

ACUERDO N°16/2014: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinticuatro (24) días del mes de septiembre del año dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **EVALDO D. MOYA, RICARDO T. KOHON y RICARDO H. CANCELA**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. **ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**SALAS, CLAUDIO FABIÁN S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO**" Expte. Nro. 44 año 2014 del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: **I.-** La entonces Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad condenó a Claudio Fabián Salas a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por igual término y demás accesorias legales, por hallarlo autor del delito de Homicidio Calificado, previsto y reprimido en el artículo 80, inciso 9° del Código Penal (fs. 1031/1058)

En contra de tal pronunciamiento su Defensa dedujo un recurso de casación (fs. 1070/1074), el que fue reencausado como impugnación ordinaria al entrar en vigencia la nueva normativa procesal (fs. 1080 y ss.).

El Tribunal de Impugnación, mediante sentencia n° 41/2014 de su registro, lo rechazó por estimar que los vicios de fundamentación alegados no se verificaron (fs. 1103/1114).

Disconforme, el letrado defensor presentó una impugnación extraordinaria bajo la segunda hipótesis del artículo 248 del digesto ritual, la cual resultó ampliada oralmente según consta a fs. 1147/50.

Al no haberse alcanzado mayoría legal en alguno de los puntos materia de decisión, por decreto de fecha 16 de septiembre del corriente, la Sala se integró con el Dr. Ricardo H. Cancela, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 239 de la Constitución Provincial, art. 1.b Ley Provincial 2601 y art. 5° del Reglamento de División en Salas (fs. 1151).

Transcurrido el plazo de ley sin que las partes objetaran la constitución de la Sala, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo D. Moya y Dr. Ricardo T. Kohon y Dr. Ricardo H. Cancela.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes **CUESTIONES:** 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** el **Dr. EVALDO D. MOYA,** dijo:

El escrito fue presentado en término y por quien ostenta legitimación para ello. Asimismo, lo decidido exhibe indudablemente el requisito de sentencia definitiva, en tanto pone fin al litigio (arts. 239, 242, primer párrafo, y 248 del C.P.P.N.). Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio de

los recurrentes- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución que proponen.

Si bien es sabido que el andarivel por el cual se encarrila su censura es en esencia restrictivo, en tanto no toda omisión en el pronunciamiento justifica su ataque por vía de la doctrina de la sentencia arbitraria; ello no puede establecerse *a priori*. Por el contrario, exige un estudio detenido de las censuras formuladas por la Defensa para determinar ese extremo.

Así entonces, a juicio del suscripto, el recurso debe ser declarado **admisible**. Ello es así por cuanto, encuadrando - **en su consideración estrictamente formal** - los agravios deducidos en el motivo traído por el art. 248, inciso 2° de la ley de rito corresponde, sin otras consideraciones, dar por habilitada la vía impugnativa.

Esta estimación lo es en abstracto y con absoluta prescindencia en torno al acierto -o no- de la interpretación desarrollada por los recurrentes, motivo que merecerá el adecuado tratamiento en la segunda cuestión. Tal es mi voto.

El **Dr. RICARDO T. KOHON**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

El **Dr. RICARDO H. CANCELA**, dijo: Por compartir sus fundamentos, adhiero a la solución plasmada en el voto que abre el Acuerdo.

A la **segunda cuestión** el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: **I.-** Como se reseñó previamente, en contra de la

sentencia n° 41/2014 emitida por el Tribunal de Impugnación, al amparo de la cual se homologó la sentencia recaída sobre el imputado Claudio Fabián Salas, los letrados que lo asisten, Dres. Omar Nahuel Urra y Gustavo Edgar Lucero, dedujeron impugnación extraordinaria con base en una presunta arbitrariedad de sentencia (art. 248, inc. 2° del C.P.P.N.). Ello así pues, desde su perspectiva, el Tribunal de Impugnación ha prescindido de una valoración integral del cuadro probatorio en grave afectación al derecho de defensa.

Concretamente, luego de destacar diversos elementos del legajo, afirman que no se sopesó debidamente la información aportada por el testigo Gabriel Gutiérrez, la cual era consecuente con la hipótesis sostenida por la Defensa, respecto de que Salas disparó como consecuencia directa de hallarse bajo el riesgo inminente de que agredieran con un disparo de arma de fuego a la Agente Mardonez.

De esta forma -dicen- se omitió la correcta aplicación al caso del artículo 34 del Código Penal.

Añaden a ello que el tribunal de impugnación cercenó indebidamente la posibilidad de discutir lo referido al dolo, en tanto no se ha tratado de un nuevo motivo de crítica, sino de la ampliación de una censura tempestivamente formulada en el recurso de casación; sin que ello hubiere significado la incorporación tardía de un agravio y la consecuente alteración del sistema adversarial, como equivocadamente se recepta en la sentencia.

Expresan los Defensores que la correcta ponderación de la prueba rendida en el juicio hubiera llevado a un encuadre legal diferente, entre los que cabía la absolución de su asistido (sea por la legítima defensa de un tercero, o por el beneficio de la duda que anidaría en este extremo), o en su defecto la condena por una figura penal de menor rigor punitivo por tratarse de un exceso en la legítima defensa. Incluso, ante la inexistencia del dolo, cuya acreditación estaría inexplicada en el fallo, cabía encuadrar el caso como Homicidio culposo.

