PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

AUTOS: "K., N. C.-L., J. R. s/ Homicidio agravado por haber sido cometido abusando de sus funcioners…" (Expte. 21.416-91-2008)

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de julio del año dos mil diez, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Daniel Alejandro Rebagliati Russell, J. Pfleger y J. Luis Pasutti, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada **"K., N. C. – L., J. R. s/ Homicidio agravado por haber sido cometido abusando de sus funciones policiales e incumplimiento de los deberes de funcionario público"** (Expte. 21.416– F°91-Año 2008).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 889: Rebagliati Russell, Pfleger y Pasutti.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

I. La Cámara en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, mediante sentencia del día tres de marzo del año dos mil ocho, condenó a: **N. C. K.** a la pena de tres años de prisión y ocho años de inhabilitación especial para desempeñarse en grupos especiales de la policía provincial, y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple con exceso en la legítima defensa, por el hecho ocurrido el día 12 de septiembre de 2004, en el establecimiento rural "L. S.", en perjuicio de J. L. C.; y **J. R. L.** a la pena de tres meses de

prisión en suspenso y seis meses de inhabilitación especial para la función policial, y costas del proceso, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso de autoridad, por el hecho ocurrido el día 12 de septiembre de 2004, en el establecimiento rural ”L. S.”.

Que el hecho aquí investigado se inicia cuando personal policial de la localidad de Sarmiento se constituye en el establecimiento rural denominado “L. S.”, ubicado a 45 kilómetros de la localidad de Facundo, a fin de cumplimentar la orden de allanamiento y registro emanada del juez de la localidad, que disponía que el Sub Comisario J. R. L. y personal que éste designe, proceda al secuestro de un arma de fuego larga, calibre 22 , y retirar a la niña A. A. R., de cinco años de edad, para ser restituida a su progenitora, S. P. O..

Se autorizaba, para el supuesto que se produjera resistencia o desobediencia por parte de J. L. C., a la detención del mismo.

La comitiva quedó conformada con el Sub Comisario L., acompañado por el Sub Oficial Mayor O. S., de la seccional policial local, el Sub Oficial Principal H. A. D. R. y el Sargento Primero C. N. K., estos dos últimos del Grupo Especial de Operaciones Policiales, que no prestaba servicios en esa ciudad.

Una vez en el lugar, observan la presencia

de una mujer que ingresaba a la vivienda, descienden del móvil y, al no ser atendidos por esta persona que divisaron, deciden ingresar al domicilio.

La mujer resultó ser la madre de la víctima, R. A., y le avisó inmediatamente a su hijo de la presencia policial.

Así comienza un forcejeo en el interior entre el grupo policial y la víctima, a quien logran sacar al patio de la casa. Mientras ello sucedía el Sub Oficial Mayor S. ingresó a la habitación tratando de sacar a la niña que dormía en una cama, y los otros tres empleados policiales no lograban aún reducir a J. C., ya que había ingresado nuevamente a la cocina, oportunidad en la que la señora A. esgrimía un cuchillo procurando ayudar a su hijo, permitiendo que éste zafara de la policía y se introduzca e una de las habitaciones. El Oficial K. logra reducir a la mujer arrojándole gas paralizante, y la traslada hasta el móvil.

En el vehículo, L. intenta buscar las llaves para ponerlo en marcha, a la vez que K. había tomado una escopeta para cargarla con cápsulas con gas para reingresar a la vivienda.

La niña había sido trasladada por el Oficial S. al móvil.

K. no había aún colocado los cartuchos de gas en la escopeta, cuando imprevistamente habría gritado *"cuidado que salió y está armado…"*,

arrojando la escopeta extrajo la pistola que llevaba en la funda y, según dijo, *"… efectuó un tiro intimidatorio y me muevo a la izquierda…"*. En esas circunstancias el imputado comienza a disparar contra la víctima, a quien vio pasar detrás de una empalizada, sin poder visualizar que llevara algún tipo de arma en su poder.

Sin embargo se constató que tal disparo intimidatorio no existió ya que directamente apuntó contra C., siendo que este primer impacto quedó incrustado en el tronco de un árbol a una altura similar a la que habría llevado el cuerpo de la víctima cuando corría agachado detrás de la cerca. Además sin advertir ningún tipo de conducta que permitiera suponer que C. podía disparar contra alguien, K. se dirigió corriendo hacia el lugar en el que se encontraba aquél disparando cuatro veces más en dirección a éste, que se encontraba detrás de un grueso tronco de árbol. Cuando finalmente quedó frente a él, le disparo nuevamente, impactando en el abdomen y al quedar arrodillado por el impacto recibido, lo remató disparándole en la cabeza.

Ocurrido el deceso de J. L. C., el Sub comisario L., que evidentemente obró en forma deficiente en lo que hace el comando y dominio de la situación, al constatar lo que había ocurrido, procuró que el Oficial Principal R., regresara a la ciudad de Sarmiento para anoticiar al Juzgado de la situación, mas ante la negativa de éste,

dejó solos a los integrantes del Grupo Especial, entre los que se encontraba el imputado, no asegurando preservar adecuadamente los rastros y evidencias del hecho ilícito, hasta la llegada del juez.

II. Contra la decisión dictada por la Cámara en lo Criminal, interpusieron recurso de casación los defensores de los imputados y la querella.

A fs. 800/8 vta. se encuentra agregado el recurso del doctor J. O. O., defensor particular de N. C. K..

