó: "(...) Cabe aquí referirnos al testimonio brindado por el Sr. Oscar Dionisio Magdalena (...) relató que esa noche salió cerca de las 22:00 del culto por calle Asunción (...) fue a caminar solo, dio una vuelta por la plaza y estaba volviendo (...) y vio dos personas jugando o peleando como en una cancha (...) no pudo precisar la distancia a la que se encontraba (...) no escuchó nada, ni disparos, porque tenía los auriculares puestos; no divisó ningún cuerpo, que cuando vio el forcejeo vio que uno cayó que estaba a unos 100 metros aproximadamente (...)".

El tribunal argumentó: "(...) Debemos descartar el planteo defensivo (...) la conducta de Sánchez no se encuentra justificada desde el momento que extrajo el arma letal mientras perseguía a una persona desarmada, que se resistía a la aprehensión y que no sabemos si tuvo o no participación en la perpetración del robo del motovehículo".

"(..) si hubo un forcejeo fue solo el necesario para lograr la reducción de Martínez y que quizás fue esto lo que vio el testigo Magdalena que estaba a cien metros -según sus dichos- de lo que acontecía, de lo que se puede inferir que no tenía una clara visualización de lo que sucedía (...)".

El abogado defensor tergiversa el testimonio, incorporando detalles que no pudieron ser vistos y, por ende, aportados por el testigo.

En cuanto a la prueba médica y la lesión en una mano de la víctima, los juzgadores también concluyen: "(...) El Dr. Caram descartó que haya sido producida por

haber aferrado Martínez la corredera del arma, por lo que no se ha acreditado la agresión ilegítima de la víctima, de haber querido apoderarse del arma (...)."

Pese a coincidir el defensor con el forense -y sin admitirlo, con el tribunal-, al decir: "(...) Lo único que hizo el Dr. Caram es descartar que la lesión que presentaba Martínez en la mano haya sido producida por haber tomado el arma por la "corredera" (...)" ; sigue insistiendo, infructuosamente, con su versión del hecho: "(...) pero de ninguna manera descartó que esas lesiones se produjeron en el transcurso de una lucha o pelea (...)" . (Conf. escrito).

Otro argumento defensivo se focalizó en la omisión del Tribunal, al no considerar el informe de la médica policial Débora Ortellado, que dio cuenta de los distintos signos lesivos constatados el día 22 de octubre de 2017 en partes del rostro, cuello, hombro y pecho del imputado. Manifestó textualmente: "(...) *Respetuosamente entiendo que esto es una manipulación de prueba, una omisión de prueba dirimente toda vez que acreditan suficientemente la agresión de Martínez a Sánchez (...)*" .

Cabe destacarse que, en un enfrentamiento cuerpo a cuerpo, con forcejeos entre dos personas, pueden resultar lesionadas un o ambos participantes.

Pero lo cierto es que el testimonio de Oscar Dionisio Magdalena no aporta otro dato, más que visualizar, a lo lejos, un juego o pelea entre dos sujetos, donde uno de ellos cae al suelo. Versión que no varía con las lesiones constatadas en el cuerpo del acusado, ni confirma un ataque hacia su persona, del modo que pretende mostrar la defensa.

Y en caso de que tal agresión de la víctima hacia el funcionario policial hubiera sido acreditada, ello, por sí solo, no es prueba de su *ilegitimidad*.

Requisito exigido por el artículo 34, inciso 6°, "a" del Código Penal, de lo cual no existió explicación por parte del recurrente.

Pues, bien pudo tratarse la esgrimida agresión, de un acto defensivo, no antijurídico; frente a un procedimiento ilegal llevado a cabo por autoridades estatales.

Dice Nelson R. Pessoa: "(...) se impone determinar la "ilegitimidad" de la afectación del bien jurídico (...) precisar criterios para predicar la antijuridicidad de la agresión (...) pues solamente hay legítima defensa frente a una agresión antijurídica. En consecuencia, no es posible actuar en legítima defensa frente al policía que detiene en legal forma (...)" (Conf. Nelson R. Pessoa, "Legítima Defensa", 1ra. Edic., Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2001, pág. 101).

A su vez, agrega respecto de los actos llevados a cabo por autoridades estatales, lo siguiente: "(...) Si el acto ilegal es ejecutado por propia decisión del funcionario, entendemos que estamos -en principio- frente a una acción ilegal y que incrementa la necesidad de respuesta cuando el funcionar no sabe que lo que hace es ilegal (...)". (Conf. Ob. Cit., pág. 79).

En este sentido, Zaffaroni refiere que para que opere el permiso de actuar en legítima defensa es necesario que la afectación del bien jurídico sea ilegítima, o sea debe ser antijurídica la acción de la agresión. Define *"cuando se corre el riesgo de herir o matar a terceros, el derecho de defensa se limita, especialmente si existe la posibilidad de huir o de producir afectaciones de menor importancia"*.

Este autor sostiene que "la agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad

del agresor: cuando un sujeto extrae un arma, poco importa que demore dos segundos o una hora en disparar" (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 619).

Recuérdese que las fuerzas de seguridad, la fatídica noche, actuaron para conjurar la presunta sustracción de una motocicleta por unos individuos que, luego de abandonarla, se dieron a la fuga.

Por ello es necesario traer al análisis la Ley Provincial de Seguridad Pública N°2011-J (antes, N° 6976, del año 2012).

Como misión de la Policía de la Provincia del Chaco, prevé la seguridad preventiva que, merece destacarse, comprende: "(...) El control preventivo, mediante las intervenciones policiales tendientes a prevenir, conjurar y hacer cesar delitos mediante acciones de patrullaje y vigilancia en espacios públicos (...)" (Artículo 55, a.1).

Entre los principios básicos de actuación que cita, figuran el de gradualidad y proporcionalidad. Mediante el primero, se procura "(...) siempre y, ante todo, preservar la vida y la libertad de las personas (...)". Con el restante, evitar "(...) todo tipo de actuación policial que resulte abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral contra las personas (...)" (Artículo 44).