Añaden a ello que el razonamiento seguido por los juzgadores deviene absurdo, pues implica pretender que el sujeto pasivo que sufre una agresión semejante, previo a repelerla, debería asegurarse (en ese fugaz momento): 1) que el elemento de la agresión empleado sea realmente un arma de fuego, 2) que la misma tenga munición, 3) que sea apta para el disparo, 4) que el agresor tenga intención real de matar; etc. De esta forma, el camino argumental seguido por los magistrados llevaría al absurdo de concluir que el funcionario policial debe esperar siempre a que le efectúen disparos para hacer operativa la causa de justificación prevista en el artículo 34, hipótesis 6° y 7° del Código Penal.

En complemento de lo plasmado en el documento impugnativo sostuvieron en la audiencia que la explicación del tribunal de juicio -y del tribunal de impugnación- en torno al tipo de dolo y grado, se imponía en tanto la figura aplicada exige necesariamente dolo directo. Recuerda en torno a ello que, el dolo nunca se

presume y debe ser debidamente acreditado; por ello, si el tribunal no estaba convencido del dolo directo debió condenar a su asistido por una figura menos gravosa. En soporte de este concepto, postuló que la sola capacitación como policía no hace presumir el dolo como erróneamente ponderó el tribunal a-quo. De lo contrario nunca podrían existir condenas por mala praxis, pues dependiendo del resultado y con base en la formación médica, por ejemplo, se llegaría a la irrazonable conclusión de que el médico actúa con dolo de lesiones u homicidio. Por consiguiente, si son impensadas esas construcciones jurídicas en el plano de la praxis médica, no puede aplicarse ese razonamiento al ámbito de la seguridad.

Como surge del acta que documenta la audiencia, todas esas afirmaciones de la Defensa fueron refutadas a su turno por la querrela, en tanto que la Fiscalía propició el directo rechazo de la impugnación por no advertir una correcta crítica del pronunciamiento apelado.

En lo que aquí interesa destacar, el Dr. Egea sostuvo que ciertos datos fácticos exhibidos por la Defensa para sostener la arbitrariedad de los decisorios precedentes resultaron descontextualizados. En este sentido, indicó que si bien la Defensa dio por cierto y de forma terminante que desde el interior del vehículo Renault Fuego (que Salas intentó detener) una persona blandía un arma de fuego con la cual apuntaba a uno de los policías que lo secundaba en el procedimiento, declararon en el juicio seis testigos que negaron la

existencia del arma de fuego; el hallazgo del arma se concretó de manera sospechosa; las grabaciones de radio que alertaban sobre el tránsito de ese vehículo tampoco mencionaban ese dato y el testigo Gutierrez -del cual la defensa se aferra para dar por cierta su teoría del caso- negó la existencia de tal elemento. En claro ejemplo de esa fragmentación en la descripción de los hechos relevantes de la causa, expresa el Dr. Egea que los letrados defensores omitieron señalar que los magistrados sentenciadores ponderaron (a partir de un informe técnico no controvertido) la existencia de restos de pólvora en ambas manos del imputado, lo que supone -según lo receptado en la audiencia por testimonios idóneos- que ello es compatible con una posición propia de tiro (parapetado y apunte con ambas manos), lo que descarta la manipulación rápida y un disparo hecho "al voleo" a partir de una situación de agresión inminente como la que describen los defensores; por el contrario suponía -tal como se receptó en el fallo- la adopción de una posición de tiro y de disparo que lleva cierta fracción de tiempo, suficiente para que el vehículo se alejara y ya cesara esa agresión "inminente". Por lo demás, concluye que el abandono de la teoría traída por los defensores al juicio (referida a que el destello de luz de un cigarrillo o de un teléfono móvil pudo hacerle pensar a Salas que era un fogonazo producido por un arma de fuego que debía necesariamente repeler), por otra postura que ahora trae en su auxilio (atinente a que no hubo agresión actual ni confusión al respecto, sino la percepción de que ese ataque armado era "inminente" dado el apunte con el arma

y la cercanía del agresor por la corta distancia en que se hallaban ubicados ambos vehículos), evidencia la poca consistencia para sostener el absurdo probatorio que alega.

En síntesis, expresó la supuesta vulneración de la garantía del debido proceso y del *in dubio pro reo* que trae el recurso se sostuvo de modo exclusivo en la descalificación de pruebas desde un método consistente en fragmentar los hechos, tergiversarlos y presentar de un modo aislado diversos pasajes del fallo emitido por el tribunal que confirmó la sentencia. Por consiguiente, postuló la desestimación formal del recurso, y en subsidio su rechazo sustancial por no surgir de las constancias de la causa los vicios invocados.

Hasta aquí, la reseña de las posiciones diferenciadas de las partes.

Sentado ello, corresponde pues adentrarnos en el análisis del recurso, no sin antes expresar mi discrepancia con cierta línea argumental del decisorio apelado.

Ha señalado el voto ponente (con la adhesión de los restantes colegas de Sala) que no correspondía analizar el dolo eventual que anidaría en la conducta de Salas, en tanto ello devendría en una argumentación tardía del apelante, ya que si bien fue concretada en la audiencia ante el Tribunal de Impugnación no estaba contenida en el documento casacional.

En sus palabras: "(...) *tal cuestión no fue objeto de crítica o censura concreta y fundada en la instancia oportuna, lo que a criterio del suscripto*

impide que el ejercicio de la labor revisora de este Tribunal se extienda a dicho agravio por no haber sido concretamente mencionado en el recurso de casación interpuesto. Por ello, que en la audiencia celebrada ante este Tribunal de Impugnación la Defensa de Salas procure reencausar la crítica y fundar un nuevo agravio, no posibilita que sea tratado en esta instancia pues ello no borra el déficit de origen, en virtud de que no fue introducido al tiempo de presentación del recurso de casación [...] lo contrario no sólo implicaría sentar un peligroso precedente de tratar en instancia de impugnación agravios nunca antes exteriorizados sino que, peor aún, ello podría provocar sorpresa y consecuente afectación a la defensa en juicio (concebido este giro en laxo sentido) de las contrapartes...”.