Denuncia la errónea aplicación en la sentencia del exceso en la legítima defensa.

El argumento que menciona es que ninguno de los jueces señala el hecho objetivo respecto al exceso en la legítima defensa, sino que mencionan la imposibilidad de analizar la eximente completa.

Continua sosteniendo que lo único que explica el tribunal es la existencia de la legítima defensa, pero no describe en qué consistió el exceso de la misma.

A fs. 819/24 se encuentra el recurso de los Defensores Públicos, y que asisten a J. R. L..

El motivo que esgrimen es que lo que adjudican a L. no constituye el delito tipificado en el artículo 248 del C.P., por cuando en el caso de autos existió una colisión de deberes legales entre hacerse cargo personalmente de la

preservación de la escena donde había muerto C. y el cumplimiento de la orden emanada por el Juez de Instrucción. Esta situación, continúan sosteniendo, lo obligó a decidir delegar el cumplimiento del sobreviviente deber del artículo 165 del C.P.P. en la persona del Oficial R., a cargo de la comisión del GEOP, dándole además la orden de "no tocar" la escena hasta que él regresara con el Juez.

Sostiene la defensa que ni las autoridades policiales ni judiciales pusieron como ingrediente de este proceso la posible alteración o modificación de la escena, y de hecho R. nunca fue imputado por semejante suceso. Que esta sospecha la introduce la querella, por lo que la imputación efectuada a su asistido no tiene sustento alguno.

Agrega que si K. fue condenado por exceso en la legítima defensa es porque ninguna alteración se advirtió en el lugar por parte de los oficiales. Que a fs. 812/24 vta. se encuentra agregado el recurso de la querella, representada por la doctora L. C. B..

Denuncia falta de fundamentación de la sentencia, y agrega que la calificación legal escogida para imponer la pena resulta el producto de una construcción infundada del homicidio cometido con exceso en la legítima defensa.

En cuanto al primer motivo asegura que del plexo probatorio colectado se deduce con toda

logicidad que K. disparó contra C. con el fin de provocar la muerte.

Ello porque no realizó ningún tiro intimidatorio, porque utilizaba un arma modificada que le otorgaba ventaja temporal al momento de disparar, una munición que resulta ser de choque, lo que genera un daño mayor que una munición común, la pertenencia del imputado al Grupo Especial de Operaciones Policiales siendo eximio tirador, y el lugar donde se producen los impactos en el cuerpo de la víctima.

Destacó que el tribunal reconoce que las medidas tomadas por el personal policial a cargo, como la del juez, fueron excesivas en virtud de la prueba con la que contaban y, sin embargo al analizar las circunstancias del hecho, se apartaron de las reglas de la sana crítica.

Respecto al arma que se encuentra junto a C., refiere la improbabilidad de entender que el mismo haya estado armado, desprendiéndose esto de los dichos de todos los testigos y la madre de la víctima. Además, continúa, de la pericia realizada se desprende que no se hallaron huellas dactilares en las armas.

Sostiene que la hipótesis que dio por cierta el tribunal es absurda, desde que no se entiende cómo C., quien fue considerado un eximio tirador, tomó un arma que él sabía era defectuosa y, además, en lugar de disparar desde adentro, lo que le ofrecía un excelente ángulo de visión,

decidió salir por una ventana por la que casi no cabía por su tamaño –mucho menos aún con un arma-, para agredir a la comisión policial, lo cual no hizo en ningún momento.

Sigue relatando que nadie vio a la víctima armado y que K. no tenía visión como para asegurarlo, agregando que el imputado estuvo junto a su compañero de tareas por más de tres horas solo en el lugar del hecho.

Insiste en que del plexo probatorio total no se puede concluir válidamente que concurrieron los presupuestos de la causa de justificación seleccionada: agresión ilegítima, falta de provocación suficiente y necesidad racional del medio empleado.

Considera violenta la forma en la que se ejecutó la orden, el ingreso violento al domicilio, la agresión a la madre de la víctima, quien no revestía peligro alguno por sus 75 años de edad.

Por otro lado, sigue, la víctima intentaba evitar a la comisión policial, se refugió detrás de la empalizada y, al ser ubicada por K., intentó llegar hasta un árbol.

Finaliza requiriendo a esta Sala que tenga en cuenta la capacitación profesional del imputado, la necesidad del medio empleado, la cantidad de disparos efectuados, y que existen fuertes indicios que demuestran el dolo requerido por el tipo.

III. Previo a comenzar con el análisis de las cuestiones, dejo sentado que el tema de habilitación de la instancia para la querella ha sido tratada en autos **"H., C. S. s/Homicidio agravado por el uso de arma de fuego"** (Expediente 21.134 – F° 39 – T° II- Letra H – Año 2007), motivo por el cual me remito a los antecedentes allí fijados.

IV. Planteados los argumentos de los recursos, habré de ingresar directamente al tratamiento de los mismos y de la sentencia.

Respecto de la materialidad del hecho, la cual no ha sido cuestionada por las partes, sólo diré que la muerte de J. L. C. ha sido fehacientemente acreditada con el acta de fs. 4 y vta., croquis de fs. 5, fotografías de fs. 27/34, certificado de defunción de fs. 92, pre-autopsia de fs. 49, informe de autopsia de fs,136/7, 151/2 y 257.

Tampoco ha sido materia de controversia la autoría adjudicada a K., la cual consta y se fundamenta en la sentencia sin objeción de la defensa.

