

RESOLUCION N° 030-2021

Paraná, 10 de marzo de 2021.-

VISTOS:

Las presentes actuaciones, **"ACTUACIONES DE OFICIO S- HOMICIDIO AGRAVADO. EN PERJUICIO DE GUZMAN GABRIEL NICOLAS. S/ HOMICIDIO AGRAVADO"**, venida a tenor del art. 210 CPP, y

CONSIDERANDO:

I.- Los letrados Iparraguirre y Tejera en su calidad de Querellantes instan la revisión del resolutivo Fiscal de fecha 4/11ppdo. que dispuso el Archivo de la causa en virtud del citado art. 210 2do párr. del CPP, -revisión de todas maneras a cargo del suscripto de modo automático, al tratarse de un caso que podría involucrar a Funcionarios Públicos, conforme la Norma referida.-

II.- Una simple lectura del escrito impugnante deja traslucir que bajo el ropaje del constructo conceptual de "*arbitrariedad*" se trasluce la disconformidad con el resolutivo, quizás explicable en el rol partivo a "tout court" que posee en nuestro sistema procedimental el acusador particular, pero que adolece de defectos argumentales manifiestos tanto en la reconstrucción del pragma conflictual

analizado, es decir el factum, como sobre todo en la confusión conceptual sobre la naturaleza del resolutivo atacado, al tomarlo como si fuese una desincriminación definitiva con valor de cosa juzgada, cuando es sabido que el Archivo no posee dicho valor, como veremos.-

III.- Hemos sostenido en muchas resoluciones y dictámenes, que a partir de la Reforma Constitucional Provincial de 2008, se ha producido un cambio sustancial en la estructura Institucional del MPF.-

Se ha abandonado aquel híbrido "custodio de la legalidad", (*Wachter der Gesetze* de la vieja Fiscalía de Berlín de mediados del siglo XIX), mero control del "nemo iudex procedat ex officio", de estructura "mimetizada" con la jurisdiccional, tanto horizontal como vertical, -vgr. a cada juzgado le "corresponde" un Fiscal, a cada Cámara o Tribunal Superior un Fiscal de esa instancia etc., sin ninguna conexión entre ellos, ni acuerdo sobre criterios comunes-.-

El nuevo modelo constitucional y legal diseña una institución diferenciada de la judicatura, sin estancos ni instancias o gradaciones al viejo estilo de las "audiencias" del Virreinato español, con permanente entrecruzamiento de datos e instrucciones, que elabora y ejecuta estas directivas de política Legal, bajo los principios de legalidad, objetividad, unidad de actuación y dependencia jerárquica.-

Obvio es señalar que estos principios no se limitan a la materia penal, -si bien configuran el grueso de la materia funcional-.-

El modelo de enjuiciamiento ya no tiene una estructura comunicacional unilateral sino dialógica, en que como decía Binder: *"...la confianza no se deposita únicamente en la sindéresis del Juez sino en la controversia, en la discusión dentro de un marco formalizado de reglas de juego que garantizan transparencia y juego limpio..."*, y que realza la centralidad del MPF en el rol de persecución legítima, mediante directivas de política criminal para la investigación con selección de casos a través de criterios de gravedad -prioridad-.-

La reforma penal de la Ley 27.147, arts. 59 CP, ha dado razón y alcance nacional al criterio político criminal de Prioridad que la Constitución Provincial, -art. 207-, impone como uno de los principios que guían al Ministerio Público Fiscal. Ha sido unánime la doctrina en que ello no era mas que un sinceramiento reglado de la antigua y notoria ficción del principio de "oficialidad" investigativa en la acción penal pública.-

Las ciencias sociales han demostrado que el discurso normativo -de aplicación pragmática- opera en un marco de selectividad que no es neutro, sino que reproduce las estructuras desiguales de esa sociedad, amén de las "reglas" burocráticas tan bien destacadas por Max Weber como constitutivas del "desencantamiento" de la Modernidad. Se trata entonces, de suplir un mecanismo arbitrario y desigual de selección, por instrumentos reglados que complementen aquello que es fundamento de la actuación penal: *solo aquellos quebrantos normativos que por su gravedad no pueden contestarse de un modo menos cruento para preservar*