Respetuosamente no comparto tan categórico aserto. En efecto:

Conforme a los lineamientos dados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo “Casal” (C.S.J.N., Fallos 328:3399), ninguna duda cabe que para ser coherentes con la garantía establecida en el artículo 8.2.h. de la C.A.D.H., el recurso deducido contra la sentencia de condena debe ser accesible y sin mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho.

En este orden de ideas, tal como lo recepta prestigiosa doctrina, “(...) Entre los estándares que se están exigiendo a nivel Comisión Interamericana, figura la posibilidad del imputado y su defensa de ampliar los agravios o motivos de la casación desarrollados al interponer el recurso. La posibilidad de ampliar agravios

reviste importancia en la medida en que se ejerce el derecho a la discusión en la audiencia, es decir en forma oral y pública..." (cfr. Ledesma, Ángela Ester "Derecho al Recurso y Estándares de Admisibilidad" en Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni Editores, 2013-2 "Vías de impugnación en el proceso penal. Nuevas tendencias y cambios de paradigmas-II, Sta. Fe, 2014, pág. 30 y ss).

Este criterio ha sido plasmado por nuestro Máximo Tribunal Nacional in re "Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/ Causa 6799, c. 2979.XLII, resuelta el 26-6-2007; "Concha, Alejandro Daniel s/ rec. casación", c.1240.XLIII, resuelta el 20/8/08; "Martínez Caballero, Osvaldo s/ recurso extraordinario", c. M253. XLV, resuelta el 9-12-09 y "Rodríguez, Héctor Gabriel s/ causa 8293", R. 764.XLIV, resuelta el 09/3/10.

De todas formas, es de resaltar que en este caso específico, el magistrado ponente dejó de lado los óbices formales que mencionó al comenzar su voto y dio plena respuesta a los agravios introducidos por la parte, al punto de efectuar una revisión integral del decisorio y disponer en ello el mayor peso argumental.

Si bien expresó que ello resultaba expuesto a modo de *obiter* (cfr. fs. 1108), surge evidente que hizo un desarrollo argumental de extensión y de contenido suficiente para garantizar el control pleno del fallo en los términos requeridos en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (fs. 1108/1113 vta.). Veamos:

a) Se ocupó de dar respuesta a la cuestión del dolo eventual, refiriendo a este respecto que tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Tribunal Superior entienden que el agravante del homicidio en los términos del artículo 80 inciso 9° puede darse tanto con dolo directo o con dolo eventual (con referencia expresa de la R.I. n° 172 de la Sala Penal en autos "*Poblete, José Darío s/ Homicidio doblemente calificado por la calidad del imputado -integrante de la policía de la Provincia del Neuquén...*", cfr. fs. 1108).

Cabe indicar en este tópico que esa postura resulta asumida por la más prestigiosa doctrina (cfr. Baigún - Zaffaroni (Dirección) - Terragni (Coordinación), "Código Procesal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", 1° edición, Bs. As., Hammurabi, 2007, págs. 306/7 [citado en el fallo de referencia]); D'Alessio, Andrés José (Director) Divito, Mauro (Coordinador) "Código Penal de la Nación comentado y anotado", ed. La ley, 2° edición actualizada y ampliada, Bs. As., 2011, págs. 30 y 31; y Borinsky, Mariano y Vela, Carlos "¿Es compatible el dolo eventual con las modalidades agravadas del homicidio?" en Revista de Derecho Penal. Delitos contra las personas - II, Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2004, págs. 237 y ss.

Más allá de exigirse un elemento subjetivo especial por el tipo penal de que se trata (cfr. Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal. Parte Especial, T. I, 3° ed. actualizada, Rubinzal - Culzoni Editores, Sta. Fe, 2008, pág. 125), ninguno de los autores citados efectúa una distinción entre el dolo directo y el eventual. En

igual sentido se pronuncia Gustavo Aroncena (cfr. *“La Ley 25.816 y el Hurto, el Robo y el Homicidio cometidos por Miembros Integrantes de las Fuerzas de Seguridad, Policiales o del Servicio Penitenciario”* en *“Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial”*, ed. IB Montevideo - Buenos Aires, Bs. As., 2005, pág. 117.

Frente a tan categóricos argumentos, no se advierte entonces la incongruencia omisiva propuesta por el recurrente; no sólo porque se dio respuesta expresa en la instancia anterior (escueta pero suficiente), sino además porque aún cuando se asimilara el comportamiento de Salas a un “dolo eventual”, ello reconduciría igualmente a la misma calificación legal y a la misma cantidad de pena.

Esto último no es un dato menor, ya que para la anulación del fallo por incongruencia omisiva, éste debe causar agravio a la parte impugnante. De no mediar tal perjuicio, no es aplicable la doctrina referida (cfr. Sagües, Néstor Pedro *“Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”*, Ed. Astrea, Bs. As., 2002, pág. 221, con cita de doctrina de la C.S.J.N., Fallos 294:344 y 307:2198, entre otros).

b) De modo más riguroso, el Tribunal de Impugnación analizó y descartó cualquier error en la ponderación probatoria con relación a la legítima defensa argumentada por los letrados defensores (cfr. fs. 1108 vta. y ss.). En tal sentido, sopesaron los argumentos y las razones dadas por los jueces del debate y arribaron a una conclusión concordante.