V. Aclarado ello, comenzaré por invertir el orden de las cuestiones traídas a estudio, toda vez que la querella cuestiona la aplicación de la causa de justificación, mientras que la defensa, en el caso de K., denuncia la errónea aplicación del exceso en la legítima defensa, y respecto de L., reclaman la atipicidad de la conducta

reprochada a su asistido por los argumentos utilizados para la condena de su consorte de causa.

VI. La Cámara Primera en lo Criminal de Comodoro Rivadavia analizó el material probatorio expuesto en el debate y concluyó que la hipótesis presentada por la defensa era creíble, ya que existía la posibilidad *favor rei* de que el acusado haya tenido frente a sí a una persona armada, y que quizás, esta persona armada, haya intentado disparar contra el imputado.

En síntesis, determinó que K. se encontraba en un supuesto de legítima defensa.

Veamos cómo los jueces han desarrollado el tema.

Quien lideró el acuerdo señaló que no se demostró en forma indubitable que C. estuviera desarmado al momento de recibir los impactos de bala. También dijo que la ubicación de las heridas en el cuerpo de la víctima demuestra que no estaba en retirada ni de espaldas al tirador, y que probablemente haya intentado disparar contra K..

En segundo término se expidió el juez Montenovo, quien comenzó por analizar todas aquellas situaciones ex-ante que determinaron la elección del personal que formaría la comisión que arribó por segunda vez a la estancia “L. S.”. No obstante el razonamiento sostuvo que estas erradas decisiones no podían perjudicar la

situación procesal del encausado, quien no había intervenido en esta decisión.

Luego de ello, interpretó las declaraciones testimoniales prestadas en la audiencia, la prueba documental aportada, y las tareas realizadas en el lugar del hecho por la prevención.

Las posibilidades que se le presentaron al analizar la cuestión fueron tres: - que la víctima haya estado desarmada; - que tuviera un arma y la soltara al recibir el primer impacto de bala; - que haya mantenido su posesión hasta la intervención de R., quien la habría alejado de su cuerpo.

Al tener que escoger una de estas alternativas evaluó que la hipótesis de la querella no se encontraba avalada por ningún elemento probatorio, y que correspondía aplicar el beneficio de la duda a favor del imputado.

Así, concluyó que la víctima salió de la casa y *´merodeó´* su parte trasera con una carabina cargada y se enfrentó con K..

Afirma de esta manera que este ha sido el marco que envolvió al imputado, y que para hacer cesar la situación de riesgo que se le presentó tuvo que hacer frente a C..

Esta breve síntesis tiene por finalidad graficar la elaboración efectuada por los magistrados en la sentencia, y demostrar que han dado razones para decidir como lo hicieron.

Se presentaron dos hipótesis en el juicio, la de la defensa, que aseguraba que el imputado había actuado amparado por una causa de justificación; y la de la querella, que afirmaba que la víctima no estaba armada, y que K. disparó a mansalva contra C..

Como quedara sentado, los jueces optaron por la postura de la defensa, y sostuvieron que la elección la basaron en la ausencia de prueba que contradiga la versión dada por el imputado.

De esta manera ninguna objeción cabe efectuar a este razonamiento, porque han analizado la prueba incorporada y arribaron a conclusiones que, discutibles o no, se apegan a las reglas de la sana crítica racional, no advirtiéndose arbitrariedad alguna en esta labor.

Siendo ello así, esta misión intelectual no puede ser reeditada en esta instancia de carácter excepcional, ya que tratándose de un recurso de la querella, me debo limitar a verificar que la exposición no sea contradictoria, ilógica o irracional.

Por lo expuesto voto por rechazar la impugnación interpuesta por la querellante.

VII. Continuaré con el recurso del doctor J. O. O., defensor particular de N. K..

Como ya adelantara, no discute la materialidad y autoría del hecho, sino que el agravio consiste en la elección de la calificación legal, que a su criterio no se

ajusta a derecho.

A su juicio debería descartarse el exceso en la legítima defensa, explicando que su asistido se enfrentó ante una persona armada con la posibilidad de efectuar disparos y matarlo, lo que lo determinó a la segunda descarga.

Sin embargo los jueces que emitieron su voto explicaron claramente la calificación de "excesiva" en la defensa ejercida por K..

El doctor Pintos la encasilló en la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, y la fundó en la exigencia de ajustar la elección de los medios defensivos a criterios o pautas de proporcionalidad, haciendo hincapié en la profesión del imputado. Asimismo tuvo en consideración la cantidad de veces que disparó contra la víctima, y que la necesidad de balear reiteradamente debió ser demostrado por quien lo invoca.

Quien lo secundó en el orden de votación coincidió en el razonamiento y dijo que la manera en que el imputado enfrentó la situación es lo cuestionable a raíz de lo que indica el protocolo de actuación, y el carácter del imputado de miembro de un Grupo adiestrado para intervenir en situaciones críticas donde el imperativo principal es preservar la vida.

Sostuvo el magistrado que el imputado actuó desmedidamente y aquí es cuando identifica el remanente de responsabilidad penal que le

adjudica, y concluye que si bien estaba amparado por una situación justificante, lo hizo de manera excesiva.

Que las circunstancias apuntadas en el hecho, y el análisis efectuado por el Tribunal, alejan cualquier posibilidad de aceptar una legítima defensa completa.

