

"RIVAS, Ramón Eduardo - Homicidio agravado S/ RECURSO DE CASACIÓN" -
LEGAJO 853/17
SENTENCIA Nº 219

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintidos días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, se reunieron los Sres. Vocales de la Cámara de Casación de Paraná, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa Nº 853/17, caratulada "RIVAS, Ramón Eduardo - Homicidio agravado S/ RECURSO DE CASACIÓN (T.O.Pná:Dres. Zilli, Zoff y Grippo. Recurre: Defensor Dr. Albornoz)".-

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Doctores Hugo PEROTTI, Marcela DAVITE y Marcela BADANO.-

1- Por sentencia de fecha 15/05/2017, emitida por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de esta ciudad, integrado por los Dres. Elisa ZILLI, Pablo ZOFF y Alejandro GRIPPO se resolvió DECLARAR que RAMÓN EDUARDO RIVAS, (...), es autor material y responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR HABER SIDO COMETIDO ABUSANDO DE LA FUNCIÓN O CARGO POLICIAL, y en consecuencia CONDENARLO a la PENA DE PRISIÓN PERPETUA y accesorias legales -arts. 12, 79 y 80 inciso 9º del Código Penal-.-

2- Recurrieron en Casación el Sr. Defensor Técnico Dr. Carlos ALBORNOZ, con el patrocinio letrado de los Dres. Miguel Angel CULLEN y Daniel ROSATELLI. En el escrito recursivo, se planteó que existe una imposibilidad técnica-científica de determinar si el orificio que presenta CHOCOR fue producido por un proyectil lanzado por un arma 9 mm ya que existe una amplia variedad de calibres del mismo diámetro como .380, .38 entre otros. Afirmó que el razonamiento del fallo basado en la presencia de la vaina a la izquierda de la camioneta resulta falaz.-

Asimismo, para sostener la autoría del disparo por parte de RIVAS, el fallo analizó el resultado de dermatest realizado al encausado, el que dio negativo, intentando quitar todo tipo de fuerza a dicha prueba científica. Arbitrariamente y en perjuicio de RIVAS nunca se valoró que haya dado positivo para los hermanos CHOCOR. Cuestión que deja entrever lo sesgada que ha sido la visión de los juzgadores con los informes científicos obrantes, es decir que a RIVAS le da negativo pero a través de amplias presunciones de la Fiscal que son recogidas en la fundamentación de sentencia, lo dan por cierto y se omite de manera grosera lo que a la luz de pericias con rigor científico y de la sana crítica racional demuestran

que los CHOCOR han disparado un arma de fuego. Se resalta la prueba testimonial como una prueba indiscutible, sirviendo incluso para desvirtuar la prueba de rigor científico como el dermatest. No explicó la sentencia cómo los testigos Hugo CHOCOR y Stella ALMADA, omiten cualquier tipo de referencia a lo que pudiera llegar a perjudicar la situación de los hermanos CHOCOR. En cuanto a la subsunción típica, expresó que la norma es restrictiva en tanto exige, como elemento subjetivo del tipo que el sujeto activo cometa el homicidio "abusando de su función o cargo", no existiendo aquí tal aprovechamiento por parte de RIVAS, porque como lo ha expresado la defensa invocando las declaraciones de MENDEZ, quien dijo que escuchó un disparo y vio un tumulto de gente agrediendo a RIVAS y vio a ROMERO levantar a quince metros un arma, lo que coincide con la declaración de ROMERO, quien dijo que cuando llegó el hermano de CHOCOR tenía un arma. La actitud agresiva y temeraria de los hermanos CHOCOR y otros familiares que acudieron en obstrucción de la actividad policial, crearon una situación de real peligro sobre la integridad física de RIVAS que por los miedos y las emociones acechan en una situación límite se vio en la necesidad de defenderse, en tanto que a nadie le es exigible dejarse matar y aquí presumiblemente haya existido una errónea apreciación de la magnitud del peligro y de los medios con que contaba para defenderse. Planteó la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, precisando que vulnera el Art. 18 de la CN y pactos constitucionalizados, además de implicar una injerencia por parte del poder legislativo en el ámbito judicial, privando de la aplicación de las pautas mensuradoras de los Arts. 40 y 41 del C.P.- Solicitó que se declare la nulidad de la sentencia y en subsidio se declare la inconstitucionalidad de la prisión perpetua. Hizo reserva del caso federal.-

3- En la audiencia fijada oportunamente, intervinieron las siguientes partes: los Dres. Miguel Angel CULLEN y Daniel ROSATELLI y la Sra. Fiscal de Coordinación Dra. Matilde FEDERIK.-