Evocó el Dr. Sommer a este respecto que la señora magistrada ponente se encontró en el juicio frente a dos versiones de lo sucedido: una, propiciada por la parte acusadora, en cuanto a que existió un abuso por parte de Salas en el ejercicio de sus funciones, que derivó en la muerte de Brian Hernández; y otra postulada por los defensores de confianza del imputado, por la cual se dice que actuó en legítima defensa de un tercero (en específica referencia a la agente Mardones); realizando a partir de esa aclaración introductoria un camino argumental y lógico, por el cual tuvo por probada la primera de las hipótesis. Y es del caso referir que dicho fallo tuvo un análisis profundo en la instancia anterior para descartar cualquier absurdo en la valoración de la prueba.

En este punto, sostuvo el Tribunal de Impugnación que la crítica de la Defensa se erigió a partir de la presentación fragmentada de los testimonios de Marco Aurelio Bravo (quien prestó declaración en la audiencia ante ese tribunal), la videofilmación de Gustavo Gabriel Gutiérrez (el cual falleciera con posterioridad a su declaración en el juicio oral) y la médica forense Jorgelina Carmona (testimonio del cual desistió el recurrente en la audiencia ante el Tribunal de Impugnación).

Ciertamente, tanto la sentencia condenatoria como el fallo que efectuó su control pleno hicieron hincapié en los dichos del primero. Sobre ello, explicaron que Bravo (en su calidad de testimonio experto en criminalística) explicó que el lugar del disparo del

proyectil lo fue en el "sector posterior izquierdo cercano al centro" (obviamente, se refiere a la luneta trasera del automóvil), y que la distancia en que se produjo (dada por diversos indicadores adicionales no controvertidos) "sería no menor a los dos metros, más cercana a los cuatro metros".

Al amparo de ese aporte y con la particular observancia de la ubicación de la víctima y de Salas, (tomando en cuenta la dirección y el ángulo de ingreso del proyectil), concluyeron los magistrados que aún cuando se hubiere dado originalmente aquella intimidación con el revólver por parte de alguien ubicado en la parte trasera del rodado, la única forma de neutralizar ese peligro era que el tirador se ubicara sobre el sector lateral del Renault Fuego para divisar a la persona agresora y repeler dicho ataque; situación que ya no era posible en tanto el rodado se había alejado del sitio donde se intentó detener su marcha y con ello, también, el peligro inminente que se postuló a modo de defensa.

La referencia sobre los elementos necesarios para la configuración de un acto de legítima defensa (art. 34 inc. 6° del C.P.) y su descarte a partir del confronto con la prueba adquirida, surge con lógica impecable en uno de los fragmentos del fallo condenatorio:

"(...) De los testimonios producidos en el debate (en concordancia con el resto de la prueba incorporada por lectura) puede adelantarse que, el accionar del señor Claudio Fabián Salas, aún dando por cierta -a favor del reo- la existencia de una agresión

ilegítima (que apuntaran al personal policial con un arma de fuego), resultó innecesaria e irracional por cuanto contaba con otros medios menos drásticos para repelerla procurando una menor lesividad en los bienes jurídicos en juego, a saber, la vida e integridad física de los ocupantes del vehículo que habrían evadido el control policial. En este sentido valoro el hecho de que tanto Ariel Elisondo, como Fabio Omar Portal y María Victoria Mardones afirman que observaron a varias personas en el interior del vehículo, aún cuando los vidrios se hallasen polarizados y se contase con escasa luminosidad en el lugar. Resulta de toda lógica que, si Salas pudo observar con claridad el caño apoyado por dentro, sobre la ventanilla posterior izquierda del vehículo, con mayor razón pudo haber observado a los pasajeros del mismo [...] aún así, dando por sentado que Salas creyó ver sólo a dos personas (y un arma flotando en la parte trasera) y que, en su entendimiento resultaba necesario disparar - para repeler la agresión-, no considero razonable que lo haya hecho de lleno sobre el vehículo, por cuanto no existe posibilidad alguna de que no se haya representado la lesividad potencial de ese disparo cuando por lo menos sabía que había dos personas más en el habitáculo. Por otra parte no se entiende cómo ideaba neutralizar de ese modo la presunta agresión [...] Está claro que el disparo se efectuó hacia la parte posterior del vehículo Renault Fuego, en una distancia cercana a los cuatro metros, con una trayectoria levemente de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha, tal como nos explicó en el debate el perito Marco Aurelio Bravo, en concordancia con el

informe criminalístico incorporado por lectura. O sea que, si Salas quería neutralizar la agresión de la persona que presuntamente portaba un arma en la parte de atrás del conductor, sin riesgo de vida para terceros (dando por cierto la versión del nombrado sobre la cual no había otros pasajeros en la parte trasera del automóvil), y a sabiendas de que delante del arma (adelante del portador del arma) se hallaba el conductor, la única opción era disparar desde el lateral del vehículo en el que se hallaba el presunto agresor. Así las cosas, una vez que el vehículo traspasó la posición de Salas, esta opción desapareció, y con ella, la posible racionalidad de la defensa [...] de haber sido necesaria la acción del disparo para repeler la agresión, del modo en que fue realizada, no ha sido racional en atención al eminente riesgo de vida creado para terceros, que efectivamente se actualizó en la muerte de Braian Denis Emmanuel Hernández..." (cfr. fs. 1051 vta./1053). Y dicha conclusión, claro está, supera todo test de racionalidad, tal como lo afirmó el Tribunal de Impugnación en el decisorio que aquí se analiza (cfr. fs. 1110 y ss.).

