



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128500-1

"LOPERA, Emanuel Germán
s/ recurso de casación"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió hacer lugar al recurso homónimo interpuesto por el particular damnificado y casó el pronunciamiento del Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial de San Martín -que había condenado a Emanuel Germán Lopera a la pena de diez años y ocho meses de prisión, por considerarlo autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego-, condenándolo como autor del delito de homicidio calificado en los términos del artículo 80 inciso 9° del Código Penal a la pena de prisión perpetua (fs. 83/97).

II. Contra dicho pronunciamiento, el defensor particular interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante esta Suprema Corte de Justicia, a favor de Emanuel Germán Lopera.

Denuncia el recurrente que la sentencia dictada por el *a quo* es arbitraria por inobservancia de la normado en el Código Penal, afectadno el derecho de defensa en juicio (fs.114).

Refiere el defensor que disiente con la calificación legal asignada al presente hecho, dado que no se encontraría acreditado el dolo eventual ya que el hecho constituiría un homicidio culposo (art. 84 del CP).

El recurrente se ocupa de abordar el concepto de

dolo eventual y sus requisitos, conforme a opiniones doctrinarias, para sostener luego que "la intención inicial del imputado era aprehender a la víctima y no darle muerte (no había dolo directo de matar), y si bien no tomó las medidas asegurativas ya referidas, sí adoptó una referida a la posible dirección del disparo, pues es evidente que no se encontraba apuntado en concreta dirección al cuerpo de la víctima; es decir, confió en evitar el resultado, supuesto este que distingue el dolo eventual de la culpa con representación" (fs. 115vta/116). Cita jurisprudencia y doctrina relacionada a los puntos antes referidos.

Por otro lado, cita doctrina sobre el "elemento normativo" (abusando de su función o cargo), para concluir que ello no es "el simple incumplimiento de una orden o reglamento, sino que requiere de una ponderación que lleva a computar toda la base fáctico-jurídica" (fs. 116vta).

Indica que desde el plano subjetivo del tipo endilgado se requiere "tener conciencia al momento de matar que se está excediendo o abusando de sus funciones y no obstante obrar con voluntad homicida" por lo que hay que "probar varios extremos: el desempeño de la función, el abuso y el homicidio".

Señala que tal circunstancia fáctica no formó parte de la acusación, de la prueba ni del debate, en razón de lo cual su condena en ese sentido resulta violatoria del principio de congruencia (fs. 116vta).

Por todo lo expuesto es ese tramo, concluye que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128500-1

se encuentra configurado un defecto en la fundamentación normativa que la torna arbitraria.

Como segundo agravio, denuncia que la imposición de una pena perpetua resulta errónea e injusta. Sostiene que tal imposición es adversa a la constitución, dado que colisiona con los principios de culpabilidad, división de poderes, resocialización, legalidad y con la prohibición de imposición es de penas crueles, inhumanas y degradantes (fs. 117).

Finaliza este agravio, requiriendo la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en el art. 80 inc. 9 del CP (fs. 119).

Como último agravio, y para el caso que esa Suprema Corte de Justicia haga lugar al planteo de cambio de calificación legal aplicando art. 79 del CP, sostiene que no corresponde aplicar el art. 41 bis del CP (ver. arg. fs. 119/122).

III. El Tribunal de Casación Penal, resolvió declarar admisible el remedio (fs. 125/127vta) remitiéndose a esta Procuración General las actuaciones para dictaminar (fs. 139).

IV. Entiendo que el recurso interpuesto por la defensa no puede tener acogida favorable.

Corresponde formular una consideración preliminar, pues estimo que la modificación de la calificación legal y de la pena en perjuicio del imputado en la instancia intermedia no amerita, en el

caso, la remisión de la causa a una nueva Sala del órgano revisor para garantizar el doble conforme, en los términos de la doctrina fijada por esa Suprema Corte a partir de la sentencia dictada en P. 108.199, res. del 24/6/2015 "Carrascosa".

