

Delitos Homicidio Agravado Uso De Arma De Fuego Policia Proporcionalidad Cumplimiento De Un Deber Exceso En El Cumplimiento De Un Deber

JURISPRUDENCIA

Delitos. Homicidio agravado. Uso de arma de fuego. Policía.

Proporcionalidad. Cumplimiento de un deber. Exceso en el cumplimiento de un deber Se decreta el procesamiento del policía imputado por el delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego en exceso en el cumplimiento de su deber. En el presente caso, el funcionario policial persiguió y disparó cuatro tiros a un delincuente que escapaba luego de robar y apuñalar a un turista en la zona de La Boca. Para decidir de este modo, la Cámara interpretó que los disparos realizados por el policía cuando ya había cesado la agresión concreta y sin un arma visible configuraron un exceso, aun cuando el propósito inicial responda a un interés profesional legítimo.

Buenos Aires, 16 de febrero de 2018. Y VISTOS Y CONSIDERANDO: I.-

Convoca la atención del Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa de L. O. C. (ver fs. 753/754), contra el auto de fs. 726/745 que lo procesó en orden al delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, en exceso de legítima defensa y trabó embargo sobre sus bienes por \$400.000. II.- Las circunstancias fácticas en examen ocurrieron el 8 de diciembre pasado alrededor de las 8:00 en el barrio de La Boca y se desarrollaron en dos escenarios marcadamente diferenciados que, atendiendo las distintas acciones que sus respectivos protagonistas ejecutaron, se expondrán de la siguiente manera: a) En la calle Garibaldi entre Olavarría y Suárez, Jorge Miguel Pereira Rojas y Pablo Kukoc habrían interceptado a Frank Joseph Wolek para sustraerle su cámara fotográfica y, ante su resistencia, lo apuñalaron en zonas vitales, particularmente en el ventrículo izquierdo y aurícula derecha de su corazón y en ambos pulmones. Seguidamente escaparon por Suárez hasta tomar Olavarría en dirección a Irala. Ángel Alexander Motta Collantes, Daniel Conde y Enrique Ezequiel Espinoza en la puerta del local "Cyberzeus" ubicado sobre Olavarría ... escucharon un grito de auxilio, viendo cómo aquéllos corrían llevando una cámara de fotos. Inmediatamente repararon en que la aparente víctima intentaba correrlos y solicitaba ayuda. Dos notaron que de su pecho emanaba abundante sangre y el restante sólo un corte en el rostro. Decidieron perseguirlos, dos en moto y el tercero a pie. b) Alcanzaron a Kukoc en Irala, casi llegando a su intersección con Suárez, en tanto Pereira Rojas logró huir por la calle Carlos Melo. Se originó un forcejeo cuando intentaron recuperar el objeto sustraído y el imputado, reiteradamente, habría pretendido extraer un elemento con capacidad ofensiva. En ese instante llegó el oficial C. -que habría visto a Wolek resistiéndose a esos dos individuos y luego pidiendo auxilio mientras presionaba su pecho para controlar una herida sangrante- que se identificó como policía y dio la voz de alto, pese a lo cual Kukoc reinició la huida. Ante esa actitud efectuó tres disparos intimidatorios hacia arriba, pero cuando vio que no acató la orden y continuó la carrera por la calle Suárez realizó otros cuatro; dos impactaron en el cuerpo de Kukoc, provocando que cayera al suelo. Cuatro días después murió cuando estaba internado en el Hospital Argerich. Estos episodios transcurrieron, según las cámaras del Centro de Monitoreo Urbano, en un lapso que no supera los tres minutos. A las 08:18:02 se advierte que Motta Collantes y Conde suben a la moto dando inicio a la persecución y, segundos después, otra secuencia del domo muestra a Wolek sentado ya en la esquina de Garibaldi y Olavarría. A las 8:19:42 la cámara Suárez 1001 e Irala capta a Kukoc que enseguida de aparecer en escena cae al suelo. Nueve segundos después se ve a C. corriendo con el arma reglamentaria en su mano derecha. III.- La rapidez del suceso y la inusitada violencia que habría desplegado Kukoc junto a un tercero, al atentar primero con un arma blanca contra la vida de una persona que carecía de toda posibilidad de defensa y, luego, cuando se opuso a los aprehensores particulares procurando utilizar el mismo objeto, impone evaluar la conducta del funcionario en ese contexto. Es que no puede juzgarse aisladamente lo sucedido en última instancia sin considerar que tenía conocimiento de su capacidad ofensiva. No es un detalle menor su condición de policía porque lo coloca, necesariamente, en un plano normativo distinto al de un particular en tanto el Estado, para el correcto uso de la fuerza pública, reglamenta su actuación. Por tal razón su conducta debe ser analizada desde una óptica distinta a la postulada por el juez instructor pues, de estar justificada como pretende, derivó del cumplimiento de un deber que encuentra su génesis en la ley. Y si bien distintos autores reconducen este supuesto al ponderar la tipicidad de la acción, tomando como parámetro los elementos que integran su faz objetiva, lo cierto es que su ubicación sistemática en nuestro ordenamiento inexorablemente responde a una causal de exclusión a evaluar en principio en el campo de la antijuridicidad. Aquella está contemplada en el artículo 34 del Código Penal junto con las restantes causas de justificación, reconoce su origen en la legislación española (art. 8, inciso 11 de los códigos de 1848 y 1870, actualmente previsto en su art. 20, inciso 7º). Y la doctrina de ese país lo interpreta de igual modo (Enrique Bacigalupo, "Derecho Penal parte general", pág. 381, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014; José Cerezo Mir, "Derecho penal, parte general?", pág. 623, ed. BdeF, Buenos Aires, 2008; Santiago Mir Puig, "Derecho penal, parte general", pág. 484/485, 5ª edición, Barcelona, 1198; Fernando Molina Fernández, "Memento Penal 2017?", apartado 1850 y ss, ed.