Es de recordar en este punto que la Defensa ha invocado que al resolverse del modo en que se hizo, se desatendió el testimonio de Gutiérrez, quien afirmó que el disparo ocurrió cuando ambos vehículos (el Renault Fuego y el patrullero) se hallaban situados "cola con cola", lo que discrepa -en su concepto- con la conclusión de los juzgadores, en cuanto a que Salas disparó cuando el rodado se estaba alejando.

Sin embargo, más allá de ese dato específico que hace a una cuestión de percepción individual de ese testigo y que alzaprimó la Defensa de Salas en abono de su posición, los letrados defensores han desconocido (en cada una de las instancias a las que han recurrido, incluyendo ésta) el cúmulo de prueba testifical conteste y concordante que contraría ese aspecto puntual de ese testimonio; razón por la cual deja de ser una conclusión dogmática de los magistrados y se transforma en otra totalmente diferente, desde que se sustenta en pruebas válidamente cumplidas y al amparo de una explicación racional; extremo que no pasó inadvertido para el tribunal revisor:

"(...) resulta motivada la argumentación del fallo en cuanto descarta la presencia de tales recaudos, con expresa cita y valoración de los restantes funcionarios actuantes en el procedimiento policial -agentes Portal y Mardones-, quienes conducen a concluir que al momento que Salas disparara, la presunta agresión ya no conservaba actualidad, tanto en virtud de la ubicación de Salas como la ubicación y distancia de los rodados en tal emergencia. Aún cuando la quejosa intenta cuestionar la ubicación de los rodados y la distancia existente entre Salas y el Renault Fuego al producirse el disparo, lo hace en base a una sesgada y parcial apreciación del testimonio de Gutiérrez, y sin rebatir la prueba rendida y valorada que da debida fundamentación a que el rodado en que circulaba la víctima ya había traspasado por varios metros al móvil -al menos cuatro (4)-, y por ende carecía de actualidad la agresión

esgrimida para justificar su accionar. En sustento de tal afirmación, se deben ponderar y valorar los testimonios de Damián Fresco, Gabriel Flores, Edwin Olate, Cristian Millán, respectivamente...".

Así entonces, el cuestionamiento en este punto no sólo no puede encuadrarse en un supuesto de incongruencia omisiva (en tanto da respuesta plena al asunto), sino que además tampoco resultaría asimilable a una situación de arbitrariedad por absurdidad probatoria.

Es que de acuerdo a una línea jurisprudencial invariable, *"...la omisión de considerar el examen de una prueba determinada no tiñe de arbitrariedad al fallo, si éste contempla y decide las cuestiones planteadas y las resuelve con elementos de juicio suficientes para fundarlo -en el caso, para determinar la inexistencia de delito-. A idéntica conclusión se arriba para la hipótesis inversa, esto es, para demostrar la existencia de delito y consecuente responsabilidad. En otras palabras, la resolución que encuentra fundamento en pruebas suficientes no puede ser objeto de la tacha de arbitrariedad, aunque omite el tratamiento de una prueba a que se refiere el apelante..."* (cfr. Sagües, op. cit., pág. 257, con cita a doctrina de la C.S.J.N., Fallos 297:222; 300:123; 301:636; 306:1290 y 307:592).

En consecuencia, al haberse podido acreditar las circunstancias a las que atendió el tribunal juzgador a través de prueba testimonial variada y suficiente, no se advierte que el testimonio de Gutiérrez (divergente sólo en ese único aspecto referido a la distancia entre los dos automóviles) se presente como relevante,

conducente, esencial o decisivo para la solución del caso; lo que descarta la tacha de arbitrariedad por dicho andarivel (C.S.J.N., Fallos 302:481; 304:481; 316:1079; 321:1019 y 323:1508, entre otros).

Obviamente que una vez descartada de plano la situación de legítima defensa (por inexistencia de agresión ilegítima y por la falta de racionalidad en el medio empleado), tampoco puede suponerse arbitrariedad por haberse desechado la tesis de un eventual exceso, ya que no podría excederse en una legítima defensa quien no ha transitado siquiera por ese estado (cfr. Zaffaroni, Eugenio "Tratado de Derecho Penal. Parte general", Ed. Ediar, Bs. As., 1981, t. III, pág. 642); argumento que receptó el tribunal de impugnación (cfr. fs. 1113), sin que a este respecto la Defensa haya dado explicaciones capaces de poner en crisis esa lógica conclusión.

Por último, los recurrentes han expresado que debió subsumirse el caso en una figura culposa por el beneficio de la duda. En sus palabras, "*(...) si el tribunal no estaba convencido del mismo debió aplicar una figura menos gravosa por el beneficio de la duda. Si por la sola capacitación del policía se presume el dolo, nunca existirían condenas por mala praxis médicas, pues dependiendo del resultado y tomando como base la formación médica, siempre se llegará a la conclusión de que se actuó con dolo de lesiones u homicidio. Si no ocurre esa construcción jurídica en el ámbito de la salud, no puede aplicarse al ámbito de la seguridad...*" (cfr. fs. 1148).