3.a) Durante la audiencia, el Dr. ROSATELLI expresó que la valoración de la prueba fue incorrecta, y por tanto, la sentencia es arbitraria. Alegó que no surge de las pruebas si el disparo que recibió fue realizado con el arma reglamentaria asignada, menos que haya sido disparada por RIVAS. La muerte se produjo por falla generalizada como consecuencia del disparo y no hay secuestro de proyectil, ni en el lugar de los hechos ni en el cuerpo de la víctima. Entendió errónea la forma en que el Tribunal valoró a los testigos de cargo, fundamentalmente a DIAZ, ALMADA y CHOCOR. Alegó que la correcta ubicación del móvil no es la

señalada en el croquis y realizó precisiones de dónde consideraba que se encontraba el mismo. Entendió que los testigos ALMADA y DIAZ, se encontraban visualizando los hechos desde la esquina opuesta, a 60 metros de donde ocurrió por lo que la distancia no le pudo permitir a los testigos tener visión clara, siendo sus declaraciones, conjeturas, además de perder imparcialidad porque son familiares directos de la víctima. Criticó también, la valoración de los resultados del dermatotest. Adunó que no se acreditó el dolo y el Art. 80 inc. 9, implica que debe abusar de su función o cargo, pero el hecho de que descienda de modo normal, indica que no hay un deber positivo de violar la norma y su plan era acercarse a una persona, identificarlo y proceder al palpado, por lo que se corresponde con el cumplimiento de la función preventiva: no hay conducta abusiva ni intención de matar a CHOCOR, por lo que estamos frente a un hecho azaroso. Destacó que el fragmento fue muy corto, y el hecho, imprevisible.-

El Dr. CULLEN expresó que la CSJN, ha desacreditado las sentencias que no sean prueba razonada de las pruebas y el fallo cuestionado se anula por sí mismo. Refirió a los dichos de la Dra. FEDERIK en el debate y que sin embargo la querrela, pese a que adhirió a ésta, sostuvo que RIVAS actuó en ejercicio de legítima defensa, es decir que la acusación ha mostrado algunas fisuras, o dudas en la ocurrencia de los hechos. Refirió a los hechos y adunó que la sentencia no tiene en cuenta que todo queda desacreditado por los propios testigos de cargo. La ubicación del móvil hace imposible una apreciación de las testimoniales de ALMADA y DIAZ. La falta de correlación con lo que sucedió en el debate, hace que deba ser anulada y eso afirma la CSJN, en su creación pretoriana. Lo mismo sucede con lo manifestado por ROSATELLI respecto del dermatotest. Sí se hizo valoración de que siendo negativo el dermatotest de RIVAS, pudo ser el autor, pero no se dice nada, no trata cuestiones conducentes como ser el dermatotest positivo de CHOCOR. No se dio justificativo de por qué entiende que existiría el abuso funcional. Esta figura no se configura por el solo hecho de ser funcionario, sino que lo que se quiere evitar es el abuso. En relación al hecho agregó que hubo un forcejeo y que esa situación no fue recogida por el fallo. Ratificó el escrito recursivo y planteó la inconstitucionalidad de la prisión perpetua en subsidio, entendiendo que la sentencia debe anularse. De no tomarse este camino, se habilita la vía extraordinaria. Hizo reserva del caso federal e interesó que RIVAS siga con prisión domiciliaria, porque no ha sorteado el padecimiento de las heridas. Solicitó que se case la sentencia y se absuelva y en subsidio se reenvíe para nuevo juicio.-

3.b) Por su parte la Dra. FEDERIK planteó su desacuerdo con el análisis. Enfatizó en que la sentencia reconstruye en base a la prueba rendida en la causa consistente en testimoniales y prueba científica. En relación a las primeras admitió que hubo variaciones menores, producto también del paso del tiempo y el shock que implica ver al sobrino muerto. Fue la inmediatez la que permitió calificar los testimonios de creíbles y veraces, aún siendo parientes, lo que no impide su valoración por parte del Tribunal. Llamó la atención que RIVAS le pida el DNI a CHOCOR, puesto que ya se conocían. Adunó que la afirmación de que el disparo se haya efectuado desde el piso encuentra su correlato con la autopsia. El supuesto interés de los testigos no sólo se descartó con la inmediatez, sino que fue relativizado con la prueba objetiva. Había solo una persona armada, que era RIVAS. Respecto a la prueba objetiva, se encontró una vaina, que fue cotejada y resultó compatible con el arma de RIVAS, y hay una pericia que dice que el arma de RIVAS fue disparada. No se determinaron la cantidad de disparos. Alguien le saca el arma, la recuperó el Oficial ROMERO y la llevó a su casa y así no se pudo determinar cuántos había antes del hecho y después del hecho. Fue disparada a una distancia mayor a un metro: disparo con letalidad apuntada a la humanidad de CHOCOR, por la espalda. El testigo ROMERO dijo que no había otro policía cuando llegó y que no había otra persona armada. No dijeron nada respecto al disparo de RIVAS, y lo recibió como represalia, de lo que hizo. Personal policial se llevó el arma a su casa. Hubo gente que lo vio a RIVAS con el arma, parado, y sin ninguna herida. En cuanto al dermatotest, fue tratado el tema y lo que se dice fue que el hecho de que a RIVAS no se le hubieran hallado los restos de deflagración, no es desincriminante en la medida que pasaron dos horas hasta que se le tomaron las muestras. En el alegato sostuvieron que los policías saben cómo borrar los rastros, pero sí tenía en la ropa. Nunca se invocó que CHOCOR haya efectuado un disparo, además de que cualquiera que recibe un disparo va a tener en la ropa restos de deflagración. En relación a la calificación legal, parece que el abuso funcional aparece desacertado porque parte de una situación fáctica diferente. Pero está con uniforme, no hay motivos para llevarlo, desde la tesis de la sentencia es la consecuencia ineludible la calificación legal escogida. El abuso funcional está acreditado, reconstruido en la sentencia, la pena es indivisible, aflige incluso a Fiscalía, pero es el legislador el que impone las penas, por lo que no puede mensurarse diferente. Respecto a la inconstitucionalidad, no le corresponde al Juez realizar medición si hay perpetua.-