Lefebvre, obtenido de la base de datos de la Universidad Autónoma de Madrid). Así también lo enmarca la corriente clásica nacional en la teoría del delito (ver en este sentido: Sebastián Soler, ¿Derecho penal argentino?, Tomo I, pág. 413, ed. ¿Tea?, Buenos Aires, 1999; Ricardo C. Núñez, ¿Derecho penal argentino, parte general - 1, pág. 399, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959; Rodolfo Moreno (h), ¿El código penal y sus antecedentes?, T. II, pág. 265/266, ed. H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1922; Carlos Fontán Ballestra, ¿Derecho penal, introducción y parte general?, pág. 297, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; Carlos Creus, ¿Derecho penal, parte general?, pág. 310, ed. Astrea, Buenos Aires, 2017).

IV.- Establecido el ámbito dogmático en el cual se debe examinar el caso, determinaremos el marco legal que regula la actuación de las fuerzas de seguridad, pues de acuerdo a lo dispuesto en el decreto 1050/09, reglamentario de la ley 13.982, tienen estado policial permanente y no se limita al tiempo de servicio diario ni a la sección u oficina a la que se hallan destinados. No existe discordancia entre las disposiciones del orden nacional, provincial y local, respecto a que deben desplegar todo su esfuerzo con el fin principal de impedir, evitar, obstaculizar o limitar aquellos hechos que, dadas las circunstancias, pudieran resultar delictivos y proteger a la comunidad actuando responsable y éticamente para preservar la seguridad pública. Tampoco, en adoptar las medidas necesarias para neutralizar, hacer cesar o contrarrestar en forma inmediata los delitos, utilizando cuando sea necesario el poder coercitivo que la ley autorice (ley 5688, art. 89, inciso 1 y 2; ley 13482, art. 13, inciso ¿a?, ¿f?; ley 13982, art. 11, inciso ¿e?; ley 21.965, art. 8). Coinciden también en la restricción que establecen respecto al uso del arma, permitiéndolo sólo ante un supuesto de legítima defensa propia o de terceros, o la comisión de un delito que entrañe un peligro para la vida (ley 13.482, art. 13, inciso ¿i?; ley 5688, art. 98 y, a nivel internacional, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de la ONU en la resolución 34/169 del 17 de septiembre de 1979, en el inciso ¿c? de su artículo 3º, donde también se considera su uso como una medida extrema). Por último, el art. 98 de la ley 5688 dispone que el uso de arma de fuego contra personas esté autorizado únicamente con el fin de incapacitarlas para el ataque. Y la que rige, concretamente, para la fuerza provincial local exige, de forma previa a su empleo, identificarse como funcionario policial y dar una clara advertencia de su intención de usar la fuerza o el arma, con tiempo suficiente como para que se tome en cuenta (art. 13, inciso ¿g?, ley 13.482).