La genérica queja vinculada con una violación al *in dubio pro reo* no puede ser receptada. En primer lugar, es claro que el tribunal de juicio no llegó a una conclusión dubitativa; por el contrario, ha sido terminante en la existencia del dolo en la figura endilgada a Salas (cfr. fs. 1054 vta. y 1056 vta.), y si bien esa conclusión puede desvirtuarse cuando el tribunal sentenciador ha inobservado las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, o bien cuando violó las reglas de la sana crítica racional en torno a las pruebas de valor decisivo, ello no ha ocurrido en este caso conforme al análisis que se ha venido llevando a cabo. Obsérvese en este punto que: a) el parangón que realiza el Dr. Lucero entre una mala praxis médica y una "mala praxis policial", parte de un elemento común inexistente entre ambos que es la culpa (y por ende la negación del dolo que sí se tuvo por probado respecto de Salas), consecuentemente el elemento para efectuar el contraste deviene aparente o hipotético; y b) que esa atribución de dolo no está dada por su mayor experiencia como policía como parece argumentar el letrado, sino antes bien por haber apuntado con ambas manos y haber descerrajado un disparo al centro de la luneta del vehículo en el que había varias personas a bordo, a una distancia no superior a los cuatro metros, desentendiéndose del resultado.

Tampoco se comparte el argumento expuesto en la audiencia, en cuanto a que ciertos fundamentos del fallo llevarían al absurdo de propender a la inacción policial creando, en un futuro, "zonas liberadas". Por el

contrario, lo que expresa el decisorio -con total claridad y sin que a este respecto le cupiera algún defecto de logicidad en su apreciación- es que en este caso puntual ya había varios móviles policiales alertados de la fuga y el itinerario seguido por el Renault Fuego en el que viajaba la víctima, lo que implicaba que, una vez cesada la situación de peligro de Mardones, otros patrulleros podrían haber intentado franquearle el paso con mayores recaudos de seguridad, tanto para el personal policial como para terceros (cfr. fs. 1057/8, voto del Dr. Zvilling al cual adhirió el Dr. Dedominichi).

Por todo lo expuesto hasta aquí, no se advierte en el presente recurso una crítica eficaz susceptible de incardinar el decisorio en una hipótesis compatible con la arbitrariedad de sentencia, sino antes bien una disconformidad con el modo en que se evaluó la prueba y la calificación legal aplicada al caso; aspectos que escapan al supuesto previsto en el artículo 248, 2° párrafo del Código Procesal Penal del Neuquén.

Creo así haber expresado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria deducida por la Defensa debe ser rechazada. Tal es mi voto.

El **Dr. RICARDO T. KOHON**, dijo: comparto con el colega preopinante que el Tribunal de Impugnación brindó respuesta adecuada y sin fisuras a aquellos agravios que se refieren a la legítima defensa y a su eventual exceso, como así a ciertas valoraciones del dolo que contiene, a modo de crítica, el documento casacional.

Sin embargo, discrepo con que se hubiere satisfecho en la instancia anterior un examen pleno de la

sentencia condenatoria, en torno a la figura legal por la que ha sido condenado el imputado.

Si bien por vía de principio es doctrina de la Corte Suprema de Justicia que lo atinente a la calificación legal de los hechos no suscita cuestión federal (y por lo tanto, *prima facie*, no encuadraría dicha situación en el segundo inciso del artículo 248 del C.P.P.N.) cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (C.S.J.N., Fallos 318:652 y 321:2375).

Como se sabe, el homicidio calificado por el abuso de la función policial (art. 80, inc. 9° del C.P.) constituye un tipo penal derivado que agrava la figura básica del homicidio previsto en el artículo 79 del Código Penal.

La agravante a la que me vengo refiriendo (receptada positivamente por el tribunal juzgador) está redactada en el Código Penal del siguiente modo:

"(...) 80.- Se impondrá reclusión o prisión perpetua pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare [...] 9. Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario..."

Si bien es cierto que esa clase de delito admite tanto el dolo directo como el eventual, se

requiere además un elemento subjetivo cuya carencia impide la verificación de esa agravante. En efecto: *"(...) al momento de dar muerte se debe tener conciencia de que se está excediendo o abusando de sus funciones [...] el delito se encuentra configurado en función de un componente subjetivo especial, un elemento del ánimo, en la medida en que el miembro integrante de las distintas fuerzas mencionadas en la norma debe matar abusando de su función y cargo. Por ende, el autor no sólo debe revestir el carácter de agente de dichas fuerzas, sino que tiene que haberse aprovechado de su función o cargo para perpetrar la acción típica..."* (cfr. David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, op. cit., t. III, pág. 307).

Bajo este marco teórico, se observa a primera vista que la ex Cámara en lo Criminal Segunda, luego de analizar la prueba producida en el juicio y las alegaciones que sobre ellas hicieron las partes, arribó a un hecho probado que no incluye en sus elementos esenciales el abuso del cargo o la función policial, tal como puede evidenciarse en el fragmento pertinente del decisorio:

"(...) Conforme lo expuesto, tengo por probado que el día 19 de diciembre de 2012, siendo aproximadamente las 2.40 am, Claudio Fabián Salas efectuó un disparo con su arma de fuego reglamentaria tipo pistola, calibre 9 mm marca Bersa Thunder n° de serie 26-450584, en dirección a la luneta del vehículo Renault Fuego en el que circulaban varios menores, en ocasión del procedimiento policial llevado a cabo en calle Casimiro Gómez, en inmediaciones de la escuela 348 de esta ciudad,

provocando el deceso de Braian Denis Emmanuel Hernández, por traumatismo craneo encefalico el día 20 de diciembre del mismo año..." (cfr. voto de la Dra. Florencia Martini [fs. 1054 vta.] al cual adhieren los restantes vocales [fs. 1056 y 1058]).