Para cumplir con ellos, establece, entre otros deberes del personal policial: "b) Actuar teniendo en miras el pleno e irrestricto respeto (...) el derecho a la vida (...) h) Ejercer la fuerza física o coacción directa en función del resguardo de la seguridad pública solamente para hacer cesar una situación en que, pese a la advertencia u otros medidos de persuasión empleados por

el funcionario del servicio, se persista en el cumplimiento de la ley o en la inconducta grave. La utilización de la fuerza será el último recurso y toda acción que pueda menoscabar los derechos de las personas será de ejecución gradual, evitando causar un mal mayor a los derechos de éstas (...) y/o el uso indebido o excesivo de la fuerza (...) i) Recurrir al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa, propia o de terceros y/o situaciones de estado de necesidad, debiendo obra de modo de reducir al mínimo los posibles daños y lesiones; j) Anteponer al eventual éxito de la actuación la preservación de la vida humana, la integridad física de las personas, cuando exista riesgo de afectar dicho bien (...)" (Artículo 45).

Es importante señalar que "el hecho de que el funcionario policial no actúa espontáneamente al momento de recurrir a la fuerza, sino más bien que realiza una tarea que ha sido previamente ensayada, debe sujetar su actuar a las normas estatales" (Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª Edición, 1991, pág. 420).

El señor defensor desatiende en sus agravios los principios y deberes establecidos en el ordenamiento legal precitado, afirmando: "(...) se presenta una arista particular, Sánchez comienza la persecución para aprehender al presunto culpable en cumplimiento de un deber o cargo, esta es como lo reconoce el Tribunal de Juicio una acción inicialmente justa (...)" (Conf. Escrito de la Defensa).

Igualmente, el tribunal, donde resulta harto llamativo el soslaye de este texto jurídico que, recordemos, rige desde el año 2012.

Así, cuando refiere la señora jueza del primer voto: "(...) Fue un procedimiento policial que en sus

inicios fue legítimo. Si bien el Dr. Sotelo habló de una desproporción en la persecución, considero que ello se debió más al azar que a otra cosa, dado que esa noche se encontraba el Comisario Duarte a cargo de un operativo a realizarse en la zona portuaria y los móviles se encontraban todos en la rotonda de las Avenidas 9 de Julio y España, cuando sintieron la alerta por la radio policial que diera el Cabo Cardozo."

"Incluso hasta la persecución a pie a Martínez, el accionar de Sánchez también continuaba siendo legítimo, porque (...) debía aprehenderse a otro de los que circulaban en la misma (...)".

La magistrada del segundo voto agrega: "(...) Coincidió con la colega preopinante en que ese disparo de arma de fuego efectuado por Sánchez se produjo en un contexto que está corroborado: una persecución policial que tenía como protagonistas a varios funcionarios policiales, por un lado, y a Martínez que iba junto a Infrán a bordo de una moto que había sido sustraída al Señor Merlo pocas horas antes y estaba denunciada como tal. Este contexto, indubitado, indica claramente que Luis Alfredo Sánchez obró en el marco de un deber jurídico específico, como funcionario policial, que estaba obligado a perseguir e intentar aprehender a quien circulaba en una moto ajena, antes sustraída (...)".

No se trató del accionar de un "lobo solitario" o del marco de una "cacería de patos". Antes bien, estamos ante un despliegue coordinado de fuerzas de seguridad, con la participación de móviles y personal pertenecientes a distintas dependencias policiales, tanto de Barranqueras como de Puerto Vilelas, que se iban comunicando entre sí vía radial. Aun cuando la reunión de efectivos policiales haya podido ser producto del "azar", como dice una de las juezas, ello no desvirtúa la

observación precedente.

Con tal perspectiva, es que debió encararse el análisis y valoración, de modo no convencional, tanto de los hechos como de las pruebas.

Desde esta perspectiva debe ser analizado el presente caso y la valoración probatoria, enmarcado desde un enfoque estructural, en relación al actuar de las fuerzas de seguridad en el ejercicio de sus funciones, a los fines de colaborar con la reconstrucción de organizaciones burocráticas y enfrentar problemas como lo sucedido en autos.

En ese marco de la seguridad preventiva, la operación policial se llevó a cabo con la participación conjunta de ambos acusados. Entre otras pruebas que lo avalan, se cuenta con el informe suscripto por la Subcomisario Gabriela Analía Delgado, quien circulaba en el móvil FR-19, oficiando de chofer Jorge Raúl Duré y acompañado por Luis Alfredo Sánchez.

Funcionaria que ilustró el trabajo coordinado, quedando ella en resguardo del patrullero y los imputados descendiendo y emprendiendo la persecución a pie. De su testimonio, el fallo dio cuenta las siguientes circunstancias: "(...) la Subcomisario Delgado comenzó diciendo que en la fecha del hecho integró una comisión con Duré y Sánchez, que prestaron apoyo a la Comisaría Segunda de Barranqueras en un procedimiento, un operativo a punto de comenzar a cargo de la Comisario Duarte que estaban de parados de frente sobre Avenida España cuando observaron una patrulla que venía a alta velocidad (...) que era de la Comisaría Segunda y que pedía apoyo; que al observar eso los móviles de las distintas comisarías toman diferentes direcciones en base a lo que se iba escuchando por radio (...) observan una moto tirada por lo que decide estacionar la camioneta (...) continuó señalando que Duré y

Sánchez descendieron del móvil y caminaron por las inmediaciones, que ella queda en el lugar en resguardo del vehículo policial y de la motocicleta tirada; que Duré y Sánchez se alejan y que luego regresó Duré y le dijo que había una persona herida y que Sánchez permanecía en el lugar (...)" .

El riesgo de afectación al bien jurídico "integridad física" de la víctima, estaba presente antes de ser ultimada: recuérdese que Juan Jesús Martínez huía, lo hacía desarmado y era perseguido por dos funcionarios policiales. Que eran a su vez parte de un operativo policial donde, como se dijo, actuaban más integrantes y móviles de las fuerzas de seguridad.