V.- El complejo entramado normativo que nos interesa en la materia fija una pauta de la cual no es posible apartarnos: su estado policial lo obligaba a intervenir cuando conoció que Wolek fue víctima de un delito y, al menos de forma parcial, de la magnitud de la agresión, ya que vio que pedía ayuda en idioma extranjero y se tomaba el pecho del cual emanaba sangre. No podía mostrarse indiferente. Debía neutralizar el riesgo que implicaba el comportamiento de los dos supuestos autores que habían exhibido un claro desprecio por la vida ajena y evitar que escaparan; esa era su prioridad. El peligro se incrementó cuando tres vecinos iniciaron la persecución de Kukoc, lo cual representaba una nueva amenaza hacia la integridad física de aquéllos y de la seguridad pública, en tanto los videos reservados muestran una considerable circulación de personas en la zona. Al llegar a Irala y Suárez los vio peleando y a Kukoc intentando extraer algún objeto que portaba para su defensa, posiblemente el mismo que ya había utilizado en el anterior episodio. Al respecto el testigo Espinoza de manera contundente afirmó: ¿en el forcejeo el agresor en todo momento realizaba gestos de tener un elemento peligroso y con intenciones de usarlo, es decir, amagaba con sacar algún elemento de sus ropas? (ver fs. 97/98). Conde y Mota Collantes no destacaron esta secuencia (ver fs. 711/712 y 590/591, respectivamente), pero bien pudieron no percatarse de ello dado que su foco de atención estaba limitado a la disputa por la cámara fotográfica. C. pudo haber supuesto la existencia de un arma en su poder -aunque desconocía cuál-, porque la entidad de las lesiones que vio en Wolek, por su localización y sangrado, difícilmente pudieron haber sido causadas por simples golpes. Esto fue lo que lo llevó a identificarse como policía, dar la voz de alto y disparar en tres oportunidades de forma intimidatoria al aire. Los testigos se apartaron de la escena y al reiniciar el imputado su huida, el policía le efectuó otros disparos de manera directa, ingresando dos en su cuerpo que provocaron heridas que, finalmente tras dos intervenciones quirúrgicas, resultaron letales. No cabe duda que en este último tramo de su conducta debe centrarse nuestra atención para poder establecer el alcance de su responsabilidad en la órbita penal, porque inicialmente tomó las precauciones que el caso ameritaba: dio a conocer su condición de funcionario policial; le ordenó que se arrojara al suelo y; cuando realizó las primeras detonaciones, dio clara advertencia de su intención de emplear el arma reglamentaria con tiempo suficiente para que Kukoc considerara esta circunstancia. Sin embargo, posteriormente la accionó contra Kukoc para detenerlo. Aparentemente cuatro veces y sin que surja, al menos de momento del legajo, agresión armada en su contra que explique la necesidad racional de hacerlo. No hubo entonces aparente proporcionalidad en su respuesta, máxime cuando el peligro al que habían estado expuestos los testigos había cesado. Sólo permanecía vigente el que potencialmente representaba para otros transeúntes, frente al cual pudo adoptar medidas menos lesivas a la que escogió. Pudo reiterar los disparos intimidatorios, continuar con la persecución o esperar la colaboración de fuerzas de seguridad que ya habían sido informadas de las novedades a través del Servicio de Emergencia ¿911?. Incluso por él mismo. No hay duda, entonces, que su decisión fue excesiva en tanto provocó un daño superior al que quiso hacer cesar, lo que abre un segundo nivel de análisis. Esto es, si esa desproporción se ajusta a la eximente