Ello así pues advierto que las consideraciones del recurrente sobre la existencia de dolo homicida en el ánimo del agente -que corresponden al plano fáctico y valorativo- han sido discutidas, ampliamente, en dos instancias. Las que formula en torno a la calificación legal asignada al hecho y a la constitucionalidad de la pena impuesta en la instancia de revisión pueden ser revisadas en esta sede, en el marco de la competencia revisora expresamente atribuida a esa Corte, sin necesidad de dilatar el trámite de la causa con una remisión a una nueva sala del tribunal intermedio.

Hecha esta aclaración, considero que el primero de los motivos de agravio no puede ser atendido.

Denuncia el recurrente la "arbitrariedad por defecto en la fundamentación normativa", en tanto se aplicó erróneamente el art. 80 inc. 9 del CP y se inobservó el art. 84 del CP, mas su reclamo se ciñe exclusivamente a cuestionar la efectiva concurrencia, en el plano probatorio, de los extremos subjetivos y objetivos que la figura del homicidio doloso exige, materia que ya ha sido revisada en la instancia previa y que excede la competencia extraordinaria de esa Suprema Corte (doct. art. 494 del CPP).

El tribunal revisor sostuvo que *"la satisfacción del tipo subjetivo de la infracción seleccionada por los sentenciantes se asienta*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128500-1

en un discurso incuestionable en términos de razonabilidad. La conducta del agente evidencia un procedimiento que, enderezado a una maniobra de sujeción, por la técnica propia del procedimiento y la zona en que se aplica, puede resultar adecuada para la producción del resultado mortal con pleno conocimiento del autor acerca de que, cuanto menos eventualmente, la muerte de la víctima no aparece como una consecuencia de imposible concreción en el caso, según el acontecer ordinario de esos casos" (fs. 88/88vta).

Luego de repasar la materialidad ilícita, indicó que el proceder de Lopera *"si bien acaso no se dirigió derechamente a causar el deceso del desobediente, igualmente por la entidad de la maniobra puesta en el acto de encartado, su reiteración y la zona hacia la cual dirigió los disparos, permitían establecer que aquel resultado era una consecuencia presente en la representación del sujeto activo" (fs. 88vta/89).*

Añadió que el imputado declaró que su disparo fue *"hacia el lado" donde corría la víctima, descartando con ello la arbitrariedad valorativa que pregonaba la defensa, y a continuación sostuvo que correspondía considerar: "...la particular situación desde la cual el agente desarrolló su acción, debiendo repararse en la notable ofensividad de arma de fuego utilizada por el sujeto activo, su aptitud de disparo, cuanto el lugar en donde impactó el proyectil en la víctima.// A partir de lo dicho no pueden abrigarse dudas sobre la específica capacidad que posee el sujeto activo de cara al ejercicio de un procedimiento violento del tipo asfíctico que ex ante*

podía conducir a la muerte de la víctima" (fs. 89/89vta).

En lo que aquí interesa destacar, agregó que "Ha quedado debidamente establecido en el fallo en base a las comprobaciones de la prueba científica que las lesiones producidas por la herida de un arma de fuego -cuya proyectil originó lesiones cardíacas- es adecuada para causa por sí la muerte (cfr. autopsia de fs. 411/418). Y este medio ex ante eficaz en la realización del verbo típico, fue el que el agente seleccionó en su programa de acción.// No se requiere de ningún conocimiento especial para prever que la presa cervical aplicada sobre el cuello de una persona en forma reiterada y con fuerza tal que llevó a desplazar la laringe hacia atrás originándose una asfixia obstructiva, no hacía imposible la producción del resultado letal, máxime si se repara que la violencia ejercida por un varón adulto elevó al acusado a una posición desde la cual podía afectar con especial eficacia al bien jurídico protegido.// Partiendo de esta base fáctica no puede dudarse en que no fue ajena al imputado la cognición del aumento de riesgo que entrañaba la agresión por él ejecutada sobre el damnificado Medina.// Si bien la representación del peligro, inclusive en las hipótesis de situaciones de riesgo muy marcado, no alcanza para exorbitar el ámbito de la culpa si el autor excluyó de su representación el resultado letal, ello no ocurrió en el caso, por lo cual -en ese sentido- cabe también descartar la pretensión recalificatoria de la defensa" (fs. 89vta/90).