Si bien será motivo de análisis posterior, interesa consignar que, en ese contexto, se produce el primero de los disparos con la escopeta que utilizaba el coimputado Jorge Raúl Duré.

En la primera cuestión, la magistrada que emitió el primer voto sostuvo: "(...) Recordemos que Duré y Sánchez emprenden la búsqueda de otro de los ocupantes del motovehículo."

"Es así como, conforme se observa en la filmación de las cámaras de seguridad ubicadas en el Centro Pediátrico ubicado en calle Bolivia N°401, Jesús Ramón Martínez ingresa corriendo a esa calle en sentido ascendente siendo seguido por el agente Sánchez y más atrás por Duré que porta algo en su mano derecha, lo que podría ser la escopeta antitumulto marca Taurus, con la que momentos antes, todavía por la Diagonal, efectuó un disparo cuando se encontraba frente al negocio "Bellini" de donde fue secuestrada una vaina servida de dicha arma (...)" .

Al no tomar razón de la ley en cuestión y soslayarse el contexto de persecución conjunta, donde ya

había sido disparada un arma de fuego, sin razón para hacerlo; deviene incorrecta la conclusión que hacen las magistradas posteriormente sobre la legalidad del procedimiento policial, al omitir valorar esa circunstancia -el disparo de escopeta-.

Lo contrario, habría permitido tomar en cuenta que, el procedimiento de aprehensión protagonizado por los dos acusados era ilegal desde el momento en que se produce esa acción y no recién cuando Luis Alfredo Sánchez dispara el arma que portaba.

La víctima no tenía obligación de soportar el accionar ilícito de estos dos funcionarios policiales, pudiendo defenderse del riesgo inminente que representaba para su integridad física y su vida el uso de armas de fuego en el contexto verificado en autos.

La pretendida calidad "dirimente" que asigna al informe de las lesiones en el cuerpo del acusado, queda solo en la abstracta apreciación defensiva. Al no explicar cómo arriba a la conclusión de que Jesús Ramón Martínez realizó una conducta agresiva, sin derecho a ello. Tal sesgada afirmación, solamente puede emerger, apartándose de la probada secuencia fáctica "persecución - disparo de escopeta - forcejeo" y de la Ley N° 2011-J, ya descriptos.

La defensa tampoco dio argumentos atendibles sobre otro elemento importante del instituto que aduce inaplicado: la necesidad racional del acto defensivo del encartado.

Afirma que estamos ante un exceso en la legítima defensa por un error vencible acerca de la necesidad de emplear ese medio. Valiéndose de la mera transcripción de pasajes del fallo y concluyendo: "(...) queda totalmente evidenciado, los jueces del Tribunal de Juicio describen exactamente el contexto, las circunstancias de tiempo y lugar y modo en que se

desarrolla la acción en la que Sánchez efectúa el disparo y reconocer expresamente que estas circunstancias son las que llevan a Sánchez a obrar con error. Claro que las consecuencias de ese error no son las que plantea la defensa (error en el medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima) (...)"

Abunda en citas jurisprudenciales para cuestionar que el tribunal no hiciera una valoración "ex ante" de las circunstancias del hecho. Refiere en sentido discrepante: "(...) Desde siempre toda la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que deben ser valoradas "ex ante" y no "ex post" no debe el juez después de ocurrido el suceso comodamente sentado en su despacho y decir (como lo hace la Dra. Pascullo) "la vida de Sánchez no corría peligro" (...)" (Conf. Escrito recursivo).

Continúa proponiendo: "(...) el juez debe colocarse en la situación vivencial del autor al momento de efectuar el disparo, cómo entendió él la situación, y si razonablemente pudo entender, como en el caso concreto, que su vida o su integridad física corrían peligro, al efectuar el disparo, lo efectúa para defenderse (elemento subjetivo de la legítima defensa) y si yerra, se equivoca en el medio empleado estamos frente a un exceso en la legítima defensa (...)" (Conf. escrito de casación).

Consideraciones que no trascienden el umbral de lo académico y discrepante con el resultado condenatorio, pero que no escapan a las observaciones críticas que se vienen formulando, en tanto se fundan en la segmentación arbitraria del contexto en que se desarrollara el operativo policial, quedándose con el momento conclusivo: el del disparo fatal.

Retomando la doctrina seguida, Pessoa expresa que la idea de necesidad "(...) denota que no hay otra opción, otra alternativa, otra conducta para

neutralizar la agresión (...) De ello se desprende que, si hay otra opción, debe escogerse la menos lesiva (...)"

"(...) Para que la conducta sea "necesaria", la agresión debe generar una situación de inevitabilidad de dicha conducta. Si quien se defiende puede evitar el peligro para el bien jurídico, eludiendo la situación de peligro -por ejemplo, retirándose del lugar-, la asunción del riesgo que luego se neutraliza por medio de cierta conducta hará difícil que ésta sea calificada como necesaria, por lo menos en cierto tipo de situaciones (...)" (Conf. Ob. Cit., págs. 124/125).

El abogado defensor deliberadamente pasó por alto en su relato que Luis Alfredo Sánchez descendió del patrullero junto al coacusado Jorge Raúl Duré -chofer-, emprendiendo ambos la persecución en la misma dirección. Que ambos funcionarios estaban armados, siendo incluso Duré quien, unos pasos por detrás, minutos antes, había efectuado un disparo con la escopeta que empuñaba. A ello se agrega que en proximidades también se encontraban patrullando otros móviles y funcionarios policiales y que Jesús Ramón Martínez huía de a pie sin contar con otra ayuda, y sin portar arma alguna.

Todos estos elementos favorecían una aprehensión exitosa, sin que pudiera entonces sostenerse, válidamente, que el forcejeo con el sospechoso constituía la única alternativa para lograr dicho propósito, o que solo quedase usar su pistola para detenerlo.