incompleta del art. 35 del Código Penal, apartándose del axioma establecido como premisa lógica: no comete acto contra el derecho vigente quien obra conforme a él. Se impone realizar este análisis dado que la proporcionalidad de la respuesta es un elemento eminentemente gradual y puede haber desde excesos intensivos mínimos (que deberían llevar a la exclusión de responsabilidad por insignificancia en los casos más extremos, o a la rebaja de la pena en dos grados, dentro del marco previsto para las eximentes incompletas en el art. 68, en los casos de exceso penalmente relevante aunque de entidad menor); pasando por los de gravedad media (a los que debería aplicarse una rebaja de la pena en un grado, siempre dentro de lo previsto en el art. 68); hasta los casos de desproporción extrema, equiparables materialmente al exceso extensivo, y que, por ello, no deben dar lugar ni a la eximente completa ni a la incompleta? (Fernando Molina Fernández, ob. cit., apartado 1872). Por eso debemos dejar en claro que venía cumpliendo un mandato legal, pero luego sobrepasó la restricción sobre el uso de armas de fuego. Y en este aspecto hay que avanzar en la determinación de su responsabilidad, sin incurrir en contradicción al ver que se lo obliga y prohíbe en igual contexto donde, por lo precipitado de los hechos, no es fácil discernir cómo actuar. Para ello el punto de partida es conocer y valorar la motivación que tuvo cuando realizó la conducta típica pues, de acreditarse en estas circunstancias una intención homicida, la discusión habría llegado a su fin. Es que ¿para que la desproporción del medio ejecutivo de la ley, de la autoridad o de la necesidad, no desnaturalice la figura del exceso en la acción justificadora y conduzca a un abuso punible según las reglas ordinarias correspondientes al hecho penalmente típico ejecutado por el agente, es necesario que esa falta de moderación en el modo no sea intencional? (Ricardo C. Núñez, ob. cit., pág. 426). El imputado asegura que dirigió el arma hacia las piernas de Kukoc, lo que sugiere que, al no tratarse de una zona vital, su intención fue reducirlo para evitar su fuga. No ignoramos que cuando disparó para alertarlo tuvo la posibilidad cierta de efectuarlo de manera certera para quitarle la vida. Y no lo hizo. Por otro lado, el desarrollo fugaz que caracterizó al evento, que se originó de forma extremadamente violenta, bien pudo perturbar su ánimo, aun siendo miembro de las fuerzas de seguridad. Basta recordar que, según aseguró, fue su primer enfrentamiento armado y llama la atención la cantidad de veces que aludió al miedo que sintió, a punto tal de decir que con una mano cubría su cara y con la otra disparaba. Puntualizó que al hacerlo se nubló su visión. Ello necesariamente tuvo que proyectarse en la incorrecta solución que escogió en relación con los recaudos legales que el caso exigía. Es que a partir de que Kukoc ignoró las distintas advertencias que efectuara el preventor, se plasmó una situación proclive a emprender acciones precipitadas que pueden no ser gobernadas completamente por la razón y alteran el curso de las representaciones. Estaba obligado a actuar en ese contexto donde [e]l temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso? (Sebastián Soler, ob. cit, pág. 478/479). Tampoco podemos incurrir en la ilusión de que un caso como el que examinamos pueda ser resuelto sin el uso de cierta violencia. Y menos aún si quien se ocupa de ello es un agente facultado para hacer uso de ella. El punto radica en establecer su límite razonable. C. intervino porque debía hacerlo, máxime si se tiene en cuenta que el episodio se desarrolló mientras se dirigía a cumplir su función. Lo hizo inicialmente ajustando su comportamiento a la normativa que regula la función policial -aunque su defensa no precisó exactamente cuál-, pero concluyó en un acto excesivo que merece ser juzgado en una etapa posterior. Actuar como policía implica también de manera imperiosa reconocer los límites que la propia institución establece para que sea correcta, mediante el dictado de reglamentos y entrenamiento profesional y permanente que, aun puesto en duda en su dimensión real, debió bastar para internalizar la norma. Su comportamiento no se adecuó a disposiciones permisivas que hubiesen autorizado el hecho prohibido: disparar contra una persona que se encuentra armada y atacando la integridad física del policía o de terceros. Pero es posible asegurar con las constancias que hasta ahora integran el sumario que C., tras establecer que se había cometido un delito llamativamente violento, decidió intervenir y lo hizo prudentemente hasta que realizó disparos intimidatorios. Pero luego se apartó de la modalidad en que se establece normativamente su respuesta ante situaciones como la que lo sorprendió, incurriendo en un exceso que puede merecer punición. En esto debemos ser absolutamente prudentes y claros: un policía tiene un deber de actuar y hacer cesar los efectos del delito, evitando que se ponga en riesgo su vida o la de terceros, pero no puede apartarse de los límites que la ley fija. Indudablemente no lo impulsa el dolo propio de quien desde un inicio se ha propuesto consumir un delito ya que, como adelantamos, eso no daría lugar a discusión alguna en el plano que nos ocupa. Pero sus excesos no lo eximen de incurrir en responsabilidad penal si, aun con otro propósito aceptado, no guarda razonabilidad en el medio al que decidió recurrir para obtenerlo. Y ello le fue expresamente advertido por los reglamentos en que fue instruido. El dolo homicida a nuestro entender está despejado por la oportunidad y la forma en que disparó. Prueba de ello es que uno de los impactos si bien ingresó centímetros por encima de la cintura, su trayectoria fue de abajo hacia arriba, lo que permite presumir que en la simultaneidad de la ejecución de los disparos, éste impactó cuando Kukoc se agachó ante el primero recibido. Sobre este extremo igualmente es prudente profundizar la investigación. En definitiva, no lo hizo cuando el imputado estaba detenido o en posición más favorable para que fueran letales. Reiteramos así que los disparos realizados cuando ya había cesado la agresión concreta y sin un arma visible que los justificara de manera completa, configuran un exceso, aun cuando el propósito inicial responda a un interés