la coexistencia, deben quedar en el ámbito punitivo.-

Así injustos que desbaratan las bases institucionales de las expectativas ciudadanas, como sin duda lo son aquellos que quebrantan deberes positivos de la función pública, desde la tristemente recordada causa **"Zaragoza y otros"**, de la Sedición agravada en la localidad Concordiense a fin del 2013, -aún en la CSJN por un recurso nuestro-, como los numerosos que han recibido condenas por Abusos en la función policial en delitos contra la Libertad, arts. 143 y sig. del CP, (confr. por todos, Sa. Penal del STJ, in re **"MILEZZI, Marcelo José; SOTO, Ludmila Natalí - MORI, Héctor Leopoldo - MONROY, Claudio Marcelo - FORNERON, Gustavo Daniel - SEGOVIA, Pablo Leoncio - FLORES CAMPOS, Walter - VIDAL, Rodrigo Sebastián s-TORTURA s/ IMPUGNACION EXTRAORDINARIA"** — **Expte. 4745-**, del 12/9/18, entre muchos), son enfocados con todo el arsenal de recursos humanos y tecnológico científicos.-

Por el contrario los delitos menores, no solo los de bagatela o insignificancia, se han de derivar hacia formas consensuales de reparación o mediación, alternativas procesales como la "divertión" con generosa apertura en tanto vislumbren esfuerzos restaurativos; a procesos abreviados o monitorios garantizando la voluntariedad de su proposición o aceptación por el imputado, con igual participación de la víctima.-

Pero como sinalagma de esta optimalidad de recursos y prioridad en la dilucidación de delitos graves, se halla sin dudas la responsabilidad en la búsqueda de

la verdad forense de la Decisión Judicial, que magúer su naturaleza de constructo pragmático, -no metafísico ni teológico sino discursivo procedimental-, supone lógicamente para la etapa preparatoria, un contexto de altísima probabilidad de condena, ya que el deber positivo institucional del art. 274 CP no admite acusaciones aventuradas, meramente conjeturales ni basadas en mero voluntarismo.-

Es que la Ius decisión legítima, como cierre normativo del discurso, es un entramado convergente de argumentaciones, -inferencias inductivas, abductivas y conclusión lógica, material y pragmática-, que legitima la Norma Individual, es decir un hecho institucional ilocucionario asertivo, neutral, que significa mucho mas que una mera coherencia narrativa.-

El criterio de Verdad, -epistémico-, significa en palabras de Crispin Wright, -en "*Truth in Ethics*"-, una "*superassertibility*"- que podría traducirse con un neologismo como "superaseverabilidad", (confr. Habermas, J (confr. "*Verdad y Justificación*", ed. trota, 2002, pag. 47 y sig; ídem Ferrer Beltrán, J. "Prueba y racionalidad en las decisiones judiciales", ed. prolibros, chile, 2018, pag., 297 y sig.).-

IV.- En este hontanar conceptual es que debemos analizar el art. 210 del CPP, pues allí radica la confusión del Querellante. Así mas allá de la expresión del primer párrafo de la Norma citada, desde siempre es harto sabido que el llamado Archivo no es una resolución, -otrora jurisdiccional ahora del MPF-, que supone un cierre definitivo del proceso con valor de cosa juzgada, y por ende es revocable aún

de oficio cuando nuevos elementos probatorios desmientan aquel impedimento de proceder.-

Casi es del Quevediano "Pero Grullo" recordar que solo el Sobreseimiento o la absolución firmes tienen aquel valor oclusivo.-

Si ello no generaba duda alguna en el antiguo sistema mixto, con la Instrucción Judicial, menos lo puede atisbar el rol del MPF, que es "ad definitionem" NO JURISDICCIONAL.-

Es entonces claro que la interpretación del art. 210 CPP supone al menos cuatro hipótesis diversas según la postura racional y fundada del MPF, a saber:
a) La primera, tiene como fundamento la manifiesta y evidente no delictuosidad del hecho anoticiado, -en cualquiera de sus fases negativas, sea atipicidad, justificación, no culpabilidad o no punibilidad.- b) La segunda y muy cercana, alude a la misma decisión pero en base a criterios de oportunidad y prioridad, vgr. bagatela, *poena naturalis*, mera cuestión patrimonial etc., ya citados.-

En estos dos supuestos, y confirmada la resolución por la Fiscalía de Coordinación, ante la oposición de quien aparece como víctima, se halla la innovación del proceso adversarial de nuestra provincia, la potestad de que la víctima, -regla de competencia-, de que continúe la acción mediante su conversión en Privada, es decir en lo que se conoce en dogmática procesal como "Querrela autónoma", Art. 210 in fine CPP.-

Como hipótesis c), se trata de

las situaciones de Conciliación concluida que poseen el sello de definitividad material de la solución composicional, -salvo incumplimiento,- (tercer párrafo de la norma aludida).-

Y finalmente en cuarto lugar, d), se halla en caso frecuente que nos ocupa y que debe ser netamente diferenciado de los anteriores, y es el antiguo Archivo, -antaño también denominado eufemísticamente reserva-, que es en realidad una declaración de insuficiencia probatoria, sea en su premisa fáctica o en la "*adequatio legis ad factum*", que no es definitiva sino que puede modificarse si aparecen nuevos elementos, es decir enfáticamente provisoria y pasible de reapertura en tanto acaezcan estas nuevas probanzas.-

La diferencia con las anteriores es sustancial y no puede, -por ignorancia o ligereza- pasarse por algo. A contrario de aquellas, aquí no se vislumbra en absoluto una decisión del MPF de no investigar, ni que sea obvia la no ilicitud, inculpabilidad o exención de pena, sino que todo ello no puede fundarse con el rigor mínimo que una apertura de la etapa de plenario requiere.-

Por ello aquí no corresponde una eventual conversión de la acción, porque nunca el MPF se ha de desentender de un hecho en el que se alega, -aunque no existan probanzas-, la vulneración de Derechos Humanos por parte del Orden Normativo en la función de seguridad ciudadana. De allí que la alegación de la Querrela a la "Violencia Institucional", "Uso racional de la fuerza" o "Deber Estatal de investigación exhaustiva", para quienes tanto en la Academia

como en la praxis judicial hemos bregado por la aplicación de la tutela Convencional ciudadana, resulta cuanto menos inútilmente redundante, (confr. la causa conocida como "causa Gorosito" "**RODRIGUEZ, Lisandro L. M. – SALVADOR, Diego J. – LOPEZ, Jesús S. - s/Secuestro coactivo - s/RECURSO DE CASACIÓN/Rec.Extraord.**" , del 8/10/14, entre muchas).-

V.- Efectuadas estas imprescindibles precisiones conceptuales, debemos concluir en los Fiscales intervinientes han desarrollado una ingente tarea investigativa, recabando testimonios, informes periciales y documentales los que son exhaustivamente volcados en la resolución en crisis, y ~~la~~ cuya producción ha intervenido activamente la Querrela desde inicio, -y obvio puede continuar aportando elementos novedosos bajo condición de su pertinencia.-

Pero es evidente que además de la confusión conceptual señalada *supra* aparece aquí una frecuente falacia, -en su sentido amplio de *"un argumento no razonable o racionalmente no convincente, es decir que, aunque puede ser válido, contiene un error inferencial por violar uno o más criterios de buena argumentación..."* (confr. Monserrat Bordes Solanas, en "Las Trampas de Circe", ed catedra/teorema, barcelona, 2011).-

El yerro argumental, seguramente derivado de su postura partiva "a outrance", es la de colocar como premisa mayor del silogismo, -expresamente o de modo entimemático-, la conclusión anticipada; en el caso se postula que se trató de un homicidio agravado, prácticamente

un "fusilamiento" ante alguien desarmado, lo que vulgar y tristemente se ha conocido como "gatillo fácil". Es decir se coloca como premisa mayor indebidamente lo que se debe probar, de modo que toda premisa menor confirma aquel sesgo .-

Como bien sostienen los Fiscales actuantes, el contexto conflictivo y altamente riesgoso para la vida de los vecinos del Barrio Capibá, con enfrentamiento armado entre grupos antagónicos se halla plenamente demostrado, al igual que la intervención policial ante el pedido de auxilio a través de la División 911.-

A la vez, también se halla demostrado que Guzmán lejos de acatar la intervención funcional en ejercicio legítimo del deber, es decir el deber de tolerancia que tiene todo ciudadano hallado en flagrancia incurso en los ilícitos dolosos de Abuso de Armas, o tentativa de Homicidio, o en subsidio Portación ilegal de arma de fuego, continuó disparando su arma contra aquellos.-

Esta conducta ya realizaba el ilícito de Atentado o Resistencia al obrar legítimo Funcional. Si bien es verdad que todo ciudadano aún en flagrancia no tiene el deber de obedecer a la detención, -no comete desobediencia con la mera fuga-, no puede alegar defensa necesaria ante la aprehensión y, por sobre todo, no puede disparar su arma contra los funcionarios ya que allí agrava su ilicitud anterior en concurso real, como dijimos supra.-

Claramente, de no haber acaecido este fatal y lamentable final, -aún que hubiese

resultado herido-, el proceso no habría transitado por el ámbito de la tentativa de Homicidio calificado en contra de los funcionarios policiales, sino en pro de los ilícitos dolosos aludidos supra.-

Al menos con la prueba producida hasta aquí, los funcionarios se hallaban obrando dentro del permiso fuerte del ejercicio legítimo del Deber, art. 34 inc. 4to CP.-

Debemos recordar que las causas de justificación son como dice Jakobs: "*... motivos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable solo en consideración a su contexto, o sea a la situación de justificación*" (confr. Der. Penal, AT, pág. 419).-

El comportamiento justificado no muestra falta de motivación jurídica dominante, de allí que se hable generalmente del principio de que "*el derecho no debe tolerar lo injusto*", y que ya en la legítima defensa, se hable de un principio social: la afirmación del derecho, y de un fundamento individual: la autonomía o la no obligación de soportar lo injusto.-

Es que la conducta justificada no es menos legítima que la atípica, y lo único que cambia es la lógica de la comunicación al ciudadano. En la tipicidad se le comunica cual es el espacio de deber en general prohibido; en la justificación se le comunica que en determinados contextos

particularizados un hecho en general prohibido estará legitimado.-

Era más efectista que cierta la objeción de Welzel o su entonces discípulo Hirsch, de que *"no es lo mismo matar un mosquito que un hombre en legítima defensa"*. Obviamente no lo es en términos existenciales, psicológico o sociológico, pero es tan ajena al ilícito penal una como la otra. (confr. por todos, Silva Sanchez, J. "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo" , ed. JMBosch, pag. 323 y sig.; idem. Pawlik, M "Ciudadanía y Derecho Penal, ed. atelier, 2016, pag. 82 y sig.; la discusión en la clásica obra de habilitación de Hirsch, "La doctrina de los elementos negativos del tipo penal", de 1960, recién traducida, ed. a.c. del Prof. E. Donna, Rubinzal, 2006).-

Este concepto de "tipo de injusto" o injusto global torna innecesaria una distinción tajante entre antinormatividad y justificación, con su consecuencia de teoría estricta de la culpabilidad, -afirmado el dolo de tipo todo error sobre la permisión es de Prohibición-. Se vuelve también innecesaria la creación de categorías ad-hoc como la "tipicidad conglobante" de Zaffaroni, ya que ninguna diferencia existe en tratar el Ejercicio del Deber, no como atipicidad conglobante sino como tipo permisivo, -en atención al contexto-.-

Y en el discutido problema de la relación entre la Permisión del Actuar de Autoridad y la Legítima Defensa, entendemos le asiste razón a Roxin en que no hay entre ellas una relación de alternatividad que excluya

necesariamente a la otra, sino precisamente una zona normativa de conjunción concurrente.-

En su argumentación afirmativa, Roxin señala que el paragr. 32 del StrGB "...fundamenta directamente también derechos de intervención de la autoridad..."; que las regulaciones especiales de las leyes policiales no son una restricción de legítima defensa de terceros, "...sino que sintetizan en forma de indicación manejable y concretada lo que en el caso normal de la legítima defensa es necesario y está requerido o indicado..."-.

Y ejemplifica el maestro de Munchen, que cuando se prohíbe el uso de armas de fuego para delitos menos graves, en los que el autor no va provisto de estas, es porque debe entenderse que un policía bien instruído debería poder solucionar el asunto. Las regulaciones del derecho policial, describen "...de un modo fácilmente asequible a los policías los resultados a los que también conduce una interpretación razonable del derecho a la legítima defensa...", lo que no excluye en situaciones que vayan mas allá del tenor, la aplicación complementaria del citado paragr. 32 StrGB, -nuestro art. 34 inc. 6º CP. (confr. exhaustivamente, Roxin, C. Derecho Penal, pag. 656 y sig.; en contra, aunque no aplicable a nuestro caso, Jakobs, G. Derecho Penal, pag. 478 y sig.)

No se trata de desconocer que la legitimidad de la violencia estatal está sujeta a las reglas específicas del estricto marco funcional, -Ley 5654-, como dice Jakobs, "...a fin de perfilar con mas nitidez la

proporcionalidad de la actuación estatal y la protección de la vida como cometido estatal...", lo que no pondría en juego quien se defiende privadamente y de allí su mayor extensión (ob. y pag. cit.).-

Se trata como bien dice Zaffaroni, no de un ámbito de intervención menor que al habitante común, sino que se les exige -como deber-, una mas ajustada valoración ex-ante de la necesidad de la defensa, por la profesionalidad, que impone una estricta economía de la violencia. Pero a salvo de correcciones derivadas del deber Institucional, ej. deber de tolerar injurias o insultos, persuasión, etc-, "...los funcionarios conservan el derecho a la legítima defensa propia que asiste a todo habitante" (confr. Der. Penal, pag. 588).-

Parafraseando al ejemplo de los rockeros de Roxin, nadie podría dudar que si un grupo de "barrabravas", armado con cuchillos arrincona a un policía, éste podría disparar contra ellos, o al revés el funcionario podría dispararles en auxilio de otro, sea policía o no. Es obvio que materialmente coinciden ambas conductas de salvamento, no porque el funcionario tenga el "deber" de matar, sino porque la afirmación del Derecho no puede llevarse a cabo de otro modo que en el deber de tolerancia del agresor a la repulsa.-

Pues bien, en el Ejercicio Legítimo del Deber del funcionario policial, la legitimidad del derecho de Intervención en pro de la afirmación del Derecho, está supeditada a la observancia de las reglas -Ley 5654-, la que en su art. 12, concuerda materialmente con los requisitos

de la tipicidad permisiva del art. 34 inc. 6º CP.-(confr. por todos, Roxin, ob. cit. 734 y sig.)

Así la posibilidad de coacción armada está supeditada a que haya agotado todos los medios de persuasión para convencer a un infractor y a ser agredido, dentro de lo estrictamente necesario para mantener el principio de autoridad.-

Por ello es correcto el análisis pormenorizado del resolutivo en crisis, en el sentido que el contexto de agresión hacia vecinos y luego hacia los funcionarios policiales nunca cesó por parte de Gusmán quien siempre fue agresor y continuó apuntando y disparando su arma de fuego contra ellos.-

Todo posible exceso extensivo del obrar justificado supone el dato lógico y normativo de que el agresor haya cesado su accionar ilícito, todo lo cual debe examinarse "ex ante".-

Recién ante el cese de la agresión, ergo el arrojar su arma, levantar las manos evidenciando esta situación, aún cuando continúe la fuga del lugar, es cuando cesa la necesidad de la coacción legítima por parte del funcionario en continuar disparando para lograr la aprehensión, es decir recién allí con restricción operativa.-

En modo alguno es posible efectuar el razonamiento groseramente errado de partir de una visión "ex post" que de manera análoga a un "versari in re illicita" atribuya por el solo efecto luctuoso un homicidio calificado funcional o su tentativa si no ocurría la muerte.-

Elo es crasamente contradictorio con el ordenamiento jurídico que ha decidido en ejercicio de la soberanía de protección ciudadana, la prohibición de la portación de armas y la autodefensa armada preventiva, atribuyendo el monopolio de tal acción a las fuerzas de seguridad.-

El aludido contexto de violencia armada, las constancias periciales, vgr. distancia, dirección etc., que echa por tierra la versión de varios testigos mendaces sobre un "fusilamiento a quemarropas" a la víctima desarmada, y demás argumentos que esgrimen los Dres. Ramírez Montrul y Badano, a los que nos hemos de remitir al compartirlos "*in totum*", llevan a la forzosa conclusión provisoria de que no existen elementos probatorios para llevar esta causa a Juicio Plenario, sin perjuicio de que ulteriores probanzas puedan modificar dicho *statu quo* .-

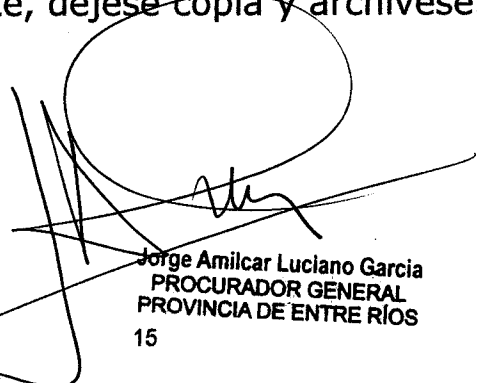
Por todo lo expuesto,

RESUELVO

I.- Confirmar el resolutivo de Archivo de fecha 4 de noviembre de 2020, sin perjuicio de que ulteriores probanzas permitan avanzar en la hipótesis que plantea la Querella, art. 210 2do. párrafo del CPP.-

II.- Notifíquese a través de la Unidad Fiscal interviniente, déjese copia y archívese.-

solucionario : "cu" ; ush .


Jorge Amilcar Luciano Garcia
PROCURADOR GENERAL
PROVINCIA DE ENTRE RÍOS