El recurso, por idénticos déficits, tampoco dio cuenta que el acto de defensa, para ser calificado como tal, también requiere de otra cualidad: racionalidad.

Dice el autor mencionado: "(...) Una conducta puede ser necesaria, pero puede no ser "racional" (...)"

"Racionalidad significa proporcionalidad (...) entre el mal evitado o salvado por el acto defensivo

y el mal causado por dicho acto (...)"

"Debe quedar en claro que en materia de legítima defensa la ley penal no exige, como sucede en el estado de necesidad justificante, que el mal que se evita sea mayor que el causado; aquí simplemente se exige racionalidad, proporcionalidad, cierta correspondencia axiológica entre los males (...)"

"Este requisito (...) -la racionalidad- es el que introduce la nota de razonabilidad de la legítima defensa. Es cierto que nadie está obligado a soportar lo injusto; este es un principio básico de la legítima defensa. Pero para el orden jurídico, y especialmente en un estado de derecho, tampoco es razonable que cualquier afectación de un bien jurídico se salve a cualquier precio (...)" (Conf. Ob. Cit., págs. 130/132).

El defensor no pudo fundamentar que el condenado, acompañado por otro colega armado, necesitase enfrentar y forcejear con la víctima. Ni justificar, en la situación detallada, la razonabilidad de usar un arma de fuego para impedir o repeler un presunto ataque contra su integridad física; cuando la víctima, supuesta agresora, estaba sola y desarmada.

Carecía de todo dominio sobre el suceso fatal, recibiendo el disparo en una zona vital -su cabeza-; efectuado a escasos centímetros por Luis Alfredo Sánchez, quien se hallaba posicionado detrás o a su costado.

Como lo analiza la señora jueza del primer voto: "(...) El disparo también penetró el buzo con capucha que usaba Martínez y los daños que causó en la tela, el orificio de entrada, señaló el perito Pereyra, nos da una pauta que ingresaron gases de la deflagración a cierta presión, por lo que estimó que no hubo una gran distancia entre la boca de fuego y la prenda de vestir,

aproximadamente unos quince centímetros porque a más distancia los gases ya no tienen potencia como para destruir telas (...)"

"(...) Que Martínez le haya querido sacar el arma y por eso tenía lastimada la mano al tomar la corredera, es una cuestión que ha sido descartada por el Dr. Caram al ser interrogado específicamente sobre ello, y aunque así hubiera sido, como explicara el Licenciado Pereyra, aún había que jalar el gatillo, porque esa sujeción del cañón del arma 9 mm no posibilita que el gatillo se accione solo automáticamente porque en el desplazamiento de pocos milímetros de la corredera hacia atrás ya se inhabilita la conexión de mecanismo de disparo."

"Es decir (...) el gatillo lo accionó Sánchez, él fue quien disparó. Y lo hizo de atrás hacia adelante, es decir desde la zona occipital por lo que entiendo que se encontraba detrás de Martínez o a un costado, no pudiendo estar la víctima de frente, aunque en algún momento de la aprehensión ello pudo haber ocurrido (...) El disparo entonces no fue accidental (...)"

Esta argumentación habla a las claras de que el acusado redujo a su víctima. Pues, conforme lo define la Real Academia Española, reducir es someter o dominar por la fuerza a alguien que se resiste. Someter es hacer que alguien soporte cierta acción. Dominar, supone tener dominio, poder que se ejerce sobre otra persona.

Por ello no tiene asidero el cuestionamiento defensivo, cuando pretende refutar que no existió reducción a la víctima: "(...) es un invento (...) no se va a encontrar una sola prueba (...) que avale esta aseveración (...) El dar por acreditado que Martínez se encontraba reducido por Sánchez y Duré es una aseveración que carece del más mínimo sustento probatorio, es una afirmación

arbitraria, que se aparta totalmente del complejo probatorio de la causa (...) " (Conf. escrito recursivo).

Conforme lo analizado, entiendo que con lo aquí probado, no es posible concluir que el hecho debe encuadrarse en un exceso legítima defensa (art. 34 inc. 6), pues para poder ser aplicada una causa de justificación o de tipo permisivo, que desplace la antijuricidad de la acción, requiere que se den ambos presupuestos, tanto en su tipo objetivo como el tipo subjetivo de tal permiso. Por ello al no estar acreditada fehacientemente esta causa, la misma no podrá ser considerada como válida. No siendo aplicable aquí la duda, pues es precisamente la conducta permitida lo que sí debe probarse para con ella sostener que se actuó legítimamente.

Lo expuesto permite concluir que el planteo recursivo esgrimido por el recurrente en sustento de su pretensión de desincriminar la conducta atribuida al imputado o atenuar la respuesta punitiva brindada por el tribunal a quo no resultan de recibo porque se estructuran a partir de consideraciones fragmentarias de los elementos de prueba y acusan omisiones probatorias que no son tales o resultan intrascendentes en ese marco conviccional.

2.3. Descriptos y evaluados los antecedentes del caso, corresponde dar tratamiento a los recursos de las partes acusadoras, que serán analizados conjuntamente, pues todos consideraron que los sentenciantes resolvieron el caso imponiendo una calificación legal -Homicidio Simple agravado por el uso de arma de fuego (Art. 79 y 45 del CP)- contraria a sus pretensiones acusatorias - Homicidio agravado (Art. 80 inc. 8° CP)-.

Al respecto, en oportunidad de determinar el modo en el que se desarrolló el ilícito investigado, el Tribunal aseguró que en el contexto de un procedimiento

policial, Martínez fue perseguido por los imputados, quienes lo alcanzan, lo reducen, y posteriormente uno de ellos -Sánchez- le dispara con su arma reglamentaria, encontrándose detrás o al costado del mismo.

Para arribar a tal conclusión, fueron valorados los informes y declaraciones del perito forense, atinente a la zona de ingreso y salida del proyectil -zona occipital con salida en la región parietal izquierda-, trayectoria recorrida en el cráneo de la víctima -de atrás hacia adelante, de abajo levemente hacia arriba y de derecha a izquierda-, las lesiones evidenciadas y que fueron la causa de su deceso -traumatismo cráneo encefálico grave con fractura de cráneo y laceración cerebral producida por arma de fuego- (Informe de autopsia).