Así, como bien sostuvieron los vocales de mérito, la calidad de funcionario policial del imputado, la pertenencia a un grupo especializado; la cantidad de disparos realizados; el lugar seleccionado en el cuerpo de la víctima, y la mala elección de los medios defensivos, son argumentos válidos para descartar la eximente completa y mantener el exceso previsto en el artículo 35 del Código Penal.

De esta manera deberá rechazarse el planteo deducido pro el defensor particular de N. C. K..

Por último, nos queda por analizar el recurso interpuesto por la defensa de J. R. L..

Sostienen que si prosperó la justificante de legítima defensa a favor de K., es porque ninguna alteración del estado de cosas se produjo. A su juicio, no hay razones objetivas para insistir con un estado de sospecha sobre modificación de la escena del hecho ni para que se repute de inadecuada la decisión de dejar a R. preservando el lugar.

Respecto al delito cuestionado por la defensa, el doctor Pintos juzga que el reproche a

L. es haber permitido que los dos efectivos del Grupo Especial, cuya intervención en el procedimiento provocó la muerte de C., queden solos en el lugar, durante varias horas, sin ningún control, cuando sabía perfectamente que se iniciaría una investigación.

En este aspecto coincide el juez Montenovo y sostiene que L. era el responsable del registro domiciliario, diligencia que culminó con la muerte de una persona, contexto que lo obligaba a actuar conforme el artículo 165 del C.P.P. (Ley 3155).

De esta manera, el Tribunal descarta cualquier tipo de participación de L. en el homicidio adjudicado a K. (cometido con exceso en la legítima defensa) y le reprocha que, como autoridad máxima de la comisión policial, designada para ejecutar la orden de registro, con el resultado imprevisto de la muerte de C., no haya tomado las medidas necesarias a fin de preservar el lugar del hecho para la investigación que se iniciaría.

La defensa pretendió vincular el accionar desplegado por K. con el de su asistido, y sostuvo que si el tribunal consideró que no hubo modificación del escenario, ninguna responsabilidad le cabe a L.. Dicho razonamiento es erróneo, y los argumentos mencionados en el recurso son infundados, debiéndose rechazar los mismos.

VIII. Por las razones expuestas, entiendo que el fallo debe ser confirmado en todos sus términos, y rechazarse los recursos de casación interpuestos por las partes.

IX. En cuanto a la regulación de honorarios, propongo fijarlos, respecto del doctor O. y de la Defensa Pública, en la suma de setecientos cincuenta pesos ($750), para cada uno, y de los letrados patrocinantes de la querella, en la suma de mil doscientos cincuenta pesos ($1250).

Así voto.

El Juez **J. Pfleger** dijo:

I. Breve proemio

Pasaré con derechura al estudio del asunto.

La Acabada relación formulada por el señor Ministro, doctor Rebagliati eximen de la tarea de repetir que, a no dudar, resultaría una inaceptable redundancia.

A ellos pues, me remito.

II. El análisis del caso.

a. Los aspectos materiales del asunto.

La cuestión en sus aspectos objetivos no ofrece dudas que sean menester elucidar en el trabajo de inspección.

Tanto el hecho de la muerte y sus causas, como la mano que la produjo en el contexto de tiempo y espacio presentado en la Acusación Fiscal están debidamente acreditados.

Es que es cierto que el 12 de septiembre del año de 2004, J. L. C. halló la muerte debido a "…

Destrucción y hemorragia aguda por herida de arma de fuego que lesiona masa encefálica (cerebro), proyectil que ingresa en el techo de la cavidad craneana en su parte media y se dirige hacia atrás, lóbulo occipital, y ligeramente hacia la derecha y descendente. Además presenta otra herida de bala que lesiona el estómago, vesícula biliar, intestinos delgados y grueso, provocando la salida del material de las visceras lesionadas y hemorragia aguda que no revistió mayores características porque el óbito se produce inmediatamente por la herida en la cabeza…".

Tampoco que las cosas sucedieron en el Establecimiento Rural "L. S." ubicado a unos 45 kilómetros de la localidad de Facundo, en esta Provincia, del modo en que quedó consignado en la sentencia de la instancia.

Nadie, insisto, lo ha puesto en tela de juicio y este aspecto no merece, a mi parecer, mayores dificultades.

Sí lo ofrece la solución jurídica, sobre cuyos aspectos girará mi exposición en los renglones que siguen.

b. Algunos aspectos de la sentencia que merecen reparo.

He analizado con detenimiento la sentencia de la que resultara la condena de los imputados y anotado aspectos sobre los que debo marcar mi disenso.

No significa esto minusvalorar el trabajo de los Magistrados de Juicio quienes merecen alta estima intelectual y son probos en la tarea de juzgar; tampoco me inhibe de exponer igual perplejidad que seguramente embargó al doctor Montenovo para escribir los certeros párrafos con los que prologó su ponencia.

Y aún comparto varios puntos que ese Magistrado trató, sin con ello desconsiderar a sus pares.

En efecto.

No creo que pueda analizarse el resultado dañino, dramáticamente dañino, fuera de las circunstancias que lo antecedieron.

Ello es imprescindible en este caso particular, a la luz de las posiciones opuestas y las condenas recaídas.

Mas allá del rigor con que pueda calificarse la primera intervención policial, cierto es que el hecho asentado de que C. abortó a tiros la acción desarrollada, condicionó la actividad de la segunda comisión.