profesional legítimo. Es que éste, aun preponderante, no puede destinarse a la detención del autor del hecho a costa de inobservar lo que se ha impuesto como límite razonable de la intervención policial armada. Nuestro sistema jurídico no coloca en pie de igualdad en el castigo al sujeto que pretende quitar la vida a una persona con aquél que provoca ese resultado sin intención y en el marco de una actuación funcional, porque el grado de injusto es menor. Pero obtenerlo en un exceso de su ejercicio no necesariamente lo exime de sanción y, en ese convencimiento, con ese alcance y aun desde otra óptica, compartimos lo resuelto por el juez de grado. Así una lectura ex ante sugiere la presencia de un exceso intensivo que se traduce en la desproporción del medio utilizado porque, siguiendo con aquella línea argumental el uso del arma, si bien extralimitada, no habría sido con el fin de quitar la vida de Kukoc. Nunca tuvo intención de matar y esa falta de dolo inicial en obtener ese resultado permite encontrar la solución en el ámbito de la antijuridicidad. Al menos por ahora debe descartarse la defensa putativa que pretende introducir la parte impugnante ya que el imputado no habría podido ignorar, por todo lo reseñado anteriormente, los presupuestos objetivos que hubiesen consentido su actuación absolutamente amparada en una causa de justificación. Menos aún que pudiera ser atendido como un error de prohibición vencible. De todas maneras luce incompleta aún la instrucción y esta alzada sugiere se realice la reconstrucción del hecho con presencia de los organismos periciales pertinentes e integrantes del Cuerpo Médico Forense para que se establezca claramente la distancia de los disparos y en qué ángulos habrían ingresado en el cuerpo de Kukoc, entre otros puntos que complementen el Juez como de interés. Ello lo estimamos fundamental para el desarrollo de un eventual debate donde, por sus características, podrán sin duda tratarse con mayor amplitud los agravios de las partes que ahora han quedado claramente definidos.

Finalmente, la comparación que presenta la querrela con el precedente "Ayala" del Tribunal, que trajo a respaldo de su postura, no sólo excede los límites del recurso (art. 445 CPPN), sino que además las circunstancias fácticas del episodio que allí se trató eran considerablemente distintas a las del supuesto en estudio. En consecuencia, corresponde confirmar el procesamiento dispuesto con las salvedades apuntadas, dejando incólume las consideraciones fácticas que darán, en definitiva, lugar a la asignación jurídica que la realización del juicio determine (art. 401 CPPN). VI.- En lo que respecta a la medida de cautela real decretada, se advierte en el pronunciamiento la falta de discriminación adecuada en el marco del art. 518 del CPPN. A tal punto, que incluso fue tratado de forma conjunta con el dispuesto en relación a Pereira Rojas, siendo la única distinción las sumas fijadas sin que surjan los motivos que las justifican. Por ello, corresponde declarar la nulidad del punto IV del auto de mérito. VII.- No habiendo recurrido ni adherido oportunamente el Sr. Fiscal a la impugnación tratada, limitándose a opinar sobre la situación de C., conforme se le comunicara en la audiencia ningún pronunciamiento hará esta Sala. VIII.- Por los argumentos expuestos, en el marco del recurso introducido por quienes participaron en la audiencia, el Tribunal RESUELVE: I. CONFIRMAR el punto III del auto de fs. 726/745, en cuanto dispone el procesamiento de L. O. C., MODIFICANDO la calificación legal por la de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, en exceso en el cumplimiento de un deber (art. 34, inc. 4, 35, 41 bis y 79 del Código Penal y art. 306 del Código Procesal Penal). II. DECLARAR LA NULIDAD del punto IV de ese pronunciamiento, en cuanto trabó embargo sobre los bienes L. O. C. por la suma de \$400.000. Regístrese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota. JULIO MARCELO LUCINI JUEZ DE CÁMARA MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

JUEZ DE CÁMARA RODOLFO POCIELLO ARGERICH JUEZ DE CÁMARA Ante mí: RAMIRO A. MARIÑO
SECRETARIO DE CÁMARA En se libraron cédulas electrónicas. Conste.

Correlaciones: Olivera, Sergio Daniel c/EN-PFA y otros s/daños y perjuicios - Cám. Cont. Adm. Fed - Sala III - 02/02/2017

- Cita digital IUSJU015167E

023718E