Además, los camaristas tuvieron en cuenta los indicios presentes en el buzo con capucha que usaba Martínez en la ocasión -orificio, daños en la tela-, que daban la idea de la proximidad del disparo: "(...) nos da una pauta que ingresaron gases de la deflagración a cierta presión, por lo que estimó que no hubo una gran distancia entre la boca de fuego y la prenda de vestir, aproximadamente unos quince centímetros" (Informe técnico sobre prendas de vestir, diciembre 2017).

En base a ello entendieron que la víctima no podría estar de frente y concluyen que Sánchez fue quien disparó, porque el arma utilizada no posibilita que el gatillo se accione automáticamente.

Al analizar las circunstancias controvertidas por las partes que rodearon el momento del disparo, los magistrados afirmaron que existió un forcejeo entre el imputado y la víctima previo al disparo.

Tal afirmación fue sustentada en pruebas al respecto, como ser la declaración del testigo Magdalena

quien vio ese forcejeo y luego caer a una persona, aunque aclaró que no escuchó el disparo porque llevaba auriculares.

Posteriormente, descartan la posibilidad que en dicho forcejeo Martínez haya querido quitar el arma a Sánchez. Ello en virtud de los dichos del médico forense, quien declaró que la lesión ampollar en la mano de la víctima fue producto de una herida ocasionada por algún golpe con o contra elemento duro, compatible con una raspadura contra el asfalto -por ejemplo-, resultando imposible determinar cuál fue la intencionalidad de la lesión -defensiva u ofensiva-.

Ahora bien, es importante aclarar que la figura del art. 80 inc. 9 del Código Penal es básicamente igual al homicidio simple, "sólo debe agregarse en el plano de la tipicidad objetiva, los requisitos especiales del autor (miembro integrante de las fuerzas de seguridad); y además hay que agregar como requisito el abuso de las funciones del sujeto activo.

Para ello se requiere que el sujeto se encuentre "abusando" de su calidad funcional; como bien lo dice la doctrina "lo decisivo a los fines de aplicar esta agravante es que dicho autor haya obrado con "abuso" de su función o cargo, o sea prevaliéndose de las facilidades que dicha función o cargo le otorgan para poder así perpetrar el delito de tal modo y no de otro" (Tazza Alejandro, "Código Penal Comentado", 2018, pág. 85).

Este abuso de la función implica excederse de los límites que la ley acuerda o hacer uso de facultades que no tiene por su función (Molina Gonzalo J., "Manual de Derecho Penal", parte especial, de. Contexto, 2021, pág. 120).

El hecho de matar abusando de la función o

cargo que desempeña el sujeto activo implica que ejerciendo su acción funcional propia excede los límites que la ley le acuerda o hace uso de facultades y/o potestades que no posee, a través de las cuales da muerte a una persona, sea en forma arbitraria o violando los deberes de su propia función (Aboso, Gustavo Eduardo, op. citada, pág. 491).

Al respecto esta Sala tiene dicho en el precedente "Palacio": "En lo que nomina faz subjetiva de la figura en cuestión, considera necesario que el homicidio se produzca *abusando del cargo o función*, requisito que se tuvo por comprobado con sustento en la actividad desplegada por Palacio a partir del momento en que sale a perseguir a la víctima, puntualizando lo que debió haber hecho y no lo hizo con arreglo a las particularidades del caso (v.gr. extremar recaudos, pedir colaboración), y no apuntar y disparar contra la víctima, como ya fuera precedentemente exteriorizado reitero mi acompañamiento a la tarea jurisdiccional puesta en crisis, tanto en la determinación de la base fáctica como en relación a la calificación jurídica de la conducta del imputado, toda vez que la intervención de éste del modo fijado por la Cámara se produjo cuando, detentando el cargo de Agente de la Policía de la Provincia, encontrándose en situación de actividad y en ejercicio de sus funciones, actuó del modo que lo hizo y abusando de las mismas dio muerte a la víctima de un disparo de arma de fuego. Consecuentemente, se torna inoficioso el tratamiento de las demás figuras alternativas cuya aplicación pretende el recurrente y fueron razonablemente tratadas por el a quo".

"Concordantemente -mutatis mutandi- con el desenlace condenatorio atacado, se expidió el STJFormosa, in re "R., A. M. del 22/06/16, en cuanto que incurre en

dicho homicidio agravado "el funcionario policial que disparó su arma de fuego reglamentaria a corta distancia contra un sospechoso que estaba subiendo a un muro perimetral, ya que ese accionar resulta ser un ejercicio abusivo de su función, ya que no estaba amparado en ese caso el uso de la fuerza letal para detener a una persona que se encontraba en franca huida" (Gustavo Eduardo ABOSO, CÓDIGO PENAL, 5ta. Edición, pág. 525, Editorial IBdeF. Doctrina citada en "Palacio", Sent. 185/18)".

Trasladando estas apreciaciones al caso convocante, se dejó consignado inicialmente en el fallo que no se duda de la condición de Sánchez como integrante de la fuerza de seguridad, debido a que llegó al lugar del hecho en un móvil policial y uniformado como tal; además objetivamente existió un vínculo entre la agresión fatal que sufriera la víctima y la función policial que desempeñaba el autor, pues la agresión se consumó durante el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo y mientras desempeñaba un acto de servicio como policía.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que hasta el arribo de la policía al lugar, Sánchez estaba dentro del marco de su actividad permitida, hasta que ocurre un homicidio originado en el intento de aprehender la víctima.

Las magistradas afirman que Sánchez "tenía dolo de matar y con arma de fuego". Pero no tuvo comprensión intelectual del elemento normativo de la faz objetiva de la figura, "abuso del cargo y su función", por tratarse de un error invencible manifestando "la determinación del cuidado exigido, para conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas, debe hacerse en función de la capacidad individual en las circunstancias concretas de la acción, y por su inexperiencia, edad, y fragor de la acción de

aprehensión que se encontraba realizando, dicho error fue inevitable".