La concurrencia de personal entrenado para conjurar situaciones de alto riesgo- el GEOP- aparece como consecuencia de aquel episodio preliminar, y si bien a la distancia aparece exagerada, se me ocurre que fue parte de las previsiones destinadas, vaya paradoja, a evitar males mayores.

Lo cierto es que constituyó escrúpulo que,

y lo doy por seguro, incidió en el ánimo de los que concurrieron pues no me cabe duda de que fueron al campo con la idea de encontrarse frente a un sujeto capaz de resistirse a balazos.

Estos acontecimientos fueron considerados por la "a quo", no obstante, y como ya se verá, mis conclusiones en el distrito de lo jurídico penal son diferentes.

Prosigo. En el derrotero hacia la búsqueda de los antecedentes del desgraciado episodio, y aún cuando se mencione en la sentencia, hallo el mandato expedido por el señor Juez de Instrucción de la ciudad de Sarmiento (ver documento de fs. 3), cuyo grado de significación en relación con el caso no percibo adecuadamente tratado.

Este, evoco, implicaba: a. el secuestro de un arma de fuego larga, calibre 22, que se "...hallen en el domicilio individualizado, en poder de sus moradores o de terceras personas en el lugar, entre sus pertenencias o en sus adyacencias..." b. el retiro de la niña "...A. A. R., de cinco años de edad, para ser restituida a su progenitora, doña S. P. O...." c. la aprehensión de J. L. C. si "...resistiere o desobedeciere a los funcionarios policiales...".

Así, considero, contrariamente a lo predicado por la "a quo", que la orden no se había agotado con la recuperación de la niña.

Quizás el objeto principal de aquella, su numen, hubiera sido la recuperación de la menor.

Pero a la luz del texto que está compilado, la decisión tenía otros alcances que no importaban esa limitación sopesada, sin fundamentos convincentes, por la Cámara.

No ha ocurrido controversia en lo que atañe a que, en ocasión del diligenciamiento del mandato, los ocupantes del recinto allanado fueron renuentes a la actividad policial.

La conducta de la madre de C., A. y la del propio caído es suficientemente expresiva de que se prodigó violencia sobre los miembros de la fuerza pública que fueron a ejecutar lo dispuesto por el Juez actuante.

Esto no es menor en el análisis del caso, pues la escalada y la escaramuza física, fructuosa para "sacar" a la niña desde la casa pero estéril para desarmar y detener al renuente- y portador de las armas buscadas- repicó en la actividad de la comitiva, que debió empeñarse en completar el cometido.

Ese empeño, a la par, se dio, nuevamente, en una circunstancia de rudeza.

La Cámara ha tenido por probado que, luego de desembarazarse de quienes lo pretendían someter, C., con un arma -la secuestrada a poca distancia de su cuerpo yacente- se enfrentó con los policías.

Si así está aceptado tenemos que K. creyó enfrentar a un oponente que entrañaba peligro para sí y para los demás, todo ello acorde con lo

que puede pensar un hombre común y con más razón un sujeto entrenado para administrar esos menesteres que, repito, había sido convocado por los riesgos que se habían advertido como posibles.

Y he allí otro punto de discordia con la sentencia, al menos desde mi perspectiva.

La reglamentación del GEOP y las reglas generales de actividad de la Policía deben ser consideradas como parámetros que determinan una actuación deseable, mas no un cartabón irreductible.

Es la circunstancia concreta la que da la medida de la actividad y las pautas para su valoración, pues no debe perderse de vista que lo que se juzgan son hechos concretos cometidos por seres humanos concretos en una situación dada que es irrepetible. Y que aquello que es inmoderado en un escenario determinado, puede no serlo en otro.

De acuerdo a la cantidad de vainas servidas halladas en el lugar del hecho durante la inspección judicial y la capacidad de carga de la pistola 9mm, no cabe dudas de que el autor accionó por siete veces el disparador desde distintas posiciones de acercamiento hacia la ubicación en que estaba C. (ver diligencia de reconstrucción de fs. 27/34 e informe pericial de fs. 35 y en particular aquella que está a fs. 263/281)

Sobre este aspecto, creo que la sentencia ha resultado económica.

Digo así pues de entre las conclusiones periciales de fs. 263/281 puedo rescatar las siguientes:

a. La experticia afirma que "...Con las pruebas realizadas y constancias obrantes, es imposible dilucidar si alguno de los disparos producidos por K., fue diseccionado al aire con carácter intimidatorio..."

b. El trabajo del personal calificado permite recrear la secuencia "...lógica..." (a su decir) de los disparos y la posición del tirador a la sazón, tomando en cuenta los tres impactos sobre el árbol, uno sobre una rama y, finalmente, aquél que abatió al infortunado.

Resulta elocuente, ese trabajo, del recorrido de K. hasta quedar enfrentado a C.; un periplo signado por la percusión sucesiva del arma siguiendo el cerco que remataba en el árbol que el imputado rodeó, y tras del cual se encontraba semi-agazapada la víctima, armada con un rifle que presentaba anomalías, pero que poseía un cartucho a bala percutado sin éxito (ver la hoja 276).

También brinda pistas acerca de la posible consecuencia de los disparos o, en otras palabras, que el impacto en el estómago pudo haber provocado un movimiento de cabeza que llevó a horadar en esa porción de la anatomía, fatal a

la luz de la pericia médico legal, escasa en datos a tenor de los propios dichos de los peritos (ver fs. 271 vta.)