Por lo demás, un repaso en ese específico aspecto que hace al encuadre jurídico (desarrollado a continuación de ese párrafo), tampoco establece una argumentación suficiente en esta temática. Veamos:

En primer lugar, se aprecia que se descartó la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal, extremo que se expone en cuatro párrafos subsiguientes (cfr. fs. 1055 y vta.). Y siempre dentro de las razones que llevaron a rechazar la agravante genérica del art. 41 bis del C.P.) la Dra. Martini culminó su razonamiento del siguiente modo:

"(...) no existió violencia o intimidación por parte del sujeto activo a la víctima, por lo que no se ha verificado la existencia del plus exigido por la norma en estudio instantes antes de la propia acción que terminó con la vida de Brian Denis Emmanuel Hernández, por lo que no corresponde calificar el hecho en la forma propuesta. En tal sentido, corresponde tipificar el hecho como HOMICIDIO CALIFICADO POR HABER SIDO COMETIDO POR UN MIEMBRO INTEGRANTE DE LAS FUERZAS POLICIALES ABUSANDO DE SU FUNCIÓN, previsto en el art. 80, inc. 9° del Código Penal. En tanto no existen circunstancias exculpatorias, ni obstáculos o impedimentos legales para hacer efectivo el consiguiente reproche penal, y considerando que el Código Penal establece una pena fija corresponde se lo

condene a la pena de prisión perpetua, inhabilitación absoluta por el mismo término y demás accesorias legales y costas...".

Por su parte el segundo voto (del Dr. Fernando Zvilling) si bien reforzó a modo de complemento la argumentación de la Dra. Martini, sus razonamientos transitaban sustancialmente por cuestiones propias de la prueba (cfr. fs. 1056 y ss.).

Finalmente, el tercer voto -del Dr. Dedominichi- adhirió sin argumentos adicionales a las posturas anteriores.

Así entonces, no hay una motivación razonada en torno a ese aspecto especial (abuso del cargo) atinente al tipo penal aplicado. Ello, claro está, más allá de su mención genérica a lo largo del fallo en los votos que prepararon los magistrados (cfr. fs. 1055 vta. y 1056).

Esta cuestión no resulta censurable por puro formalismo jurídico. Por el contrario, implica preservar la elemental garantía de que se exterioricen las razones que llevan a un agravamiento sustancial del encierro del imputado en un arco penológico que se extiende desde los ocho años de prisión (que es el mínimo de la escala penal para el Homicidio Simple) a una pena de prisión o reclusión perpetua (que hace a la figura agravada). En esa directriz, la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y la doctrina son unánimes sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a

los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados a la especie a decidir (C.S.J.N., Fallos: 318:652 y 321:2375).

Tal déficit, claro está, fue soslayado por el Tribunal de Impugnación en su faena revisora (cfr. fs. 1108 y siguientes), lo que implica un control sesgado de la decisión que no puede homologarse en la instancia.

Obsérvese en este punto que la sentencia dio por probadas, entre otras, las siguientes circunstancias: a) que la empleada policial Mardones estuvo amenazada con un arma de fuego por una persona que viajaba en el rodado cuya marcha intentaban detener en el marco del procedimiento policial legítimo (fs. 1051 vta., segundo párrafo); b) que sólo en ese instante la acción de Salas hubiera estado justificada mas no cuando el rodado ya se había alejado del ángulo de disparo idóneo para repeler el ataque (fs. 1052, 2° párrafo/vta.); y c) que ese disparo se produjo cuando había traspasado la distancia en que se hallaba Salas, lo que equivale aproximadamente a cuatro metros (fs. 1040, 1° párrafo).

Ahora bien: si se estimó que el automóvil en cuestión viajaba en ese instante a una velocidad de entre veinte a cuarenta kilómetros por hora (cfr. el acta de inspección ocular y reconstrucción del hecho glosada a fs. 491, incorporada al juicio y mencionada en el fallo a fs. 1032), una elemental operación matemática -aún en la peor hipótesis para el imputado- (es decir, que el Renault Fuego circulaba a solo 20 kilómetros horarios cuando traspasó cuatro metros la posición del encausado), se llega a la conclusión de que la mutación de su

situación procesal (que va desde una acción justificada por el derecho a un homicidio agravado por el abuso de la función policial) ocurrió en menos de un segundo; tiempo por demás exiguo para que pudiera representarse mentalmente la intención de abusar funcionalmente de su cargo policial y actuar en consecuencia.

Si bien es cierto que un testigo (Portal) sostuvo que el disparo se produjo dos o tres segundos después de ocurrida esa circunstancia (fs. 1033), era una inferencia meramente estimativa del testigo que debió haberse contrastado y sopesado debidamente con los datos aportados en esa reconstrucción, en tanto estableció a partir de datos válidamente obtenidos cierto estándar de velocidad, apto para establecer con mayor certeza esa circunstancia temporal, la que nunca hubiera superado el segundo.

Dar por sentado entonces ese aspecto volitivo en tan particular circunstancia resulta censurable, pues prescinde de otorgar fundamentos mínimos en torno del plus que rodea la acción de matar abusando de su cargo; lo que equivale a establecer que el agravante previsto en el inciso 9° del artículo 80 del Código Penal se produce por su sola condición de policía; lo que no se ajusta a la letra de la norma ni a la doctrina ya citada.

Que con dicho alcance entonces, se encuentra configurada la segunda hipótesis del artículo 248 del ritual local, pues al condenar a Salas a prisión perpetua en los términos del artículo 80 inciso 9° del C.P., incurrió el tribunal de juicio en un defecto en la

fundamentación normativa que torna arbitraria la decisión.

Creo así haber explicado el motivo por el cual el recurso debe ser receptado en esta particular cuestión. Tal es mi voto.

El **Dr. RICARDO H. CANCELA**, dijo: comparto el razonamiento y la conclusión a la que arriba el Dr. Ricardo T. Kohon a esta segunda cuestión.

La ex Cámara Criminal de Juicio no dio razones en su sentencia por las cuales aplicó la figura calificada del homicidio (que en el caso estaría dado por el *abuso de la función policial*).

Las claras y elocuentes citas doctrinales ya evocadas -que por razones de extensión no corresponde aquí reeditar- son unánimes en afirmar que no basta la condición de policía para agravar la figura básica del homicidio. Y al ser ello de esta forma, ese particular aspecto del fallo merecía especial referencia por parte de los magistrados sentenciadores, pues a los fines de la defensa en juicio "*...es exigible que las sentencias estén debidamente fundadas -tanto fáctica como jurídicamente- y, de tal modo, constituyan una derivación razonadas del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias de la causa, sin que basten a tal fin las meras apreciaciones subjetivas del juzgador ni los argumentos carentes de sentido (C.S.J.N., Fallos 236:27; 250:152 y 314:649 y sus citas)...*" (C.S.J.N., Fallos 321 1442).

Además, en coincidencia con el magistrado preopinante, no observo que el aporte hecho en el segundo

voto de adhesión contenga una argumentación clara, concreta, adecuada y suficiente capaz de subsanar dicha inexcusable carga.

Esa omisión, claro está, es imputable por extensión al órgano revisor que soslayó ese aspecto sustancial del pronunciamiento, lo que motiva el acogimiento del presente recurso en este tópico.

Consecuentemente, adhiero a los fundamentos y a la solución dada por el Dr. Ricardo T. Kohon a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la **tercera cuestión** el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: se ha resuelto -por mayoría de votos- un déficit en la fundamentación del fallo apelado. Consecuentemente, corresponde aquí resolver sobre su alcance.

Con prescindencia del criterio plasmado por el suscripto y en virtud de la mayoría legal que se conformó con el voto coincidente de mis colegas, entiendo que debe revocarse parcialmente el fallo dictado por el Tribunal de Impugnación.

En su lugar, debe recalificarse el hecho materia de condena como constitutivo del delito de Homicidio Simple, previsto y reprimido en el artículo 79 del Código Penal.

No cabe en este caso un procedimiento de reenvío para rediscutirse, juicio mediante, la configuración -o no- del dolo requerido por el tipo agravado en los términos del artículo 80 inciso 9° del Código Penal. Lo contrario implicaría que a instancia de un recurso de la Defensa, se le otorgue al Estado (y a su contraparte privada) más y mejores elementos para fundar

la circunstancia agravante que el impugnante viene objetando en su actividad recursiva; situación claramente desestimable desde el plano constitucional (art. 18 C.N., art. 20 y ctes. del C.P.P.N.).

En este orden de ideas, como ha quedado validado a partir de este Acuerdo todo lo atinente a la primera fase del juicio (vgr. existencia del hecho, su calificación legal [Homicidio Simple] y la responsabilidad penal del acusado), corresponde que se envíe el legajo para la segunda etapa procesal y que hace a la fijación de la pena (art. 178 C.P.P.N.).

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo la remisión de las actuaciones a la Oficina Judicial de la Primera Circunscripción Judicial para la fijación de la audiencia ante el órgano judicial que corresponda, con el objeto de que se le imponga a Claudio Fabián Salas la respectiva pena conforme al tipo penal previsto en el artículo 79 del Código Penal. Mi voto.

El **Dr. RICARDO T. KOHON**, dijo: adhiero al fundamento y solución otorgados por el magistrado preopinante a esta tercera cuestión. Mi voto.

El **Dr. RICARDO H. CANCELA**, dijo: por compartir sus fundamentos, adhiero a la solución que propone el Dr. Evaldo D. Moya a esta tercera cuestión. Tal es mi voto.

A la **cuarta cuestión** el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: corresponde imponer las costas por su orden, en atención al vencimiento parcial y mutuo de las partes, conforme se ha verificado en la instancia (art. 268 del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. RICARDO T. KOHON**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

El **Dr. RICARDO H. CANCELA**, dijo: Adhiero a la solución dada por el Dr. Evaldo Moya a esta última cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE: I) **DECLARAR ADMISIBLE, desde el plano estrictamente formal,** la impugnación extraordinaria deducida a fs. 1115/1122 por los Dres. Omar Nahuel Urra y Gustavo Edgar Lucero, en su rol de letrados defensores del imputado Claudio Fabián Salas. II) por mayoría, **HACER LUGAR parcialmente a la impugnación antedicha** y consecuentemente **revocar la sentencia n° 41/2014 del Tribunal de Impugnación, estrictamente en lo que hace a la calificación legal del hecho, por falta de fundamentación** (art. 248, inc. 2° y ctes. del C.P.P.N.). III) **Recalificar la conducta por la que viene imputado Claudio Fabián Salas como constitutiva del delito de Homicidio Simple** (arts. 246, último párrafo y 249 del C.P.P.N., y art. 79 del C.P.). IV) **RECHAZAR la impugnación en análisis en lo que hace a los restantes puntos de agravio.** V) **Remitir el presente legajo a la Oficina Judicial para que le imprima el trámite inherente a la cesura del juicio en los términos previamente ordenados** (arts. 178 y ctes. del C.P.P.N.). VI) **Imponer las costas en el orden causado** (art. 268, primera parte, del C.P.P.N.) VII) **Regístrese,** notifíquese y oportunamente remítanse a los fines ya previstos.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

EVALDO D. MOYA
VOCAL
(en disidencia parcial)

RICARDO T. KOHON
VOCAL

RICARDO H. CANCELA
VOCAL

ANDRÉS C. TRIEMSTRA
SECRETARIO