Ahora bien, en el caso convocante, no se explica porque el condenado siendo miembro egresado de las fuerzas de seguridad, utilizó un arma de fuego para lograr la aprensión de un sujeto, como si fuera la única forma para atrapar a un tercero y enfrentar un forcejeo.

Más aún, teniendo en cuenta el escenario de los hechos, es decir el imputado no estaba solo intentando aprender a Martínez, eran dos policías persiguiéndolo y ambos portaban armas. Inclusive, no estuvo controvertido en juicio, que uno de ellos (Duré) venía disparando balas de goma, momentos previos al suceso fatídico, como se expresó en el punto anterior.

Además, en autos fue demostrado que habían distintos móviles policiales en la zona, que llegaron al lugar del evento escasos minutos después. Todas estas circunstancias eran conocidas por Sánchez, conforme las declaraciones de los policías que se encontraban en el operativo.

Es decir, las circunstancias que rodearon los momentos previos y posteriores al suceso, demuestran que el accionar del condenado no puede ser justificado por la adrenalina, fragor o inexperiencia del momento, siendo miembro de las fuerzas de seguridad debía estar preparado para enfrentar y aprender a un sujeto, reitero: teniendo en cuenta que eran dos personas quienes perseguían o podían repeler la resistencia que presente una sola, que no portaba ningún tipo de arma. Lo razonable era que ante un forcejeo y aprensión, lo enfrenten cuerpo a cuerpo y no utilizar el arma de fuego terminando con la vida de Martínez.

En dicho contexto, Sánchez debía conformar su acción de acuerdo a la normativa que lo indica y a la

naturaleza de la función que desempeña en la sociedad, conforme las reglas que deben seguir los miembros de las fuerzas de seguridad -Ley de Seguridad Pública Provincial -Ley Nro. 2011-J-, como se manifestara en la cuestión que antecede, lo cual entiendo necesario repetir el inc. i del art. 45, que establece que los agentes de las fuerzas de seguridad podrán: **"Recurrir al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa, propia o de terceros y/o situaciones de estado de necesidad,** debiendo obrar de modo de reducir al mínimo los posibles daños y lesiones (...).

En este contexto, no resulta ocioso mencionar que los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de Naciones Unidas, que fundamentan la legislación al nacional y provincial respectiva, desde el año 1990, establecen que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego.

Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

Además el principio 22 establece el compromiso asumido por los gobiernos, quienes adoptarán

las medidas necesarias para que en la legislación se castigue como delito el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Estos principios son los que deben enmarcar el actuar policial, por tanto son conocidos por los funcionarios policiales desde el momento en que asisten a una academia, donde son capacitados -o deben serlo- teniendo en cuenta dichas directrices.

Inclusive, en autos obra el informe del 25 de febrero de 2020, confeccionado por el Comisario Angel Domínguez, quien aclaró que en nuestro país existen diversos instrumentos internacionales que hacen referencia sobre el uso de la fuerza y armas de fuego, receptados por normas de alcance nacional, como provincial y tenidas en cuenta por la doctrina, jurisprudencia, formando parte de los sistemas normativos y educativos de las fuerzas nacionales y provinciales, refiriéndose al código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego de naciones unidas, entre otros.

De las conclusiones sobre la cuestión en trato, surge que la magistratura expone argumentos dogmáticos y resuelve no aplicar la agravante del art. 80 inc. 9 del Código Penal, porque supone que el encartado por su poca experiencia y el fragor del momento, no comprendía el significado jurídico del elemento normativo del tipo penal "abusar de su función o cargo".

Es evidente que dicha apreciación es subjetiva de la Jueza de primer voto, en tanto no explica el razonamiento seguido para arribar a esa conclusión, con base en las pruebas, por lo que sus afirmaciones se evidencian contradictorias y aparentes en contraposición

a las premisas afirmadas en la plataforma fáctica determinada.

El máximo Tribunal federal sostiene que no bastan para satisfacer la exigencia de debida fundamentación de las sentencias "[...] las meras apreciaciones subjetivas del juzgador ni los argumentos carentes de contenido [...]" (Fallos 236:27; 250:152; 314:649 y sus citas; 321:1441, entre muchos más). Consecuentemente, el fallo inmotivado o con fundamentación aparente carece de "las condiciones mínimas para que constituya sentencia judicial" (Fallos: 247:715).

Los jueces aseguran que no se trató de una ejecución porque el autor actuó con un "error acerca de los alcances de una causa de justificación", basándose en presunciones subjetivas y puramente dogmáticas respecto al "error invencible", sin tener en cuenta que la postura dominante en Derecho Penal argentino, respecto al error de prohibición, sostiene que para cumplir con la exigencia que el autor haya podido en el momento del hecho "comprender la criminalidad del acto", no sólo es necesario que no haya padecido una perturbación psíquica, sino que también haya obrado en función de una correcta información sobre la forma como el orden jurídico regulaba su comportamiento.

Consiguientemente, una vez establecida la "imputabilidad" es decir la capacidad de culpabilidad, es necesario examinar si el autor sabía que su conducta es contraria a derecho. Este conocimiento de la ilicitud de su comportamiento puede **ser potencial**, no necesariamente decae, aunque en el momento del hecho el autor no haya sabido fehacientemente que su comportamiento era antijurídico. Lo que condiciona la punibilidad es la posibilidad de saber, **con lo que no solo es culpable quien en el momento del hecho sabía que actuaba**

antijurídicamente, sino también que podía saberlo -la bastardilla me pertenece- (Conf. Welzer, "El nuevo sistema del Derecho Penal", Barcelona 1964, pág. 103 y ss.; Roxin, "Derecho Penal. Parte General", Madrid 1997, pág. 861; Jakobs, "Derecho Penal. Parte General", Madrid 1995, pág. 656; Bacigalupo, "Lineamientos de la teoría del delito", Buenos Aires 1999, pág. 425; Zaffaroni, "Derecho Penal. Parte General", pág. 692).