Los gráficos, trabajados a partir del hallazgo de las vainas servidas de la pistola del policía, han permitido la recreación del trayecto dando pautas de cómo ocurrieron las cosas.

Esta labor se complementa con la pericia de fs. 116/128, que denota el estado de las armas y las percusiones sobre los cartuchos a bala.

Me permito disentir sobre la perspectiva desde la que los sentenciantes captaron la particular característica del grupo GEOP (ver informe de fs.205/206) y la información dada por los Oficiales A. y G. en la audiencia.

No hay que andar mucho para advertir que el grupo: a. "...a fin de lograr eficiencia en sus operaciones estará facultado a utilizar variedad de tácticas y los armamentos y equipos especiales, teniéndose en cuenta la variabilidad de hechos y circunstancias en que deberá intervenir..." (art. 27 de su reglamento) y a la par, respecto del desplazamiento en el terreno "...existen varias formas y cada una de ellas, dependen de las circunstancias que se tengan enfrente..." las que "...dependerán de la agresión que se tiene en frente y del lugar donde se desarrollan los hechos, por cuanto no es lo mismo desplazarse en un terreno abierto o despejado que hacerlo en zonas urbanas o en el

interior de dependencias que permiten fácilmente parapetos o cobertura...” (del informe del Jefe del Grupo GEOP, fs. 287/288). b. que los integrantes del grupo son entrenados para apuntar u disparar “...exclusivamente bajo las pautas de la legítima defensa propia o de un tercero...” (informe íbidem) estando tabulados los diversos niveles de complejidad de las situaciones, aún cuando se toma por sentado “... que el procedimiento implica determinado riesgo desde el momento en que esta Unidad es convocada...por cuanto cierta capacidad de respuesta por parte de las Unidades Convencionales se ve superado...” (informe citado) c. que “...ante una agresión inmediata y donde el sentido común del hombre integrante del GEOP le indique que su vida, la de un compañero suyo o a de terceros inocentes está en peligro, no está obligado a disparar en alguna posición en particular, sino como en forma más efectiva puede eliminar la amenaza inmediata...” (informe ibídem) d. El Geop tiene tabulado la manera de proceder en cada caso y las diversas posiciones de fuego (fs. 287/289).

La distancia de disparo ha sido mayor de un metro (ver fs. 257) lo que coincide, en líneas generales, con la representación puede uno mismo formular.

La recreación aquí formulada repercute sobre la adecuación típica de la conducta de K..

Pues si la Cámara tuvo en sus manos

idénticas evidencias para proyectarlas sobre la ley penal, no logro comprender la manera en que, aceptada las condiciones de la legítima defensa, la reputó excesiva. No hay argumentación plausible en ese sentido en los votos que la componen.

Nos enseña Nuñez en su "Derecho Penal Argentino" TII, que el "exceso" en los términos del art. 35 excluye el abuso (ver página 422). Por exceso entiende al ejercicio que va más allá de la necesidad que el caso supone; por abuso la extralimitación (ver obra citada página página 404). El exceso, continúa el jurista, "...supone que el autor no abuse de la ley, de la autoridad, o de la necesidad, desvirtuándolas objetivamente...". El exceso es considerado sólo una desproporción de la acción con lo legal, lo autorizado o lo necesario, carece de legitimidad, precisamente, porque, concurriendo todas las demás condiciones a las que la ley subordina la justificación de los hechos penalmente típicos, él es superabundante como medio (ver Nuñez, opus citada, página 424/425)

Dicho en otras palabras: el sujeto excede en la defensa cuando echa mano de medios que superan los que hubieran sido necesarios para conjurar el peligro para sí o para terceros, dándose- en la emergencia- todas las condiciones de la permisión especial. O, por caso, cuando aumenta el riesgo permitido asumiendo un plus que

acentúa la repulsa.

Si K. fue llamado- legítimamente- a conjurar un peligro que excedía las posibilidades técnicas del servicio común (conjurar a un sujeto armado quien, en su casa en el campo, había repelido violentamente a balazos a una comisión poco ha); si en el proceso de reducción el sujeto, de estructura física superior, fue renuente a someterse a la autoridad e hizo uso de esa capacidad estructural para abortar el intento de aplicarle violencia de baja intensidad; si desembarazado se hizo de un arma (situación que la policía barajaba como posible, a la luz de lo ocurrido) y se escurrió hasta protegerse en un árbol enorme en el que remataba un cerco; si dentro de las tácticas de operaciones del grupo especial estaban reguladas aquellas a las que el agente se atuvo según su criterio de emergencia, al exceso no puede demarcarlo el resultado muerte.

La profusión de disparos es, para mí, la cobertura necesaria para avanzar sin otra protección por el particular entorno geográfico del enfrentamiento.

Y los peligros que significaban un sujeto agazapado no pueden analizarse ex post, sino ex ante, porque K. jamás podía saber que el defecto del arma iba a impedir que el proyectil percutado no provocara una deflagración.

Si el escenario se hubiera invertido y C.

hubiese disparado sobre su matador o el compañero, con resultado letal poco se hubiese dudado en la existencia del delito de homicidio.

Quizás, se hubiere reprochado a K. una conducta lábil en defensa del personal que tenía obligación reglamentaria de proteger.

Y esta sumatoria me parece que nutre perfectamente el contenido de la defensa legítima que, repito, no queda excluida por la fatalidad del resultado.