En cuanto a la prisión domiciliaria, alegó que de los informes médicos no se avizora cuestión que ponga en riesgo la salud de RIVAS, pese a lo cual MOLTENI, aconseja su tratamiento extramuros, sin especificar las razones. Aquellas razones se han desvanecido con la evolución de RIVAS, a pesar que los informes del Dr. CULLEN, indican continuidad del tratamiento pero no la necesidad de tratamiento extramuros: perfectamente puede hacerse intramuros. Con la prueba arrimada, no puede afirmarse que el encierro desmejore su salud, puede ser atendido en la unidad carcelaria por lo que debe cesar la prisión domiciliaria.-

3c- En relación a la prisión domiciliaria, y luego de un cuarto intermedio, este Tribunal resolvió hacer lugar parcialmente al pedido de la Defensa, postergando la prisión domiciliaria del imputado hasta la fecha en que se dicte sentencia, disponiéndose, asimismo, durante ese lapso una vista al médico forense quien evaluará el certificado presentado por la Defensa, así como también al imputado en cuanto a las posibilidades de alojamiento en una Unidad Carcelaria o seguir en su domicilio.-

4- En la deliberación (Art. 517 CPP Ley 10.3017) se planteó lo siguiente: A las cuestiones articuladas ¿qué corresponde resolver?, y ¿qué sobre las costas del proceso?

El Dr. HUGO DANIEL PEROTTI dijo:

A- Habiéndose reseñado las posturas partivas, cabe recordar que el imputado Ramón Eduardo RIVAS fue condenado por la Cámara Penal de Paraná a cumplir la pena de Prisión Perpetua por encontrárselo culpable de la comisión del delito de Homicidio Agravado por haber sido cometido abusando de la función o cargo (Art. 80 inc. 9º del C.P.).-

El hecho ilícito que oportunamente se le endilgara al sindicado RIVAS -y por el cual fuera condenado- es el siguiente: "El día 14 de Febrero de 2014, siendo aproximadamente las 15,30 hs aproximadamente, en calle Corrientes entre Concordia y La Paz de la ciudad de Hernandarias (Dpto Paraná) Ramón Eduardo RIVAS efectuó un disparo con su pistola reglamentaria FM Hi-Power modelo M95 Classic, cal. 9 mm, a Juan José CHOCOR quien se encontraba de espaldas a una distancia aproximada de entre dos y cuatro metros, habiendo ingresado el proyectil en región paravertebral derecha nivel cervical, habiendo provocado estallido-fractura de cuarta vértebra cervical.- Dichas lesiones fueron de carácter

grave y pusieron en riesgo la vida de CHOCOR, quien finalmente falleció el día 31/03/2014 por trombo-embolismo de pulmón con falla generalizada de órganos estando internado, causado por proyectil único de arma de fuego".-

B- Como ya lo adelanté, dicha sentencia fue recurrida por la Defensa Técnica del inculpado, expresando sus concretos agravios que, en síntesis, pueden individualizarse en tres críticas diferentes, a saber:

a) Discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de mérito, acerca de la existencia del hecho.-

b) Errónea selección de la norma penal aplicable al caso.-

c) Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.-

C- Comenzaré por el primero de los agravios, ya que la pretensión explícita de la Defensa es la nulificación del Fallo en examen que, de ser así, tornaría abstracto los dos planteos subsiguientes.-

Tal como se ha planteado este primer agravio, resulta forzoso recorrer el panorama fáctico-probatorio reunido en autos, verificando el valor que el Tribunal le otorgó a cada prueba, controlando la "legitimidad" del razonamiento judicial, y si sus conclusiones resultan ser la derivación directa de las constancias reunidas en la causa, evitando cualquier atisbo de arbitrariedad en la construcción sentencial.-

En esa inteligencia, advierto que el material convictivo tenido en cuenta por el Tribunal de grado al momento de emitir su pronunciamiento, se componía de las declaraciones testimoniales de Liliana MENDEZ, Sergio ROMERO, Raúl AGUILAR, Pablo RODRIGUEZ, Stella Maris ALMADA, Jonathan DIAZ, Hugo CHOCOR, Silvia DUARTE, Marcelo GOMEZ, Agustín GOMEZ, Hugo JAIME y José SIMONS, además de varias otras testificales receptadas en sede prevencional, que se introdujeron por lectura (ORTIZ, OLMO y Diego CHOCOR). Por otra parte, analizó y consideró toda la prueba documental que fuera ofrecida por las partes en el correspondiente estadio procesal, cuya reseña luce a fs. 576/583 vto. de la sentencia en crisis.-

Merituando dicho plexo probatorio, el Tribunal -a través del primer voto suscripto por la Dra. Elisa ZILLI- en la foja 584 da respuesta al primer interrogante planteado, concluyendo que es indubitable la ocurrencia del hecho endilgado al imputado RIVAS, esto es, la muerte violenta de Juan José CHOCOR "...en las circunstancias de modo, tiempo y lugar descriptas en la acusación fiscal...", basándose sobre todo en el informe autopsico, informes médicos,

historia clínica, partes de novedad, actas de inspección y croquis referencial, fotografías e informes químicos.-

Es en el Pto. "3" (de fs. 585 en adelante) donde la Vocal estudia la situación del imputado en orden a su autoría, y con apoyo en las declaraciones testimoniales de Stella Maris ALMADA y de Jonathan Exequiel DIAZ, concluye de manera categórica que fue RIVAS quien efectuó el disparo que acabó con la vida de Juan José CHOCOR, habiendo aquél llegado solo al lugar indicado intentando detener a Diego CHOCOR, quien se le "zafó" y salió corriendo, circunstancias en que RIVAS le efectúa un disparo en la espalda a la víctima, que había venido a auxiliar a su hermano. Este disparo le causó a CHOCOR unas lesiones gravísimas que finalmente desencadenaron su muerte, al mismo tiempo que el propio RIVAS (el justiciable) también recibía un impacto de bala en su pierna derecha.-

Los dos testigos supra mencionados -afirma la Dra. ZILLI- se expresaron de un modo convincente, resultaron creíbles y fueron coincidentes al describir el desarrollo del suceso y el accionar desplegado por el imputado, difiriendo sólo en cuestión de detalles o circunstancias accesorias, agregando -y aclarando- que el hecho de ser tales testigos parientes de la víctima, no los inhabilita para ser considerados tales y su testimonio debe ser valorado conforme al sistema de la "libre convicción razonada"; además -añade la Jueza- la fuerza probatoria de dichos testimonios se ve robustecida al cotejarse los mismos con el resto de los elementos probatorios reunidos, como por ejemplo, la declaración que prestó Diego CHOCOR en sede instructoria (válidamente incorporada al debate) y las vertidas, a su turno, por Liliana MENDEZ, Marcelo GOMEZ, Silvia DUARTE, por el padre de la víctima (Hugo Chocor) e incluso por el funcionario policial Sergio ROMERO. Afirma la Magistrada que tales relatos testificales se compadecen con pruebas objetivas como el acta de secuestro de la pistola reglamentaria (cfr. fs. 22), el hallazgo en el lugar de una vaina servida calibre 9x19 (cfr. fs. 04 y 07), el informe balístico de la Dirección Criminalística (cfr. fs. 130/133), por el informe de REPAR (cfr. fs. 184) y por el acta de secuestro de la vestimenta del imputado RIVAS (9/9 vta).-

Todo ello, en una sentencia que, en principio, luce razonable, motivada, ajustada a derecho, además de haber evaluado la prueba conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia, mostrándose como un fallo coherente, serio y bien fundamentado.-

D- Veamos que nos dicen los Letrados Defensores, al exponer sus críticas en relación a este primer agravio.-

El primer Abogado (Dr. ALBORNOZ) expresa tres cuestiones: a) que existe imposibilidad técnica-científica de determinar si el orificio que presenta CHOCOR fue producido por un proyectil lanzado por un arma de 9 mm; b) arbitrariedad en el análisis del sentenciante respecto de los resultados de "Dermotest"; c) escasa relevancia que se le dio a la actitud agresiva y temeraria de los hermanos CHOCOR, que obstruyeron la actividad policial y crearon una situación de real peligro para la integridad física de RIVAS, quien debió defenderse ("a nadie le es exigible dejarse matar").-

Mientras que en la Audiencia Casatoria, los Abogados ROSATELLI-CULLEN: a) mantienen la crítica relacionada con la ausencia de prueba certera que el disparo haya sido efectuado por el arma reglamentaria de su defendido (afirman que no hubo secuestro de proyectil); b) alegan la errónea valoración que el Tribunal realizó de las testimoniales de DIAZ, ALMADA y CHOCOR; c) Reiteran la queja por la errónea valoración del resultado de "Dermotest" y d) aseguran que se trató de un hecho "azaroso", que RIVAS sólo quiso cumplir con su deber de identificar, una función preventiva, para nada abusiva.-

Sin seguir estrictamente el orden planteado por los curiales, comienzo por estudiar las declaraciones testimoniales de Stella Maris ALMADA, Jonathan DIAZ y Hugo CHOCOR. Ellos depusieron en sede instructoria (recuérdese que este caso se tramitó residualmente bajo las previsiones del derogado Código Ley 4843 que instituía el cuestionado sistema "Mixto") a fs. 89/90, 188/189 y 194/195 respectivamente. La merituación que la Magistrada hace de los mencionados relatos testificales, es correcta, completa y razonable, imponiendo, indudablemente, al suscripto, arribar a similar conclusión. Así, surge que los testigos -los dos primeros, sobre todo- vieron el suceso en examen, y relataron lo sucedido de modo coincidente, describiendo el reprochable actuar del imputado. En efecto ALMADA, fue muy precisa al expresar: "...Rivas saca el arma y empezó a tirar. Tiró dos o tres disparos, cree... Juan José iba en ese momento caminando de espaldas y Rivas le apuntó a la cabeza y le tiró... Juan José cayó boca abajo..."; DIAZ fue contundente al manifestar: "...que el hermano de Diego... va donde está el hermano y lo saca, y ahí sale Diego para el lado del baldío y Juansi sale caminando, y ahí pega el policía dos tiros hacia donde se fue Diego y después apuntó a Juansi, se arrodilló y le tiró... le dio en la cabeza y cayó...". Asimismo de la declaración de Diego CHOCOR se extrae que comenzó a forcejear con el policía para que lo suelte, ya que le tenía doblado su brazo izquierdo hacia atrás y le quería agarrar su brazo derecho, que se acercó su hermano "Panchi", quien

intentó separarlos, que el policía cae al suelo, por lo que logró zafar y salió hacia atrás del móvil, mientras que "Panchi" salió para adelante, que casi instantáneamente escuchó una detonación, que se dio vuelta y lo vio tirado a su hermano boca abajo.-

Porque los Defensores parecen olvidar que también declararon, en calidad de testigos, Liliana MENDEZ (fs 113/114), Raúl AGUILAR (fs. 115/116), Pablo RODRIGUEZ, Marcelo GOMEZ, Silvia DUARTE, Luis ORTIZ, Agustín GOMEZ, Rodrigo OLMO y Sergio ROMERO quienes, en lo atinente al hecho acaecido, no hacen más que corroborar lo declarado por los testigos anteriormente citados (Stella ALMADA y Jonathan DIAZ) confirmándose -una vez más- la valoración inculpativa efectuada por el Tribunal de grado.-

De la pericia de fs. 131/133 se extrae que en las armas calibre 9 mm, marca FM-Hi Power, modelo-95 Classic, serie Nº 445391 y 438837 se detectaron la presencia de residuos de pólvora en el interior de sus respectivos cañones. Asimismo de la pericia de fs. 180 se concluye que "la vaina servida inculpada calibre 9x19 mm fue servida por el arma de fuego tipo pistola, marca FM HI-POWER modelo M95-CLASSIC, serie 445391, inculpada en la presente causa". El informe de REPAR de fs. 184, concluye que tal arma fue provista desde la repartición policial al Oficial Sub Inspector RIVAS, Ramón Eduardo.-

En cuanto a la prueba de "parafina" o "dermotest" -creada por Iturrioz en 1914, dermo: piel, test: prueba- surge de fs. 127/129, que al imputado RIVAS, le arrojó resultado negativo de ambas manos, mientras que a Diego y Juan José CHOCOR se le detectó la presencia de un metal (antimonio) tanto en mano derecha como izquierda al primero y en mano izquierda al segundo.-

Debe aclararse que dicha prueba no puede llevar a afirmar sin más que la presencia de antimonio obedece a la manipulación de un arma de fuego por parte de la víctima (quien recibió el impacto) y su hermano (quien se acercó a Juan José y lo dio vuelta) puesto que sólo se encontró un metal de los tres característicos del fulminante.-

Es menester señalar que el resultado negativo puede configurar un contraindicio que deberá ser sopesado (valorado) en conjunto con el resto de los elementos existentes sin que permita per se, descartar la autoría de los disparos (ver Fallo "MAYDANA - BENITEZ" de la Sala Penal del STJER, de fecha 09/09/13).-

A su vez resulta inconcebible, que la Defensa refiera a un "hecho azaroso", puesto que ni la conducta del encartado, ni su resultado puede deberse

a una cuestión fortuita, sino, que aquél responde a la acción llevada a cabo por el encartado: esto es, la creación de un riesgo jurídicamente reprochable.-

E- Como ya lo hemos dicho en reiteradas oportunidades (vbg. en los casos "DUARTE" del 28/11/2017 y "VILLALBA" del 10/04/2018), la práctica expuesta en el recurso, de seccionar una resolución y vertir de modo aislado el análisis de la prueba, más allá de resultar absolutamente ineficaz, no puede jamás ser portadora de virtualidad nulificante, dejando traslucir sólo otra forma de valorar y, fundamentalmente, el desagrado con el resultado sentencial obtenido, no pudiendo, en modo alguno, restar credibilidad al pronunciamiento. No debe analizarse ni meritarse cada prueba por separado, en forma fraccionada, más allá de que si bien es importante el estudio intrínseco de cada elemento de prueba, el estudio particularizado no debe quedarse en el examen individual, y aislado del resto del material probatorio. Porque la verdadera labor de reconstrucción del hecho se lleva a cabo ensamblando todo el material recolectado, observando esa "masa" probatoria (al decir de Davis Echandía) cual urdimbre de prueba, contemplándola tal como si fuera una constelación celestial.-

En consecuencia, cabe rechazar todos los agravios defensivos relacionados con la valoración del plexo probatorio y/o de algún medio de prueba en particular, confirmándose el pronunciamiento de grado en cuanto determinó la real existencia del hecho ilícito y la autoría material y responsabilidad penal del encausado RIVAS.-

F- LA CALIFICACIÓN LEGAL:

El Tribunal actuante subsumió la conducta del imputado RIVAS en las previsiones del Art. 80 inc. 9º del Cód. Penal, es decir, en la figura del HOMICIDIO AGRAVADO POR ABUSO DE LA FUNCIÓN o CARGO, teniendo en cuenta para ello - según se expresa a fs 589 vto/590- el uniforme, el móvil, el arma reglamentaria, etc.-

Veamos; en líneas generales, podemos decir que la calificante agrava la pena por el hecho de matar abusando de la función o cargo que desempeña el sujeto activo, lo que importa exceder los límites que la ley le acuerda llegando a dar muerte a una persona en forma arbitraria y violando claramente los deberes propios de su función.-

Se trata de un tipo penal que exige en el autor la calidad de integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o penitenciarias, quien debe actuar abusando de su función o cargo. Es un delito especial propio,

sólo puede perpetrarlo un miembro de las fuerzas antes mencionadas, que ejecuta la acción abusando de su cargo o función.-

El autor no sólo debe revestir el carácter de agente de dichas fuerzas, sino que además tiene que haberse aprovechado de su función o cargo para perpetrar la acción típica.-

La CNCC (Sala VI) ha dicho que se entiende configurada la agravante del 80 inc. 9º C.P. siempre que las particulares circunstancias configuren una situación de abuso de la función a que alude la norma (en "A., R.D. S/ HOMICIDIO AGRAVADO" del 02/3/2005).-

En la obra de BAIGUN - ZAFFARONI (Edit. Hammurabi, T. 3, págs. 426 y sgtes.) la autora Claudia Verde dice que el inc. 9º es la última incorporación al Art. 80, realizada a fines de 2003, mediante Ley 25.816.-

Como surge de la Exposición de Motivos y del debate parlamentario, la finalidad del legislador fue -a través del agravamiento de la pena- combatir el aumento en el número de delitos cometidos por miembros de las fuerzas antes mencionadas, a la vez equilibrar la situación surgida a partir de la sanción del inc. 8º del mismo artículo (cuando la víctima fuere un sujeto que forme parte de dichas fuerzas).-

Explica la autora que la sanción de esta ley dio lugar a diversas críticas de parte de la doctrina penal porque, si bien era necesario adoptar en el caso concreto algunas medidas frente al incremento del número de delitos cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, no surge como acertada y eficiente la respuesta populista de una mayor cantidad de punición.-

La justificación del incremento viene de la mano con la existencia de un mayor contenido de injusto en el hecho, de un mayor disvalor de acto, porque no sólo se atenta contra la vida humana, sino que el autor omite cumplir con su deber de otorgar seguridad y protección a los ciudadanos, defraudando con ello las expectativas depositadas en el correcto desempeño de su cargo o función. Esta circunstancia objetiva es la que califica el homicidio, pues a la conducta lesiva hay que añadir la transgresión al deber especial derivado de la posición oficial.-

En cuanto al tipo objetivo, la figura constituye un tipo penal derivado que agrava el delito base del homicidio (Art. 79 C.P.) en función de la calidad que reviste el sujeto activo. Se requiere no sólo que el autor sea integrante de una fuerza de seguridad (policial o del servicio penitenciario) sino que, además, debe actuar abusando de su función o cargo. Este requisito -que el hecho de matar sea abusando de la función o cargo que desempeña el sujeto activo- implica que el

autor, ejerciendo su acción funcional propia, exceda los límites que la ley le acuerda, o hace uso de facultades y/o potestades que no posee, a través de lo cual da muerte a una persona, sea en forma arbitraria o violando los deberes propios de su función.-

Y en cuanto al tipo subjetivo, en el trabajo supra mencionado la autora VERDE cita a Jorge VILLADA quien sostiene que el delito exige un dolo especial, que es el tener conciencia, al momento de dar muerte, de que se está excediendo o abusando de las funciones.-

Cita también a Gustavo AROCENA, quien considera que el delito se encuentra configurado en función de un componente subjetivo especial, un elemento del ánimo, en la medida en que el miembro de la fuerza de seguridad debe matar abusando de su función o cargo. Por ende, el autor no sólo debe revestir el carácter ya mencionado, sino que tiene que aprovecharse de su función o cargo para perpetrar la acción típica; en otras palabras, se requiere el abuso que implica la finalidad de prevalerse de la función o cargo para la realización de la conducta homicida.-

Ya citaré, más adelante, fallos donde se receptan estas ideas, pero ahora quiero volver al sub júdice, para recordar no sólo la precisa conducta reprochada al imputado RIVAS, sino tener igualmente presente el contexto en el que se desarrolló su cuestionada acción.-

Tuve por acreditado que RIVAS, uniformado, en funciones y conduciendo un móvil de la Comisaría de Hernandarias donde prestaba servicios, se dirigió a calle Corrientes entre La Paz y Concordia, posiblemente investigando la sustracción de un motovehículo (que tuvo a Raúl AGUILAR como víctima, dos días antes que ocurriera el hecho). Con los datos aportados por la Oficial AGUIAR, el Oficial RIVAS interceptó a Diego CHOCOR y pretendió identificarlo, produciéndose allí un escarceo -no del todo aclarado en cuanto a los detalles- pero sí se comprobó que Juan José CHOCOR, hermano del primero y que estaba mirando el episodio desde una distancia aproximada de media cuadra, se acercó en defensa de su hermano, logrando que RIVAS caiga al suelo y suelte a Diego; cuando Juan José CHOCOR se volvía, estando a unos escasos metros de RIVAS, éste efectuó entre uno o dos disparos con su arma reglamentaria, impactando uno de ellos en la nuca. Al mismo tiempo, RIVAS resultó herido en su pierna derecha, al ser impactado por un proyectil que le ocasionó LESIONES GRAVES, desconociéndose el origen del mismo, al menos de manera fehaciente.-

La Defensa NO invocó una situación de legítima defensa, ni tampoco un caso de exceso. Sólo dejaron traslucir que su defendido se vio ante un contexto de real peligro para su integridad física, y que por los miedos y emociones acechantes en esa situación límite, se vio en la necesidad de defenderse.-

La verdad es que el propio inculpado, en su defensa material, nada dijo acerca de esto, ni de haber disparado su arma, lo cual es absolutamente inverosímil cuando se confrontan sus dichos con la prueba objetiva (informes de criminalística) tanto como subjetiva (declaraciones testimoniales ya referenciadas).-

Consideré necesario realizar la recién descrita reconstrucción de los hechos -que, en líneas generales, coincide con la recreación de los sucesos plasmada en la sentencia de grado- para avocarme al estudio de la solución jurídica del conflicto en examen.-

De las conclusiones fácticas arribadas, surge inevitable descartar cualquier posibilidad de un obrar en legítima defensa, o de un exceso en ella. No me voy a extender demasiado en este punto, ya que -como ya lo anticipé- la propia Defensa hace escaso hincapié en esta modalidad de actuación, limitándose a decir que RIVAS fue rehén de los miedos y las emociones en una situación límite y se vio en la necesidad de defenderse, y que presumiblemente haya existido una errónea apreciación de la magnitud del peligro y de los medios con que contaba para defenderse.-

El problema que atisbo es que, de no verificarse una justificación de la conducta reprochada (o de un exceso en la misma) parecería -de una rápida y superficial lectura- que debemos pasar "sin escalas intermedias" a la figura calificada del Art. 80 inc. 9º del C.P., esto es, al Homicidio Agravado por el Abuso Funcional, SIN RECALAR en la posibilidad de un Homicidio Simple, sobre todo si tenemos en cuenta la ostensible diferencia que existe entre la pena contemplada en el Art. 35 y la prevista en el Art. 80 del Cód.Penal, disparidad que resulta imposible soslayar.-

Esta notoria diferencia, sumada a las apreciaciones que más adelante diré, me persuaden de que la figura agravada requiere un especial elemento del ánimo, un verdadero "plus" en la conciencia del autor, y que de no darse el mismo, resulta legítimo precipitarnos en el tipo básico del Homicidio (del Art. 79).-

La reconstrucción del "factum" (por esta razón lo hice) permite tener en claro que RIVAS efectivamente se encontraba en funciones (uniformado,

manejando el móvil de la Comisaría, etc.); que intentó identificar a un ciudadano (Diego CHOCOR) quien opuso cierta resistencia (con razones, o sin ella, aquí es irrelevante); que se produjo un "forcejeo" entre ambos, ante lo cual se aproximó Juan José CHOCOR para ayudar a su hermano, haciéndolo caer al suelo; cuando éste se retiraba, RIVAS se incorporó y accionó su arma reglamentaria, efectuando el disparo letal.-

Si objetivamente podríamos acercarnos bastante a la figura agravada del Art. 80 inc. 9º C.P., considero que desde el punto de vista subjetivo nada nos autoriza a pensar que RIVAS quiso abusarse de su función, que pretendió aprovecharse de las tareas que su empleo o puesto le imponen. No se ha demostrado, de manera alguna, que RIVAS haya tenido -al momento de consumir el acto reprochado- que tenía conciencia de que se estaba excediendo o abusando de las funciones inherentes a su cargo. Por el contrario, el comprobado contexto donde se desarrolló la acción, nos indica que la muerte de CHOCOR sobrevino -para el autor- de manera impensada, en forma intempestiva; que la situación no fue buscada ni querida por RIVAS al llegar al escenario del hecho, y que el homicidio no fue cometido violando a sabiendas los deberes propios de su función.-

Por eso, estoy convencido que la calificante del inc. 9º, que obviamente debe estudiarse e interpretarse restrictivamente conforme a principios generales que gobiernan la materia (principios de legalidad y de máxima taxatividad) no se configura en el sub exámine. Y que el accionar de RIVAS debe subsumirse en el Art. 79, esto es, en la figura base del Homicidio Simple.-

Jurisprudencia aplicable al caso: "Corresponde condenar como autor de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego a un miembro de la policía que disparó su arma reglamentaria hacia un grupo de personas que estaba atacando a los móviles policiales que habían ido a dispersarlos, produciendo la muerte de uno de ellos, descartándose la figura contenida en el art. 80 inc. 9º C.P." - "Corresponde descartar la calificación contenida en el art. 80 inc. 9º del C.P. al actuar de un miembro de la policía que disparó su arma reglamentaria hacia un grupo de personas que estaba atacando a los móviles policiales que habían ido a dispersarlos, produciendo la muerte de uno de ellos, pues el imputado no obró abusando de sus funciones, sino que obró respondiendo a su calidad de policía de tiempo completo" (Cám. 3ra Apel. Crim. y Correc. de La Rioja, citado por ZAFFARONI - BAIGUN, en T. 3, pág. 432).-

Sintetizando, si la norma exige la necesidad de motivarse en el abuso funcional, y si ello implica obrar con un dolo especial, es decir, que más allá de la voluntad homicida se debe tener conciencia -al momento de matar- que se está excediendo o abusando de sus funciones, ergo la evidente conclusión es que en el sub lite no se configura la agravante en examen, habida cuenta que no se observa en la conducta de RIVAS la existencia de esa motivación especial que requiere la norma penal en examen.-

G- Existe otra razón que confluye al arribo a esta misma solución.-

Se dijo en la Exposición de Motivos que otra de las razones invocadas por el legislador -además de las ya comentadas- era equilibrar o equiparar la situación surgida a partir de la sanción del inc. 8º del mismo artículo (cuando la víctima fuere un integrante de dichas fuerzas).-

Pues bien; el máximo Tribunal entrerriano declaró, en la causa "FERREYRA, Rubén" (que me tocó juzgar cuando era Vocal de la Sala 1ra del Tribunal de Juicio) que "...este tipo calificado no puede ser impuesto como una agravante objetiva, que proceda ante la simple comprobación de la pertenencia del sujeto pasivo a las fuerzas policiales, porque ello sería notoriamente inconstitucional por afectar principios básicos de la tipificación sustantiva y el debido proceso" ... agregando luego que "...no podemos legitimar la aplicación de la figura en cuestión, ya que no podemos admitir que quienes están investidos de "estado policial" con todos los deberes, derechos y cargas que ello implica, sean sólo por ello más vulnerables que el resto de la población". Si bien en aquél momento pensé que tal agravante era constitucional y perfectamente aplicable a ese caso, hoy -ante la interpretación que realiza la Sala Penal del S.T.J. de una figura análoga- entiendo que una elemental razón de igualdad determina que el sub lite deba resolverse de manera similar.-

Por todo ello, corresponde modificar la calificación legal oportunamente impuesta, subsumiendo la conducta del imputado Ramón Eduardo RIVAS en el tipo penal básico del HOMICIDIO SIMPLE (Art. 79 C.P.).-

Como natural consecuencia de ello, procede anular la pena fijada en la sentencia de grado (Prisión Perpetua), y reenviar la causa a fin de que otro Tribunal debidamente integrado determine la pena que le corresponde al encausado.-

H- Finalmente, debo expedirme acerca de la petición de la Defensa vinculada al mantenimiento de la prisión domiciliaria que hoy pesa sobre el justiciable.-

Tengo ante mi vista el incidente respectivo donde el médico Forense (Dr. AGUIRRE) sugiere continuar con la modalidad de prisión domiciliaria mínimamente hasta el control radiográfico a realizarse en agosto de este año, previniendo así riesgos de una nueva fractura y/o complicaciones relacionadas con la actual prótesis.-

Advierto también que la Fiscalía dictaminó en fecha 8 de junio del corriente, que de acuerdo al informe del galeno y estando claro que la patología que padece el Sr. RIVAS requiere de cuidados, sugiere la continuidad del carácter domiciliario de la prisión preventiva hasta que quede firme la sentencia.-

Por las razones invocadas y atento al dictamen Fiscal, entiendo que resulta procedente extender la prisión domiciliaria oportunamente dictada hasta tanto la presente sentencia adquiera el estado de ser ejecutada, teniéndose presente -incluso- el pertinente control médico que debe realizarse en el mes de Agosto del corriente año.-

I- En relación a las costas y atento al resultado al que se arriba, luego del tratamiento de la cuestión, corresponde imponerlas por su orden -Art. 584 y 585 C.P.P.E.R..-

En cuanto a los HONORARIOS de los Dres. Miguel CULLEN y Daniel ROSATELLI, no corresponde su regulación por no haber sido ello solicitado (Art. 97 inc. 1 del Decreto Ley 7046/82 ratificado por ley 7503).-

Así voto.

A la misma cuestión propuesta, las Sras. Vocales Dras. Marcela DAVITE y Marcela BADANO, expresaron que adhieren al voto precedente.-

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

SENTENCIA:

I- RECHAZAR parcialmente el Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Carlos ALBORNOZ -sostenido luego por los Dres. CULLEN y ROSATELLI- contra la Sentencia de fs. 550/594 dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de Paraná -la cual se confirma- MODIFICÁNDOSE la calificación legal impuesta en ella y encuadrando la conducta del imputado Ramón Eduardo RIVAS en la figura de HOMICIDIO SIMPLE (Art. 79 del C.P.).-

II- En consecuencia, ANULAR la pena oportunamente fijada (prisión perpetua), reenviando la causa a un Tribunal debidamente integrado para que en Audiencia determine la pena que corresponda según las pautas de los Arts. 40 y 41 del Código Penal.-

III- DECLARAR las costas por su orden - Art. 584 y 585 C.P.P.E. R.-.-

IV- EXTENDER la prisión domiciliaria oportunamente dictada hasta tanto la presente sentencia adquiera el estado de ser ejecutada.-

V- NO REGULAR los honorarios profesionales de los letrados intervinientes, Dres. Miguel CULLEN y Daniel ROSATELLI , por no haber sido ello solicitado (Art. 97 Inc. 1 del Decreto Ley 7046/82 ratificado por ley 7503).-

VI- TENER PRESENTE la reserva del caso federal.-

VII-Protocolícese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase la presente causa al organismo de origen.-

Marcela BADANO

Hugo PEROTTI

Marcela DAVITE