Es evidente, que más allá de la carrera y experiencia que pueda tener un agente de las fuerzas de seguridad, no puede ampararse en el desconocimiento o la falta de interpretación de un accionar antijurídico, cuando existen normas provinciales, nacionales e internacionales que determinan los casos en donde el uso de un arma de fuego podría estar justificado. Ese conocimiento, debía ser al menos potencial, por tratarse de un miembro egresado de las fuerzas de seguridad.

Es notoria la contradicción, al aceptar que Martínez fue reducido por Sánchez, quien dispara desde atrás o un costado; y posteriormente consideran que no se trató de una ejecución porque el autor actuó con un "error acerca de los alcances de una causa de justificación", basándose en presunciones subjetivas, carentes de datos empíricos y argumentos demostrativos.

Atento las conclusiones a las que se arriban precedentemente, corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos por las partes acusadoras; y para evitar mayores dilaciones, garantizando de esta forma el derecho de los imputados de obtener una sentencia en un plazo razonable, debe aplicarse en esta instancia la sanción penal acorde al artículo 80 inc. 9 del Código Penal.

Esta solución se justifica dada las particularidades del presente caso, en el que resulta innecesario el reenvío para que se dicte un nuevo

pronunciamiento por otro Tribunal, toda vez que en el examen se avizora una única pena posible, conforme con el cambio de calificación legal que corresponde otorgar al suceso de acuerdo al contenido de la acusación en los marcos punitivos concretos y ajustarse a las pruebas legalmente introducidas.

2.4. Restan analizar los agravios planteados por la parte acusadora, sobre la absolución del imputado Jorge Raúl Duré.

El a quo entendió que las pruebas eran insuficientes para determinar, que las lesiones constatadas en el cuerpo del damnificado, fueran producto del disparo con bala de goma efectuado por el imputado.

Para arribar a tal conclusión, valoraron el informe y la declaración testimonial del médico que realizó la autopsia, quien si bien mencionó que las heridas analizadas en la región baja de la espalda eran compatibles con las lesiones causadas por perdigones de bala de goma, culminó aclarando "no puedo decir como se produjeron esos golpes, por eso yo digo con o contra elemento duro. Podrían ser por un elemento contuso con el que le tiraron, o por un golpe producto de una caída".

Esta última aclaración del especialista fue omitida por los recurrentes, quienes centran sus argumentos en la primer parte de la declaración del perito, realizando un análisis individual y aislado del plexo cargoso, lo cual no es suficiente para arribar a una solución distinta al caso conforme los precedentes de esta Sala ("Durán, Angel Ezequiel...", Sent. 144/17; entre muchos otros).

Luego los judicantes evaluaron lo descripto por el licenciado en criminología, quien tampoco pudo asegurar que el disparo efectuado por Duré haya ocasionado las lesiones en el cuerpo de la víctima, destacando "en

cuanto a la posibilidad de que el perdigón impacte en la parte baja de la espalda adujo que podría serlo pero es imposible aseverarlo, es una situación muy aleatoria, habría que disparar en esas condiciones, tomar las medidas precisas".

Por último tuvieron en cuenta que de las pruebas científicas efectuadas en las ropas de Martínez, no habían orificios causados por perdigones, concluyendo que estas circunstancias benefician a Duré, por aplicación del principio de la duda.

En este estadio corresponde tener presente el estándar de revisión de las sentencias absolutorias por aplicación del principio in dubio pro reo, es decir, la revisión casatoria tiene un límite impuesto en los casos de absolución en virtud de la duda. Debido a que la decisión puede ser cuestionada solamente en casos de arbitrariedad, vale decir, por falta de fundamentación, por fundamentación ilegal o bien por fundamentación omisiva o ilógica, manteniéndose ajenos a esta vía los agravios tendientes a procurar el control de la aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la determinación del valor conviccional de las pruebas (Conf., NÚÑEZ, RICARDO C., El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por vía de la casación, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, N° 40, Marcos Lerner Editora Córdoba, pág. 31; DE LA RÚA, FERNANDO, La casación penal, Ed. Depalma, pág. 152 y 153; BACIGALUPO, ENRIQUE, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Ad-Hoc, Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación, pág. 26 a 34, 44 y 45).

En tal sentido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en "Carranza Rodríguez" (S. N° 364, 29/12/2008), sostuvo: "la detracción como materia

revisable en la casación del valor convictivo de las pruebas por la errada aplicación de las reglas de la sana crítica racional es un estándar que se mantiene actualmente sólo cuando se trata del recurso de los acusadores públicos o privados. Ello así por cuanto es el imputado quien tiene derecho a recurrir el fallo (CADH, 8.2.h; PIDCP, 14.5) con la amplitud que ha interpretado tanto el organismo supranacional como el más Alto Tribunal".

En dicho precedente se precisó, además, que el querellante, en tanto acusador privado, tiene derecho a recurrir el fallo absolutorio con base en la interdicción de la arbitrariedad (CADH, 25), mas la materia revisable no tiene idéntica amplitud que el recurso del imputado, porque esta mayor extensión se vincula con una garantía sólo a él destinada (estado de inocencia y su consecuencia del principio in dubio). Por tal razón, cuando se queje respecto de la valoración de las pruebas, debe exponerse que ésta ha sido efectuada por el Tribunal de Juicio, a través de un ejercicio irrazonable asimilable a la falta de fundamentación o a sus vicios descalificantes.

En autos, existe una imposibilidad de orden probatorio para condenar por el delito de LESIONES LEVES, debido a que los indicios valorados no son determinantes para afirmar que las lesiones en el cuerpo del damnificado, fueron el resultado de la acción llevada a cabo por el imputado Duré, requisito indispensable dentro de la teoría de la imputación objetiva al momento de analizar la acción en los delitos de resultado.