Vista la cosa desde el error vencible, tendríamos que suponer que para enervar la creencia de que C. portaba un arma inocua (que por otra parte no lo era), el policía debió esperar a que disparara.

La ley no exige heroicidades sino comportamientos razonables y por consecuencia, aún desde esa óptica, la justificación se impone.

Desde esta perspectiva, y mirando el contexto en que K. hubo de actuar, no me parece que la decisión de la Cámara resulte atinada. Ello, me moviliza a propiciar la revocación de la sentencia y la libre absolución del que resultó condenado.

Otro tanto sucede con el Comisario L..

Aceptado que abandonó la escena del crimen para transportar a la testigo A. y a la niña a lugar seguro, opino- a contrario de lo que decidieron los judicantes – que su conducta no encuadra en los límites del art. 248 del C.P, por

violación al art. 165 del C.P.P.

Una decisión de apariencia errada no necesariamente torna operable la figura que exige que el funcionario, a sabiendas, deje de cumplir la norma mandataria.

Es equivocado y prejuicioso afirmar que la escena del crimen quedó inerme y más aún deslizar la posibilidad de que fue modificada sin dato objetivo alguno que lo justifique.

El personal que quedó con K. en el campo tenía, por su estado policial, las mismas atribuciones y obligaciones que los demás funcionarios presentes, y eso no puede pasarse por alto.

Es insostenible la hipótesis que enarbola la defensa en tanto afirma que el teatro sufrió mutaciones para poner en ventaja al miembro del GEOP luego atribuido.

De hecho la orden tajante de L. de dejar las cosas como estaban significó- simbólicamente- el ejercicio de las funciones regladas y la satisfacción de la conducta que era esperable.

L. tuvo sus razones para marchar. De varias alternativas juzgó una que a él, en ese momento, le pareció atinada.

Si bien el pasado se juzga desde el hoy, no es menos saludable que los Jueces procuren analizar las pruebas con especial atención a las circunstancias del momento.

Que traten, en la medida de lo posible, de

colocarse en situación para que cualquier fijación no quede escindida de la carnadura de la historia.

Imposibilitado de recursos mágicos para traerlo, hay que penetrar el pasado con rigor para en ese contexto juzgar las conductas de los protagonistas.

Creo que de ese rigor padece la sentencia y- en este aspecto- merece ser también excluida.

Así me expido y voto.

El Juez **J. Luis Pasutti** dijo:

I. Corresponde que sufrague en tercer término para dirimir la disidencia planteada entre los votos de los Ministros Rebagliati y Pflger, quienes, acerca de la sentencia venida en casación, han opinado el uno, el del primer sufragio, por la confirmación del fallo, y el restante por su revocación y absolución de los imputados.

II. Este caso se relaciona con la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia que condenó a N. C. K. a la pena de tres años de prisión y ocho años de inhabilitación especial, por hallarlo penalmente responsable del delito de homicidio simple cometido en exceso de la legítima defensa, y a J. R. L. lo condenó a la pena de tres meses de prisión en suspenso y seis meses

de inhabilitación especial, por el delito de abuso de autoridad.

III. Los señores Ministros pre-opinantes han dado cuenta de las constancias de la causa y de las razones que dieron los Magistrados del debate, como así también de la motivación de los recursos presentados.

Esta tarea desplegada torna fútil otra reseña, de manera entonces que pasaré a emitir mi voto.

En cuanto al recurso interpuesto por la querella, no ha existido disidencia en este sentido entre los doctores Rebagliati y Pfleger.

El caso presentado en el juicio se trató de un supuesto de legítima defensa. Así lo han dispuesto los jueces de mérito y dieron las razones por las cuales entendieron que K. actuó amparado por una causa de justificación.

La falta de certeza respecto a que la víctima estuviera desarmada y el lugar del cuerpo donde impactaron los disparos le ha permitido a la Cámara sostener de una alta probabilidad de que C. estuviera armado y que haya intentado disparar contra el imputado en algún momento.

Dentro de este marco fáctico se desplegó el razonamiento del fallo, confirmándose, por aplicación del principio in dubio pro reo, la hipótesis sostenida por la defensa.

Esta decisión no puede ser modificada es esta instancia, máxime cuando el planteo viene de

la acusación y discute la aplicación de este principio.

IV. Respecto al recurso interpuesto por la defensa de K., habré de coincidir con la posición del juez Rebagliati.

En primer lugar estimo prudente evaluar el marco en el que comenzó el hecho aquí investigado.

El oficio nro. 1996/2004, obrante a fs. 3 marca el inicio. En dicha oportunidad el juez de instrucción dispone el allanamiento y registro del establecimiento rural "La S." con el objeto de proceder al secuestro de un arma de fuego larga, calibre 22; a retirar la niña R., de cinco años de edad, para ser restituida a su progenitora, quien podría participar en la diligencia; y por último, en caso que el ciudadano C. resistiere o desobedeciere a los funcionarios policiales en el ejercicio legítimo de sus funciones, se debería proceder a su detención.

Se advierte entonces que si bien cabía la posibilidad de una investigación por el delito de abuso de armas, a raíz de un incidente ocurrido horas antes en el establecimiento en cuestión, lo cierto es que nos encontramos ante un conflicto amoroso en donde tuvo que intervenir la policía por hallarse una menor en el medio de la disputa.

Esta aclaración vale para graficar que la comisión policial que se constituyó en la finca

“La S.” conocía este contexto, y que más allá de la resistencia que pudiera ejercer la víctima, conociendo el antecedente de horas antes, debió prever soluciones alternativas a la que finalmente ocurrió, ya que era muy factible que el sujeto actuara como lo hizo.