Y concluyó "Si bien no existen pruebas concluyente de una voluntad específica de matar, lo cierto es que el cuadro probatorio da



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128500-1

sustento suficiente a la afirmación de un dolo eventual como ajustadamente se sostiene en el fallo" (fs. 90).

En este contexto, el recurrente no logra demostrar que la selección de una figura dolosa -en concreto, la del art. 80 inc. 9 del CP- se funde en una arbitraria ponderación de la prueba, pues sólo demuestra una discrepancia con el proceder sentencial sobre el punto. Concretamente, disiente con que su asistido actuó con "dolo eventual" homicida, pero no rebate adecuadamente los argumentos en los que se sustentó el Tribunal de Casación Penal para confirmar, en este aspecto, la decisión del tribunal de mérito.

En efecto, las consideraciones transcriptas han sido obviadas por completo por el impugnante, quien no consigue en consecuencia poner en evidencia la existencia de un supuesto excepción que permita revisar nuevamente en esta sede cuestiones valorativas referidas a la determinación de los hechos (doct. arts. 494 y 495 CPP).

En lo que respecta a la aplicación del tipo calificado del art. 80 inc. 9 del CP, y puntualmente a la determinación de la existencia de un abuso funcional que avala esa opción, advierto que el a quo se encargó detalladamente de argumentar porqué resultaba aplicable al caso esa figura penal (fs. 91/93vta), tomando como base los hechos que habían sido probando en la instancia de origen.

Nuevamente, el recurrente, disiente con ello, pero no logra -a mi entender- revertir aquellos argumentos.

Sostuvo el tribunal intermedio al abordar la cuestión que *"la ley consagró una infracción especial impropia, en tanto si bien el delito de homicidio puede ser ejecutado por cualquier persona, la autoría de la forma calificada prevista en dicha disposición sólo aparece en el sujeto calificado. Que en tal sentido, las calidades especiales requeridas en el sujeto activo emanan sin reclamo del imputado de la muerte de Medina, el funcionario policial Lopera, quien al tiempo del hecho en juzgamiento se encontraba revistando activamente en la Policía de la Provincia de Buenos Aires, prestando servicios en la comisaría de Escalada, patrullando la cuadrícula 1" (91vta).*

Bajo esas circunstancias, *"el tipo del artículo 80, inciso 9º, del Código Penal no exige que el autor enlace en forma directa -causal e ideológicamente- el homicidio con el abuso de su función o cargo, de forma tal que malverse el correcto uso de aquellos a sus fines homicidas. La formulación típica no contiene requerimientos de especialidad sobre fines o motivos de esa índole.//Alcanza con el conocimiento y voluntad del sujeto activo que -sabedor de los deberes especiales que emergen de su posición institucional como miembro de fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario- se endereza había un ejercicio abusivo del cargo que ocupa o la función atribuída mediante un acto del que, como en el caso, emergía la muerte de la víctima como eventual consecuencia (fs. 91vta/92)*

Añade el magistrado que, a diferencia de otros supuestos previstos en el artículo 80 del CP, que sí se exige un dolo directo, "



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128500-1

la agravante del artículo 80, inciso 9 del código de fondo, no contiene ni exige un componente subjetivo de tendencia, en tanto la ratio de la agravante descansa en el marco de la actuación funcional del sujeto calificado de quien la ley espera un apego estricto a su función y cargo.// Así se ha sostenido en doctrina que la figura en análisis admite tanto el dolo directo como el eventual, pues el acento se pone en cabeza del autor, esto es, la persona ejecutante del homicidio que reviste las calidades requeridas por la ley, a quien el resultado muerte puede resultarle indiferente..." (fs. 92).

Expone que entre los deberes y facultades establecidas por la ley y los reglamentos relativos al funcionario policial homicida, ningún espacio cabía para la maniobra a la que se lanzó Lopera para detener a un sujeto en situación sospechosa, el que se encontraba desarmado, se alejaba a la carrera y sin asumir una actitud violenta, con la inmediata posibilidad de recurrir a su camarada para continuar la persecución. Tal " contexto de actuación del sujeto activo deja en evidencia una conducta abusiva de la función policial que estaba desempeñando al tiempo de la acción criminal, la cual llevó a la muerte de Medina como directa derivación.// Se encuentra plenamente probado -a través de la amplia discusión de las partes en torno a un acontecimiento histórico conocido- que el dolo homicida -de carácter eventual-, como también, el efectivo conocimiento y voluntad de abusar de la función policial, la cual estaba desempeñando Lopera aquella noche y que no admite ni remotamente -como recurso- matar por la espalda, ni de frente, a quien, simplemente, no acata

una orden de detención" (fs. 93).

Con esos argumentos, que el impugnante no controvierte eficazmente y que estimo acertados, modificó el tribunal intermedio la calificación legal asignada en origen a la conducta del imputado.

Ello así pues considero, en primer lugar, que el tipo calificado del artículo citado no exige necesariamente la concurrencia de un dolo homicida *directo*, pues las particulares exigencias que se suman al tipo básico para construir la figura agravada no modifican el dolo de matar del art. 79 del CP (que se abastece tanto con la búsqueda del resultado muerte representado como fin –dolo directo- como con la aceptación de éste como consecuencia necesaria o posible del medio escogido, incluida en la voluntad realizadora –dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual-), sino que añaden el conocimiento y voluntad de realización del abuso funcional que, a mi entender, puede acompañar a cualquiera de esas modalidades del dolo homicida.

En otras palabras, si se admite que el art. 79 del CP comprende tanto a los supuestos de dolo directo como a los de dolo eventual, no existe obstáculo alguno para concluir que cualquiera de esas hipótesis puede ser trasladada al tipo calificado en cuestión si concurren -objetivamente- el abuso funcional al que alude y -subjektivamente- el reconocimiento de esa situación objetiva por parte del agente.

Por otra parte, y como la sentencia lo indica,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128500-1

Lopera revestía la condición de funcionario de las fuerzas de seguridad, se encontraba en ejercicio de sus funciones y en ese contexto realizó una conducta -disparar con el arma provista por la fuerza contra una persona que huía a la carrera- que excede claramente los contornos del marco legal que encuadraba su actuación funcional. En ese particular contexto, las afirmaciones del recurrente sobre la necesidad de que exista un dolo especial que incluya la conciencia de que se está excediendo o abusando de las funciones del agente, sin ser incorrectas en el plano dogmático, son ineficaces para modificar el encuadre legal asignado al hecho por el revisor, pues es claro que se tuvo por acreditada la concurrencia de tal extremo.

Así, estimo que el esmerado impugnante no ha ensayado siquiera un reclamo con una adecuada carga argumental para sostener que el *a quo* aplicó erróneamente el art. 80 inc. 9° del CP, pues sólo esgrimió una serie de consideraciones genéricas y dogmáticas que, en modo alguno, pueden constituir una crítica eficaz al resolutorio en crisis (doct. art. 495 CPP), el que cuenta además con una fundamentación adecuada en el punto.

Todo ello permite tener por insatisfechos los requisitos para que sea viable el planteo de arbitrariedad y/o errónea aplicación de la ley traído por el recurrente.

Tampoco puede prosperar la denuncia de afectación al principio de congruencia que formula el recurrente

La Corte Federal ha indicado que *"en lo que respecta al principio de congruencia, sostiene que, cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva"* ("Sircovich, Jorge Oscar y otros s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados", sent. del 31/10/2006, en remisión al Dictamen de la Procuración de la Nación).

En ese mismo precedente, se indicó que *"en una aplicación más amplia del principio de congruencia, sostuvo V. E. que "el cambio de calificación ; adoptado por el tribunal será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya, desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole "formular sus descargos" (precedente ya citado de Fallos: 319:2959, votos de los jueces Petracchi y Bossert, con cita de Fallos: 242:234)."*

Pronunciamientos posteriores al citado, tales como "Luna" (Fallo 337:542) y "Antognazza" (Fallos 330:4945), siguieron el criterio antes reseñado, añadiendo que cuando se alega tal principio se debe "exponer cuáles son las defensas que aquel proceder le habría impedido articular, y en qué medida habrían influido en la solución adoptada", cuestión esta última, que tampoco demuestra el impugnante.

Con todo ello, cabe decir que tanto el Ministerio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128500-1

Público Fiscal como el acusador privado llevaron como hipótesis de calificación legal al juicio oral la agravante prevista en el art. 80 inc. 9 del CP (v. fs. 13vta y 14). Posteriormente, surge del acta de debate, que el Fiscal, luego de relatar nuevamente la plataforma fáctica, propone la aplicación del art. 79 con la agravante del 41 bis, todos del CP (fs. 18vta). Por su parte, el Dr. Tiberio, representante del particular damnificado, reitera la materialidad ilícita y su postura sobre la calificación legal prevista en el art. 80 inc. 9 del CP (fs. 18vta a 19vta).

Por su parte, la defensa resistió tal asignación jurídica al hecho sosteniendo que *"no medió abuso en la función sino que fue en ocasión o motivo de cumplir esa función"* (fs. 20), proponiendo la absolución de su asistido, y de modo subsidiario, un homicidio culposo. Por otro lado, sostuvo que en caso de imputársele un homicidio, el mismo fue realizado con *"exceso en la legítima defensa real o putativa"*, del que tampoco puede aplicar el 41 bis del CP (fs. 20vta/21).

Es dable añadir, que la plataforma fáctica imputada por el Fiscal y el particular damnificado es igual, y sobre ella misma se basó el a quo para imputar el delito previsto en el art. 80 inc. 9 del CP (v. fs. 22/22vta, 23/23vta y 88vta).

Por ello, es que no se observa afectado el principio que denuncia el recurrente, en primer, por lo dicho en el párrafo anterior, y segundo, desde que en la instancia originaria pudo defenderse Lopera de aquella calificación legal más gravosa, sin demostrar ahora qué defensas se le

impidieron articular, como tampoco las influencia de aquellas sobre la decisión del a quo.

En cuanto al segundo agravio, donde requiere la inconstitucionalidad de las penas perpetuas por violación a los principios ya reseñados, no puede progresar.

Cabe recordar que esa Suprema Corte ya ha descartado, en los precedentes P. 84.479 y P.94.377, la posibilidad de considerar la existencia de penas inexorablemente perpetuas, al indicar -en un incidente de libertad condicional- que *"A partir de la reforma de la Constitución nacional en el año 1994 ha quedado incorporada la finalidad de "prevención especial" o "readaptación social" para la pena privativa de la libertad: arts. 75 inc. 22, C.N.; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (regla 63 y siguientes), las que "configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención" (C.S.J.N. in re, "V.", sent. del 3-V-2005).// En tales términos, impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar (a través de una presunción iuris et de iure) que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador -finalidad consagrada constitucionalmente- en la persona del delincuente, impidiéndole absolutamente reintegrarse a la sociedad; vulnerándose derechos*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128500-1

fundamentales del ser humano.// Así resulta del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en la causa registrada por este Tribunal bajo el número P. 84.479 -sentenciada aquí el 27 de diciembre de 2006- y cuyas consideraciones resultan plenamente aplicables en autos, "...en tanto al expedirse sobre el progreso de la queja articulada por la defensa expresó (si bien a modo de obiter dictum) en relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ahora en tratamiento, que en éste '[...] se alegó -con acierto- que la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional [...] (el destacado me pertenece)'" (conforme precedente P. 84.479 invocado)."

Pero ahora es de señalar, como ya ha tenido oportunidad de destacarlo esa Suprema Corte (P. 107.972, sent. del 19/12/2012), que el planteo del recurrente no se asienta en la existencia de un perjuicio actual para su asistido, pues recién ante una eventual denegatoria de la libertad condicional en los términos del art. 13 del C.P. podría plantearse un agravio concreto vinculado al principio de proporcionalidad del injusto derivado del principio de culpabilidad (art. 18 de la C.N), o que la pena se haya transformado en una sanción inhumana e injusta que viola los arts. 4.1, 4.2, 5.1, 5.2 y 8.1 de la CADH.

En cuanto al último agravio, el mismo deviene

P-128500-1

inatendible toda vez que el propio recurrente ha subordinado su suerte a la del planteo anterior, cuyo rechazo he propiciado.

V. Por lo expuesto, aconsejo a esa Suprema Corte rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en autos por el defensor particular de Emanuel Germán Lopera.

Tales mi dictamen,

La Plata, 1 de marzo de 2017.-

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Procurador General
Suprema Corte de Justicia