De lo expuesto, resulta evidente que si bien las pruebas para condenar a Duré por el delito de LESIONES LEVES (art. 89 del CP) no fueron suficientes para arribar a la certeza necesaria, no compartimos los argumentos de

los sentenciantes en cuanto a que el hecho de disparar un arma por parte de Duré, implicó el cumplimiento de un deber como funcionario policial.

Como se manifestara en los puntos anteriores, los juzgadores omiten tener en cuenta la normativa y reglamentación sobre el uso de armas por parte de las fuerzas de seguridad. Más aún, teniendo en cuenta que la perito criminológica del Gabinete científico, Silvia Sánchez, señaló que estas armas entran en la categoría de "armas de fuego" (informe técnico N° 940/2017 de fecha 27/10/2017).

No es posible otorgar un marco de legalidad a la conducta de disparar un arma, que por su características es imposible controlar el curso de sus perdigones a una persona que se encontraba huyendo y que -hasta ese momento- no implicaba una amenaza.

Ello teniendo en cuenta la reglamentación existente, como ser la Guía sobre armas menos letales de la ONU que prohíbe de manera explícita el disparo indirecto de los proyectiles haciendo que reboten en el suelo antes de alcanzar a las personas, por el riesgo inaceptable que supone la inexactitud y aleatoriedad de la trayectoria del proyectil (Naciones Unidas, Resource book on the use of force and firearms in law enforcement, -Ginebra: Naciones Unidas, 2017-, página 95).

Ahora bien, al no haberse planteado en autos una acusación alternativa o complementaria respecto de la acción de disparar un arma de fuego en una circunstancia no justificada por la normativa, que podría dar lugar a otro tipo de delitos, no corresponde en esta instancia excederme de los límites que presenta el proceso penal acusatorio adversarial y la garantía de imparcialidad del juzgador, correspondiendo confirmar la absolución de Jorge Raúl Duré por el delito de LESIONES LEVES conforme los

argumentos expuestos anteriormente. **ES MI VOTO.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, ROLANDO IGNACIO TOLEDO dijo:

Compartiendo las consideraciones y conclusión a la que arriba el Sr. Ministro preopinante, voto en idéntico sentido. **ES MI VOTO.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, VÍCTOR EMILIO DEL RÍO dijo:

De acuerdo al resultado de la cuestión tratada anteriormente, corresponde *rechazar* el recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Alfredo Sánchez. *Hacer lugar* a los recursos de casación deducidos por la Fiscalía de Derechos Humanos, la querellante particular, el Comité de Prevención y Tortura y la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia, declarando la nulidad del punto III de la sentencia N° 82/20, de su parte dispositiva, adecuándose las nuevas calificaciones legales para Luis Alfredo Sánchez como autor del delito de "HOMICIDIO AGRAVADO POR SER MIEMBRO INTEGRANTE DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD" (art. 80 inc. 9 del CP), por consiguiente declarar la nulidad de la pena impuesta al citado.

A los fines de evitar un dispendio jurisdiccional y tratándose de una pena única, no se procederá al reenvío, correspondiendo condenar a Luis Alfredo Sánchez como autor penalmente responsable de los delito "HOMICIDIO AGRAVADO POR SER MIEMBRO INTEGRANTE DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD" (art. 80 inc. 9 del CP) a la pena de prisión perpetua, más las accesorias legales del art. 12 del CP.

Confirmar la absolución de Jorge Raúl Duré por el delito de LESIONES LEVES (art. 90 del Código Penal).

Regular los honorarios profesionales de los abogados Juan Carlos Saife en Pesos Veintiocho Mil (\$ 28.000.-), Claudio Luis Sotelo y Kevin Nielsen en Pesos Treinta y Tres Mil (\$ 33.000.-) a cada uno, por aplicación

de los arts. 4, 11 y 13 de la ley arancelaria vigente; sin costas. **ASÍ VOTO.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, ROLANDO IGNACIO TOLEDO dijo:

Adhiero íntegramente a la solución propiciada en el voto que antecede. **ES MI VOTO.**

Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo precedente, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A N° 131 /

I- *RECHAZAR* el recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Alfredo Sánchez.

II- *HACER LUGAR* a los recursos de casación deducidos por la Fiscalía de Derechos Humanos, la querellante particular, el Comité de Prevención y Tortura y la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia, con respecto al imputado Luis Alfredo Sánchez.

III- *DECLARAR* la nulidad del punto III de la sentencia N° 82/20, de su parte dispositiva, adecuándose las nuevas calificaciones legales para Luis Alfredo Sánchez como autor del delito de "HOMICIDIO AGRAVADO POR SER MIEMBRO INTEGRANTE DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD" (art. 80 inc. 9 del CP), por consiguiente declarar la nulidad de la pena impuesta al citado.

IV- *CONDENAR* a Luis Alfredo Sánchez como autor penalmente responsable de los delito "HOMICIDIO AGRAVADO POR SER MIEMBRO INTEGRANTE DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD" (art. 80 inc. 9 del CP) a la pena de prisión perpetua, más las accesorias legales del art. 12 del CP.

V- Confirmar la absolución de Jorge Raúl Duré por el delito de LESIONES LEVES (art. 92 del Código Penal).

VI- *REGULAR* los honorarios profesionales de los abogados Juan Carlos Saife en Pesos Veintiocho Mil (\$ 28.000.-), Claudio Luis Sotelo y Kevin Nielsen en Pesos

Treinta y Tres Mil (\$ 33.000.-) a cada uno, por aplicación de los arts. 4, 11 y 13 de la ley arancelaria vigente; sin costas.

VII- *REGÍSTRESE.* Notifíquese y,
oportunamente, devuélvase los autos.

VÍCTOR EMILIO DEL RÍO, PRESIDENTE
ROLANDO IGNACIO TOLEDO, VOCAL

CECILIA ARACELI VARGAS, SECRETARIA
- COPIA INFORMÁTICA -

El presente documento fue firmado electrónicamente por: VARGAS CECILIA ARACELI
(SECRETARIO/A DE TRAMITE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA).