



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

**SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR**

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 63

Año: 2020 Tomo: 3 Folio: 601-611

EXPEDIENTE: 3488443 -  - LUNA, DAVID EMANUEL - MURUA, ARMANDO MARTIN - CAUSA CON IMPUTADOS

**SENTENCIA NUMERO: SESENTA Y TRES**

En la ciudad de Córdoba, a los nueve días del mes de marzo de dos mil veinte, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos **“LUNA, David Emanuel y otro p.ss.aa. robo calificado por el uso de arma de fuego operativa, etc. -Recurso de Casación-”** (SAC 3488443), con motivo de los recursos de casación interpuestos por el Dr. Carlos Hairabedian a favor de Armando Martín Murúa y por el Sr. Asesor Letrado del 25º Turno, Jorge Omar Cassini, en favor de David Emanuel Luna; en contra de la Sentencia número setenta y ocho, de fecha diecinueve de diciembre del año dos mil dieciocho, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Quinta Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por el señor Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1). ¿Ha sido correctamente calificado el hecho atribuido a Armando Martín Murúa como homicidio con exceso en el legítimo ejercicio de su cargo (art. 80 inc. 1º CP)?
- 2). ¿Ha sido debidamente individualizada la pena del imputado Luna?
- 3). ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Sebastián Cruz López Peña, Aída Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati.

### **A LA PRIMERA CUESTION**

#### **El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:**

**I.** Por Sentencia número sesenta y ocho, de fecha diecinueve de diciembre del año dos mil dieciocho, la Cámara Criminal y Correccional de Quinta Nominación de esta ciudad de Córdoba resolvió, en lo que aquí interesa: *“I. Declarar a David Emanuel Luna, de condiciones personales de figuración en el exordio, autor culpable del delito de Robo Calificado por el uso de arma de fuego cuya operatividad no ha sido acreditada en Concurso Ideal con Robo agravado por la participación de un menor (arts. 166 inc. 2do, tercer párrafo, 164, 41 quáter y 54 del Código Penal), por su obrar en el hecho de la acusación e imponerle la pena de cinco años de prisión con accesorias legales, declaración de reincidencia y costas (arts. 12, 40, 41, 29 inc. 3 ° y 50 del CP y arts. 550 y 551 CPP). II. Declarar a Armando Martín Murua, de condiciones personales ya relacionadas, autor culpable del delito de Homicidio con exceso en el legítimo ejercicio de su cargo (arts. 79 y 35 en relación a los arts. 34 inc. 4to y 84 del Código Penal) por su obrar en el hecho de la acusación e imponerle la pena de dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para portar, tener y/o usar armas de fuego por el término de cinco años, con costas (arts. 40, 41, 26, 29 inc. 3 ° CP y arts. 550 y 551 CPP), imponiéndole por el término de dos años la obligación de fijar y mantener domicilio, comparecer toda vez que sea citado y someterse al control del Patronato de Liberados (art. 27 bis inc. 1 CP)”* (ff. 812 vta./813).

**II.** Contra dicha resolución, el Dr. Carlos Hairabedian, defensor de Armando Martín Murúa, deduce recurso de casación invocando el motivo sustancial -art. 468 inc. 1°- (ff. 817/819).

Luego de transcribir el hecho por el que se lo acusó a Murúa argumenta que su defendido obró sin exceso alguno. Transcribe las manifestaciones de Oberlin y destaca la afirmación

contundente del testigo sobre que Murúa “disparó sin pararse a apuntar”. Dice que ello debe leerse conjuntamente con el informe interdisciplinario del que surge que tanto el fallecido como Murúa se encontraban en constante movimiento por un terreno con desniveles y que la distancia entre ambos puntos es de 63.20 mts. Agrega que todo el cuerpo del menor al momento del disparo era un blanco posible dado que no había elementos físicos que obstaculizaran la visión (f. 818).

Agrega que Murúa no era un policía típico en operaciones sino que, junto a su familia era un feligrés que colaboraba en las tareas del padre Oberlin. Además señala que fue el padre Oberlin quien lo seleccionó para contribuir a su seguridad cuando la autoridad gubernamental le exigió que debía tener un custodio. Seguidamente rememora cómo fueron las circunstancias que derivaron en que se asigne un custodio a Oberlin (f. 818 vta.). Opina que “se manda a los policías a ‘solucionar’ o ‘afrontar’ una conflictividad que no han generado y para la cual no están preparados... el policía es usado como último eslabón y escudo de un conflicto, y deben poner el cuero o exponerse a situaciones de alta conflictividad que no generan ellos, sino las políticas ineficaces de las que ellos y sus familias también son víctimas” (f. 818 vta.).

Finalmente se pregunta si es necesario que le disparen al custodio que corre para que su acción sea justificada, si debe esperar a convertirse en posible víctima. Arguye que el cumplimiento del deber a su cargo no le impone ese grado de sacrificio o exigirle que se auto-inmole, lo que constituiría una alternativa suicida. Pide que se case la sentencia y se califique la conducta de Murúa como homicidio justificado por legítimo ejercicio del cargo (ff. 818 vta./819).

**II.1.** Con arreglo a la jurisprudencia invariable de esta Sala (sostenida desde "Paredes", 26/5/1972), una vez que se declara abierta la competencia por la vía del motivo sustancial de casación, este Tribunal tiene la potestad para efectuar la correcta solución jurídica del caso bajo examen, aun valiéndose de argumentos distintos de los esgrimidos por el impugnante,

siempre que deje incólumes los hechos fijados por el *a quo* en la Sentencia de mérito, que no viole la prohibición de la *reformatio in peius* y no vaya más allá del agravio presentado.

2. Aquí el problema a resolver se ciñe al correcto encuadre jurídico del hechos atribuido a Murúa, en concreto debe indagarse si resultó apropiado haber subsumido su conducta en la figura penal del art. 35 del CP.

3. El sentenciante consideró acreditados suficientemente el siguiente hecho:

*“El día veintidós de diciembre de dos mil dieciséis, siendo las 18.30 hs. aproximadamente, en circunstancias en que Mariano Oberlin (párroco) se encontraba desmalezando un predio abierto ubicado en la parte posterior de la Iglesia Crucifixión del Señor, sita en calle Berutti nro. 3698 de barrio Müller de esta ciudad de Córdoba, se apersonaron al lugar con fines furtivos Lucas Leonel Rudzicz (menor de 13 años de edad al momento del hecho -fallecido-) y David Emanuel Luna, portando sendas armas de fuego, un revolver calibre 38 corto, el primero y presumiblemente un arma de fuego tipo revolver el segundo, ocasión en la que ambos se dirigieron a Oberlin y tras esgrimir aquellas en modo intimidatorio, apuntándolo con las armas de fuego, se apoderaron ilegítimamente de la motoguadaña marca STIHL, modelo FS 280, con arnés color negro de la misma marca y del teléfono celular BlackBerry z30 color negro, perteneciente a la línea 3512015744, propiedad de Oberlin, a la vez que le exigieron la entrega de dinero (billetera), tras lo cual le manifestaron “corré”, mientras continuaban apuntándolo, alejándose Oberlin corriendo en dirección al playón. Que al ser advertido ello por el incoado Sargento Ayudante Armando Martin Murua, quien realizaba la custodia personal de Oberlin, este portando su arma de fuego reglamentaria, pistola 9 mm marca Taurus, matrícula TZJ 16312, se dirigió hacia el menor Lucas Rudzicz, y el imputado David Emanuel Luna, en voz alta, sin poder precisar lo manifestado a éstos, mientras salía en persecución de los mismos, quienes se daban a la fuga, con la res furtiva en su poder en dirección a calle French, ocasión en la cual el incoado Murua excediéndose en los límites que le imponía el ejercicio de su cargo efectuó a una distancia aproximada a los 63,20*

*metros de los sujetos, a la carrera presumiblemente dos o tres disparos con su arma reglamentaria en dirección a los nombrados, uno de los cuales impactó en el cuerpo del menor Lucas Rudzicz, más precisamente en la región parieto-occipital izquierda del cráneo (región posterior del cráneo), produciéndole las siguientes lesiones: Herida de entrada de proyectil de arma de fuego, circular, de 6x6 mm, con halo contuso de fisch de 10 mm de diámetro, localizada en región parieto-occipital izquierda del cráneo (región posterior del cráneo); Herida de salida de proyectil de arma de fuego en ojo derecho (globo ocular derecho contuso, desgarrado y colapsado), con desgarramiento del párpado superior, que ocasionaron el deceso del mismo, siendo la causa eficiente de la muerte “LA HERIDA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO EN EL CRANEO”, conforme conclusiones de protocolo de autopsia nro. 1486/16. No obstante ello, el incoado David Emanuel Luna logro darse a la fuga del lugar, llevándose consigo el teléfono celular del damnificado Mariano Oberlin”.*

4. Al tratar la segunda cuestión el *sub iudex* consideró que ese hecho atribuido al imputado Murúa configura, en lo que aquí ha sido cuestionado, el delito de homicidio con exceso en el legítimo ejercicio de su cargo (arts. 79 y 35 en relación a los arts. 34 inc. 4to y 84 del Código Penal). Justificó que dicho encuadramiento legal indicando:

*“Como primera aproximación, debo afirmar en forma enfática que la calificación legal propiciada por el Acusador privado, no se adecua a la plataforma fáctica, no resulta congruente con el hecho de la Acusación, tanto como está fijado en el Requerimiento Fiscal de Citación a juicio, cuanto al que tuvo por establecido el Señor Fiscal de Cámara en su alegato. Para llevar agua para su molino, el querellante debió solicitar al Ministerio Público Fiscal que amplíe la Acusación, pues tratándose de un querellante adhesivo no está facultado para hacerlo en forma autónoma (arts. 7, 8, 91, 94 y 388 CPP). En tal sentido cito la obra de José I. Cafferata Nores y Aída Tarditti, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado”, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, tomo 2, pág. 198/199, nota al art. 388 CPP, donde se enseña: “El fiscal del juicio (no se autoriza a hacerlo al querellante) podrá*

*ampliar la acusación, cuando advirtiera, sobre la base de las pruebas recibidas en la investigación preparatoria, en la investigación suplementaria (art. 365) o en el debate, la concurrencia de (...) circunstancias agravantes (objetivas o subjetivas) no contenidas en la acusación originaria (art. 355). La ampliación debe efectuarse en el curso del debate, esto es, desde su apertura hasta antes de la decisión final...” (el destacado es propio). Lo expuesto, no amerita mayores consideraciones en torno a la impetración por parte del querellante para que se aplique una calificación legal que supone la acreditación de circunstancias de hecho no contenidas en la Acusación, como lo es el “abuso” en el ejercicio de la autoridad o cargo, circunstancia no contenida en la pieza acusatoria ni en el alegato del titular del Ministerio Público Fiscal.*

*De acogerse la pretensión de la parte querellante, se infringirían resguardos tanto constitucionales como convencionales, como lo son el debido proceso legal y la defensa en juicio (CN, arts. 18 y 785 inc. 22; Convención Americana Pacto San José de Costa Rica, art. 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14; Const. Pcia. de Córdoba, art. 39 y 40).*

*III. Sentado ello, cabe analizar si Martín Murua obró dentro de los límites de una causa de justificación o si los exorbitó.*

*Conforme se ha tenido por acreditado el hecho en la respuesta a la cuestión precedente, el sometido a juicio Murua al tiempo del hecho revestía (y aún reviste), la calidad de personal policial con el rango de Sargento Ayudante, se encontraba a cargo de la custodia del padre Oberlin, dispuesta por el gobierno provincial, y al advertir que su custodiado era asaltado por dos sujetos armados, y que uno de ellos lo apuntaba con su arma de fuego, mientras el cura corría en la dirección en la que se encontraba Murua, y los autores de la sustracción se daban a la fuga con la res furtiva, salió en persecución de éstos, ocasión en la cual luego de gritarles, realizó a la carrera dos disparos con su arma reglamentaria pistola 9 mm marca Taurus; el primero, de advertencia; el segundo, en dirección a los sujetos (Luna y Rudzicz) a*

*una distancia aproximada a los 63,20 metros, sin detenerse en ningún momento para hacer puntería.*

*Queda claro que Murua, en cuanto personal policial, estaba habilitado tanto para perseguir a los delincuentes que acababan de cometer un delito y evitar que éste llegara a consecuencias ulteriores, cuanto a realizar la aprehensión en flagrancia, a la que está autorizado también cualquier ciudadano. En ese marco, podía también dar la voz de alto y de ser desoída, usar el arma reglamentaria, hacer un disparo de advertencia y hasta disparar para lograr sus propósitos. No puede quedar ajeno al análisis que los dos sujetos que perseguía llevaban sendas armas de fuego y en el momento de los hechos, Murua no podía saber si las armas eran operativas, o si estaban cargadas; ni la edad del más joven; tampoco si de un momento a otro uno de los autores decidiría finalmente dispararle. Es en ese marco que Murua disparó; como ya se dijo, iba corriendo con el brazo extendido, persiguiendo a dos sujetos que también corrían; en ningún momento se detuvo para hacer puntería; hizo un primer disparo de advertencia y el segundo -direccionado hacia donde fugaban los cacos-, impactó en la cabeza del menor inimputable, provocando su deceso. Ello torna desproporcionado el actuar de Murua en relación al modo de repeler la agresión conforme lo exigido por las circunstancias, al no haber tomado las previsiones para no impactar en zonas vitales de los sujetos, o disparar hacia el suelo o los costados para evitar el infausto resultado, por lo que, con su accionar excedió los límites de la necesidad que las circunstancias imponían.*

*Pero ello se debió a un error de cálculo o de apreciación de las circunstancias, no puede de ningún modo decirse que hubiera abuso de su parte. En tal sentido, resulta de gran relevancia los resultados de la pericia practicada por la Arquitecta Karina Horrocks y el perito balístico Raúl Roberto Galione quienes llevaron a cabo la pericia interdisciplinaria que luce agregada a fs. 384/399. En el juicio explicaron los alcances del informe de su coautoría; dijeron, palabra más, palabra menos, que el disparo que impactó en la humanidad*

*de la víctima fatal fue realizado a 63,2 mts.; señalaron que si ambas personas estaban en movimiento, a esa distancia graficar el momento exacto del disparo es imposible. Bastaría que la víctima girase medio centímetro la cabeza, y el ángulo de tiro cambiaría por completo y del mismo modo pasaría con el tirador. Este centímetro del que hablamos que puede provocar el mínimo movimiento del tirador, de la víctima o de ambos, es muy poquito para diferenciar a la distancia si se va a impactar en la cabeza, el cuerpo o las extremidades. Es tan milimétrica la diferencia que es muy difícil conciliar con hacer puntería. Estamos hablando no sólo de la percepción del tirador que a esa distancia vería muy pequeña la figura humana, sino también de agudeza visual y habilidad. A 60 metros el tirador vería a la persona de unos 2 cm, por lo tanto, no es tan fácil apuntar a una parte determinada de la persona, el disparo sería a un bulto.*

*Al respecto cabe señalar que el ejercicio legítimo de un cargo implica "...el ejercicio del propio poder de decisión o ejecución correspondiente a un cargo público". "El ejercicio del cargo debe ser legítimo. La Legitimidad supone la legalidad del título en cuya virtud el autor desempeña el cargo y la legalidad de su ejercicio en el caso concreto. Lo primero requiere que la autoridad no haya sido usurpada (CP 246). El Ejercicio es legal si el autor obra en materia de su competencia y no lo hace con abuso de autoridad (CP 248 y 251) ni con exceso en la acción, sea en el modo o en la media de su ejercicio..." (NUÑEZ, Ricardo C. Tratado de Derecho Penal Argentino Ed, B.A., Bs. As, T I pág. 174). Asimismo, el T.S.J., Sala Penal, en Sentencia N° 184, Año 2010, en autos "AGURIRRE, Gustavo Celestino", ha sentado que: "...Las dificultades que presenta la determinación del margen de lo necesario o lo legal, a partir del cual la acción desborda el coto de lo aceptado por el Derecho en otras causas de justificación -v. gr. defensa legítima y estado de necesidad-, son significativamente menores en el caso del legítimo ejercicio de un cargo (art. 34 inc., 4° del C.P.), ya que se dispone de mayores estándares objetivos. En efecto, tratándose de un cargo público, es propio de un estado de derecho que el conjunto de atribuciones de los funcionarios resulte materia*



*reglada, con porcentajes de discrecionalidad más acotados. Máxime cuando se trata de agentes que se encuentran habilitados para el empleo de la fuerza pública para alcanzar los cometidos propios de la función... ”.*

*Por todo ello, el accionar de Murua queda comprendido en el exceso en el ejercicio legítimo de un cargo, y por ello debe atribuírsele responsabilidad en los términos del art. 35 del C.P., la cual nos ubica en la aplicación de una pena correspondiente al delito culposo”.*

5. La cuestión traída por el recurrente requiere evaluar si la conducta desarrollada por Murúa en el hecho por el que se lo condenó está justificada en razón de haber matado a Rudzicz obrando “en el legítimo ejercicio de un cargo”.

Dado que Murúa es policía y en ese momento se encontraba en funciones, más precisamente desempeñándose como custodia personal del padre Oberlin, vienen al caso las consideraciones hechas por esta Sala tanto en el precedente “Aguirre” (S. n° 184, 6/8/2010), cuanto en el fallo “Amaranto” (S. n° 492, 14/11/2016).

a. En el fallo “Aguirre” –citado en la sentencia condenatorio– se recordó que, para esta Sala, el **exceso en la justificación** (art. 35, C.P.) se configura cuando se transgreden los límites impuestos por la ley o la necesidad, al tornarse *desproporcionada* la acción en su cotejo con lo autorizado por la ley o lo exigido por la necesidad (T.S.J., Sala Penal, “Bravo”, S. n° 39, 24/05/04; NUÑEZ, Ricardo C., “*Derecho Penal Argentino*”, E.B.A., Bs.As., 1964, T. I, pág. 428).

Se dijo además que las dificultades que presenta la determinación del margen de lo necesario o lo legal a partir del cual la acción desborda el coto de lo aceptado por el Derecho en otras causas de justificación –v. gr. defensa legítima y estado de necesidad–, son significativamente menores en el caso del legítimo ejercicio de un cargo (art. 34 inc. 4°, CP), ya que se dispone de mayores estándares objetivos.

En efecto, tratándose de un cargo público, es propio de un estado de derecho que el conjunto de atribuciones de los funcionarios resulte materia reglada, con porcentajes de

discrecionalidad más acotados. Máxime cuando se trata de agentes que se encuentran habilitados para el empleo de la fuerza pública para alcanzar los cometidos propios de la función.

En consecuencia, se dijo, en materia tan delicada, la regularidad en el ejercicio del cargo debe ser analizada ponderando las pautas resultantes de la normativa aplicable, las instrucciones de los superiores jerárquicos, la naturaleza del instrumento utilizado y de la acción que el funcionario procuraba evitar o detener. Así, se consideró que:

i. El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Córdoba (Ley n° 6701, vigente al momento del hecho, hoy derogada por Ley 9235) establece que "*la Policía de la Provincia de Córdoba es una institución civil armada, **depositaria de la fuerza pública**, que tiene por misión el mantenimiento del orden y la seguridad pública, ejerciendo las funciones que la legislación establezca para resguardar la vida, los bienes y los derechos de la población*".

ii. Por su parte, la **Circular de Dependencia n° 2 del 12/01/04**, emanada de la División de Armamentos y Equipos de la Policía de la Provincia de Córdoba establece "1) *En consecuencia a los reiterados hechos accidentales que acaecen en el ámbito de la Institución, productos del manipuleo imprudente o incumplimiento de las normas elementales de seguridad, en lo que respecta al correcto uso del armamento provisto, tanto individual (pistolas, revólveres) como las armas largas con cargo a las Dependencias, y que son provistas en casos de controles vehiculares, operativos bancarios o a la dotación de los móviles, medidas éstas que han sido reiteradas oportunamente, mediante circulares o memorandum, es menester de esta Dependencia insistir en la necesidad del cumplimiento estricto de las pautas y disposiciones reglamentarias para regular las prestaciones del servicio. 2) Con el fin de prevenir lo expuesto en el punto anterior, el Personal Policial deberá abstenerse de: a) portar el armamento, en condiciones listar para ser disparadas, es decir con cartuchos en recámara; b) **Extraer el arma en forma innecesaria; contrariando***

*disposiciones legales, la prudencia, la medida, la responsabilidad y el sano criterio; d) modificar piezas o mecanismos que componen el arma, como así también su aspecto exterior (pulir, cromar); e) usar municiones que no sean las provistas por la repartición o similares, en lo que respecta a su encamisado y forma del proyectil (plomo desnudo, puntas huecas, teflón, trazantes y semiencazadas).*

Entonces, el empleo de la fuerza pública no es una cuestión puramente discrecional. Si bien por un lado no puede prescindirse de la necesidad del uso de un arma para impedir o hacer cesar el hecho que motiva la actuación funcional, tampoco pueden inobservarse las instrucciones relacionadas a determinadas armas que proporcionan las pautas a obedecer por el agente.

La expresa indicación sobre el **tipo de uso** para el que está concebida una determinada arma que se provee al personal, como así también el **modo en que debe utilizarse** y las **consecuencias** que se derivan de su empleo incorrecto, constituyen claras y dirimentes pautas en el examen de lo justificado o excesivo, ya que conforma sin dudas una de las reglas que delimitan la actuación policial.

Postular dogmáticamente la prerrogativa del uso de la fuerza pública como convalidante de toda agresión o defensa ejercidas por el empleado policial –como hace el quejoso– restando mérito a las enseñanzas e instrucciones brindadas en la formación recibida, constituye un razonamiento débilmente apoyado sobre sólo una de las variables que se conjugan en el análisis del exceso en la conducta inicialmente justificada. Por ende, deviene insuficiente para dar acabada respuesta al problema *sub examen*.

Finalmente se dijo en “Aguirre” que, de seguirse una línea argumental como la que trae ahora también el impugnante, se excluiría todo análisis que avanzara más allá de la mera constatación formal de que el policía haya causado el resultado típico en el ejercicio de su cargo. Se prescindiría, así, del contenido de éste y el alcance de sus atribuciones y deberes.

**b.** En el precedente “Amaranto”, por su parte, se dijo que tratándose de un policía quien

produjo un resultado típico con un arma de fuego existen más comedimientos en la evaluación de los requisitos de las causas de justificación.

En ese orden de ideas se argumentó que una primera aclaración tiene que ver con cuál es la clase de justificación en la que debe estudiarse el caso del funcionario que, realizando una actividad estatal, se encuentra ante una resistencia violenta que tiene competencia para repeler. Se dijo que si bien puede dudarse sobre si se enmarca en la legítima defensa o en el legítimo ejercicio de un cargo, es en esta última causal en la que deben subsumirse este tipo de casos. La razón es que “la legítima defensa de la propia persona o de terceros está concebida para el ciudadano en defensa de bienes jurídicos individuales propios o ajenos, mientras que en el legítimo ejercicio de un cargo el funcionario está realizando una actividad estatal en defensa de bienes comunitarios que le autoriza el empleo de la fuerza, bajo ciertos condicionamientos de tolerar agresiones y mayores límites para la defensa de la propia persona o inclusive de terceros” (cfme. De la Rúa – Tarditti, *Derecho penal - Parte General*, Hammurabi, 2014, t. 2, p. 115). En tal sentido, se recordó que los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* establecen límites para el empleo de armas de fuego a la defensa propia o de terceros como el “peligro inminente de muerte o lesiones graves” y autorizan el uso de armas letales “cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida” (Num. 9) –tomado de De la Rúa – Tarditti, *Id. cit.*, nota 256–.

c. Considero, en consecuencia, que ha sido correcta la manera como el tribunal ha calificado la conducta de Murúa. En efecto, dado que el policía Murua se encontraba en funciones y con la misión de cuidar al sacerdote Oberlin luego de que éste recibiera una serie de amenazas, su conducta típica debe evaluarse en función de si obedeció al legítimo ejercicio de un cargo.

Así las cosas, si bien es patente que su conducta fue una respuesta al hecho delictivo que acababa de sufrir el sacerdote y en ese sentido su accionar obedeció a las instrucciones propias del cargo que le atañían, la respuesta del policía fue excesiva. Ello se desprende de la

constatación de que efectuó los disparos cuando los delincuentes que le habían robado al párroco ya se estaban escapando. Los deberes de cuidado exigibles al policía emanan de las disposiciones citadas más arriba, y en ese sentido su obrar no fue un ejemplo de empleo de armas de fuego para la defensa propia o de terceros por el “peligro inminente de muerte o lesiones graves”. Mucho menos puede catalogarse su respuesta como una instancia de autorización del uso de armas letales “cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

En consecuencia es correcta la decisión del tribunal de calificar la conducta de Armando Martín Murúa como homicidio cometido con exceso de los límites impuestos por la ley y la necesidad en ejercicio de un cargo.

Voto, pues, negativamente.

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

El señor Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

**La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati dijo:**

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**

**El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:**

I. El Sr. Asesor Letrado Dr. Jorge Omar Cassini, defensor de David Emanuel Luna, presentó un recurso de casación cuestionando, a través del motivo formal –art. 468 inc. 2º–, la individualización de la pena (ff. 832/839 vta.).

Sostiene que se ha mensurado arbitrariamente la pena impuesta a Luna. Considera que se ha vulnerado la prohibición de doble valoración al agravar la sanción de Luna por cuanto, teniendo 30 años, seleccionó como compinche en un robo armado a un menor de apenas 13 años, y lo colocó en un riesgo superlativo. Argumenta que, justamente, el motivo de la

agravante el injusto que representa el hecho de seleccionar como compinche a un menor de edad, y en nada cambia la cuestión de que el *a quo* señale que en este caso existía una real asimetría entre el mayor de edad y el menor (f. 835). Cita jurisprudencia de esta Sala sobre el fundamento del art. 41 quáter (f. 835 vta.).

En cuanto al riesgo superlativo que según el *a quo* Luna habría hecho correr al menor, dice que el mismo no ha tenido un *plus* más allá del previsto para cualquier robo cometido con armas y un menor. Y agrega que el peligro ha tenido una entidad mínima para las víctimas puesto que las armas que llevaban se encontraban descargadas. Argumenta, al respecto, que el hecho de llevar un arma descargada no eleva el riesgo de que el imputado produzca un enfrentamiento armado como parece entender la Cámara. Además refiere que la producción de un resultado mortal dependió exclusivamente del accionar del otro imputado de la causa, Murúa (ff. 836 vta./387).

Seguidamente se agravia de la consideración agravante que el *a quo* efectuó respecto de la reincidencia específica de Luna. Señala que la reincidencia es uno de los factores más discutidos en la teoría de la pena; al respecto cita doctrina y jurisprudencia. Además manifiesta que no se puede sostener válidamente que a partir de una condena anterior por un robo con armas y participación de un menor, ese sólo antecedente vuelva a Luna un plurireiterante específico ni que la participación del menor en este hecho haya estado relacionada con algún *modus operandi* del imputado. Dice que esta circunstancia no debe ser tomada en cuenta y, en consecuencia, pide que se le imponga una pena cercana al mínimo previsto en la escala penal del concurso de delitos que se le imputa (f. 837/838).

Hace reserva del caso federal (ff. 838 vta./839).

**II.** En primer lugar, cabe señalar que el juicio en el cual resultó condenado David Emanuel Luna se desarrolló bajo la modalidad prevista en el art. 415 CPP (juicio abreviado), oportunidad en la que el sentenciante, al momento de individualizar la pena correspondiente al acusado, conforme las pautas de valoración establecidas por los arts. 40 y 41 CP, valoró

como circunstancias atenuantes que “...que el botín fue exiguo, pues el bien más valioso -la moto-guadaña- fue recuperado al quedar abatido el menor inimputable. También lo favorece su escasísimo grado de instrucción y su extracción muy humilde. Estaba en pareja al momento de la detención, tiene tres hijas mujeres de 14, 12 y 9 años de edad con la misma mujer; no las ha reconocido legalmente. Preguntado respecto a si antes de ser detenido tenía alguna ocupación, dijo que no; no hacía nada; no trabajaba y su esposa tampoco. Interrogado para que diga cómo se mantenía, respondió que “Salía a vivir de la calle, de lo que conseguía”. Añadió que cobraban el plan (AUH). Asimismo lo beneficia que ha confesado lisa y llanamente su culpabilidad, simplificando el trámite del juicio en lo que a él concierne. Como surge de sus informes de antecedentes, Luna ya ha sufrido los rigores de la ley penal pues fue condenado con anterioridad en dos oportunidades, pese a lo cual ha vuelto a delinquir con este hecho por lo que debe ser declarado reincidente (CP, art. 50). En efecto, Luna fue condenado por Sentencia nro. 23 de fecha 29/06/2010, dictada por la Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional de Octava Nominación, a la pena de seis años de prisión, adicionales de ley y costas por haber sido declarado co-autor del delito de Robo Calificado por el uso de arma de fuego operativa agravado por la intervención de un menor de 18 años de edad, en grado de tentativa, en los términos de los arts. 45, 166 inc. 2º, párrafos 1º -1er supuesto- y 2º, 41 quater y 42 del Código Penal, revocándose la condicionalidad de la condena impuesta por la Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional de Sexta Nominación, por Sentencia nro. 43 de fecha 30/08/2008 a tres años de prisión, por haber sido declarado co-autor de los delitos de Robo Calificado y Robo reiterado -2 hechos- en concurso real, unificándose la condena en la pena única de siete años de prisión, adicionales de ley y costas. Se fijó como fecha de cumplimiento total de la condena impuesta, el día 04/04/2016”. En tanto que ponderó, en su contra, “que teniendo treinta años de edad, seleccionó como compinche en un robo armado a un menor de apenas trece años, colocándolo en un riesgo superlativo. Es sabido que cuando se perpetra un hecho

*con armas de fuego, se eleva el riesgo de que exista un enfrentamiento armado, sea con la víctima o con la policía, aunque una o ambas armas estuvieran descargadas, lo que se desconoce. Esta valoración no infringe el ne bis in ídem y está autorizada, toda vez que entre el robo calificado y el robo agravado por el art. 41 quáter media un concurso ideal, que da fundamento a la aplicación de la escala penal del ilícito más grave, pero ello no impide ponderar como gravosas las circunstancias del delito absorbido, máxime cuando como en el caso que nos ocupa, la asimetría entre el mayor de edad y el menor es tan significativa y a la postre, el menor inimputable falleció víctima de un disparo proveniente de personal policial...” (ff. 810 vta./811).*

**III.1.** Ingresando al análisis de procedencia del agravio esgrimido en relación a la pena impuesta, cabe recordar que es jurisprudencia consolidada de esta Sala que resulta recurrible en casación la sentencia recaída en juicio abreviado (art. 415 del CPP) si el agravio planteado se dirige a cuestionar la pena impuesta, toda vez que esta sólo integra el acuerdo de tal procedimiento especial en cuanto a su monto máximo, pero nada obsta a la imposición de uno menor (TSJ, Sala Penal, "Varas", A. n° 321, 2/9/1999; "Bustamante", S. n° 23, 9/3/2015; "Ledesma", S. n° 493, 5/11/2015; "Burgos", S. n° 588, 22/12/2016; entre otras).

Sin embargo, he señalado *in re* "Molina" (TSJ, S. n° 294 del 27/6/2016) que la esencia de esta clase de procedimiento reside en el acuerdo entre Fiscal y acusado sobre la pena a imponer y su modalidad de ejecución, que ambos presuponen morigerada frente a lo que razonablemente se espera en caso de realización del juicio a partir del reconocimiento del imputado de su participación culpable y como contrapartida (recompensa) por la utilidad que representa para el Estado el consentimiento de este último para el trámite abreviado. También se recordó, en relación con ello, que el consentimiento válidamente prestado por el acusado siempre constituirá una expresión de lo que él cree que le conviene (Cafferata Nores, José I., *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, Del Puerto 2000, págs. 153 y ss.).