En base a este contexto se evaluó negativamente la cantidad de disparos efectuados por parte de K., el lugar del cuerpo que eligió para neutralizarlo, y la calidad de funcionario perteneciente a una fuerza de seguridad altamente capacitada para este tipo de situaciones.

Todo el análisis que se hizo en la sentencia es correcto.

Reitero lo dicho en el punto anterior. De las hipótesis presentadas en el debate, se aceptó la del imputado, y se tuvo como probable que K. se enfrentó a una persona peligrosa y debió hacer cesar una situación de riesgo.

Sin embargo, quedó debidamente acreditado que el imputado accionó al menos siete veces el arma que portaba, y que dos de los disparos dieron contra la humanidad de C., uno en el abdomen y otro en el cráneo, según consta en el informe médico de fs. 49.

Este cuadro describe claramente que si bien todo comenzó bajo un supuesto de legítima defensa, la acción desplegada por K. en tal sentido ha sido excesiva, pudiendo evitarse el resultado acaecido.

Así, discrepo con el doctor Pfleger cuando define el cuadro de la acción desplegada por el encausado.

K., como miembro del Grupo Especial de Operaciones Policiales, formó, accidentalmente, parte de la comisión que se constituyó en la finca La S..

Como bien lo indica la sentencia, este defecto advertido en el inicio no puede perjudicar al imputado, ya que recibió la orden de constituirse en el lugar.

No obstante, como integrante de esta fuerza, debió conocer la reglamentación que los rige y tener pleno conocimiento que no se enfrentaría a una operación de alto riesgo, adaptando las disposiciones de la norma al hecho particular.

El artículo 2° del reglamento de esta dependencia determina que este grupo *permanecerá como reserva Institucional y actuará en situaciones críticas, como última instancia, cuando se determine que las Unidades de Orden Público y/u otras Unidades Especiales, no pueden enfrentar el conflicto o sean revasadas en la acción*.

Por otro lado, el artículo 3° menciona las operaciones en las cuales participarán los miembros del grupo, no encontrándose entre las mismas la situación dada en autos.

El Ministro que me precede sostiene que la profusión de disparos es la cobertura necesaria

que se presentó en el contexto para poder avanzar hacia el sujeto.

Sin embargo, la particularidad de pertenecer al grupo, determina que la exigencia de actuar de otro modo menos lesivo sea aún mayor.

Así, el artículo 27 del reglamento establece que *el GEOP, a fin de lograr eficiencia en sus operaciones estará facultado a utilizar variedad de tácticas y los armamentos o equipos especiales, teniéndose en cuenta la variabilidad de los hechos y circunstancias en las que deberá intervenir*.

De esta manera, y por las circunstancias apuntadas, la irracionalidad empleada por el imputado eliminó la posibilidad de aplicar la eximente completa, tal como lo sostiene el fallo.

V. Por último y respecto de J. R. L., también habré de coincidir con quien lidera el acuerdo.

Al Oficial L. no se le adjudicó participación alguna en el homicidio. El delito adjudicado es independiente a éste.

Esta imputación surge de la función que cumplía dentro de la comisión policial y como jefe de la misma se le reprocha no haber tomado las medidas necesarias para preservar adecuadamente los rastros y evidencias del ilícito cometido.

Al tratarse de un delito especial, se exige en el autor la calidad de funcionario público, y,

dentro de las acciones descriptas, se encuentra la de no hacer lo que la ley manda.

De esta manera se advierte que se dan todos los elementos del tipo, ya que L., fue designado por el juez para ejecutar la orden, y como autoridad policial máxima en el procedimiento, estaba obligado a quedarse en el escenario de los hechos conforme lo prescribe el artículo 165 del C.P.P.

El doctor Pintos claramente grafica la existencia del delito cuando sostiene ´*…la punibilidad proviene –en el supuesto que nos ocupa- exclusivamente del hecho de no actuar el imputado cuando la ley le obliga a hacerlo – puntualmente, permitir que los dos efectivos del Grupo Especial cuya actividad desencadenara en la muerte de J. L. C., queden solos en el lugar del hecho, durante varias horas, sin ningún tipo de control exterior a aquel Grupo, cuando era evidente que eventualmente podrían llegar a responder por el mismo en un proceso judicial…*´ - v.fs. 768 vta. y 769- .

Siendo ello así, la omisión en la que incurrió el Oficial L. configura el delito seleccionado en la sentencia, debiendo responder por el mismo en calidad de autor.

Por lo expuesto voto por rechazar los recursos interpuestos, y confirmar la sentencia venida en crisis.

En cuanto a la regulación de honorarios,

adhiero a la efectuada en el primer voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente ----------

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos a fs. 800/8 vta., 812/8 y 819/24 vta., con costas (C.P.P. -ley 3155, artículos 485, 486, 488 y concordantes).

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 05/2008, obrante a fs. 739/88 y vta.-

3°) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública y del doctor O. en la suma de setecientos cincuenta pesos ($750), para cada uno, y de los letrados patrocinantes de la querella en la suma de mil doscientos cincuenta pesos ($1250), no incluye I.V.A. ninguna de las sumas (Ley 2.200, artículo 14.y Ley 4920, art.59).

4°)Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: R. Russell, Pfleger y Pasutti.-