Consecuentemente, la pena impuesta y su forma de ejecución deben ser controladas por el



Tribunal en los únicos aspectos que puede abarcar ese control: que la anuencia con la pena por parte del imputado sea expresión de su libre voluntad; que la calificación jurídica contenida en la acusación, base del juicio abreviado, sea correcta; y que la sanción sea adecuada a ella por estar dentro de la escala penal prevista para ese delito, todas circunstancias que se verifican en los casos bajo examen.

Por consiguiente, extender ese análisis para abarcar el control de la fundamentación de la individualización concreta de la pena importaría un reexamen del acuerdo sobre este aspecto –al que prestara su conformidad cada imputado con el asesoramiento de su defensor–, que desvirtúa así el propósito de celeridad y descongestionamiento del sistema judicial penal que persigue el juicio abreviado.

Por cierto, ello debe ser así en la medida en que la pena impuesta debe responder a la libre expresión de la voluntad del imputado con el debido asesoramiento jurídico. Aunque el control de este punto por vía de recurso se encuentra específicamente acordado en el Código Procesal Penal de Córdoba al recurso de revisión, cuando la Sentencia condenatoria firme hubiese obedecido a algún vicio de su voluntad (art. 489, inc. 6 CPP).

No es obstáculo para lo expuesto la jurisprudencia supranacional que estatuye un recurso sobre la pena impuesta, más aún si a este recurso no se lo acuerda en el sentido amplio de revisión que la CSJN entendió corresponde en el precedente "Casal", y la CIDH exige ("Herrera Ulloa vs Costa Rica"), sino que se lo reduce a un control excepcional por causas de arbitrariedad, al entenderse que la medida de la pena es una cuestión discrecional del Tribunal de juicio, ajena al recurso de casación en principio. Y tal discrecionalidad no existe en el supuesto de juicio abreviado pues el Tribunal solo puede imponer como máximo la pena que el representante del Ministerio Público ha solicitado –previo acuerdo con la defensa y el imputado–.

**2.** Ahora bien, no obstante lo dicho, el análisis concreto de los agravios traídos a consideración me persuade igualmente de la improcedencia de las impugnaciones.

En este sentido, cabe recordar que conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala, la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del Tribunal de juicio, que sólo puede ser controlada por el de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia (TSJ, Sala Penal, S. n° 14, 7/70/88, "Gutiérrez"; S. n° 4, 28/3/90, "Ullua"; S. n° 69, 17/11/97, "Farías"; A. n° 93, 27/4/98, "Salomón", S. n° 162; 22/07/2011, "Defelippi", entre otras).

Dentro de ese margen de recurribilidad, relativo a las facultades discrecionales del tribunal de juicio, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (TSJ, Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/5/99; "Esteban", S. 119, 14/10/99; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/9/99; S. n° 162; 22/07/2011, "Defelippi", entre otros). El control alcanza el monto de la pena –posible entre el mínimo y el máximo de la escala–, cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado o incongruente en relación a las circunstancias de la causa (TSJ, Sala Penal, "Suárez", S. n° 31, 10/3/2008; "Ceballos", S. n° 77, 7/6/1999; "Robledo de Correa", S. n° 33, 7/5/2003; "Aguirre", S. n° 59, 28/6/2005).

La revisión casatoria se extiende también al monto de la pena cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, si se aprecia como incongruente conforme a las circunstancias seleccionadas (TSJ, Sala Penal, "Ceballos", S. n° 77, 7/6/99; "Robledo de Correa", S. n° 33, 7/5/03; "Aguirre", S. n° 59, 28/6/05).

Por supuesto que la arbitrariedad no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable, por cuanto tal desacuerdo no habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad atribuida en principio a otro órgano judicial (TSJ, Sala Penal, "Duarte", S. n° 37, 8/5/01; "Magarí", S. 17, 8/4/02; "Alfaro", S. 45, 27/5/04; entre muchas otras).

**3.** De una lectura pormenorizada de los fundamentos que dio el sentenciante al mensurar la pena a aplicar a Luna surge nítido que el apartamiento del mínimo de la escala (en dos años

de prisión por encima de la base –la escala penal es de 3 a 10 años de prisión y Luna fue condenado a 5 años–) se encuentra justificado.

La crítica sobre la violación del *ne bis in ídem* no tiene lugar pues el tribunal no se limitó a agravar la sanción de Luna por haber cometido un hecho de robo con la intervención de un menor de edad, sino que recalcó aspectos peculiares dentro de esa generalidad. A saber, la diferencia de edad entre Luna, que tenía 30 años y el menor Rudzicz, 13. Además subrayó el riesgo al que sometió al menor, que también escapa de la generalidad de los riesgos de convocar a un menor a la actividad delictiva. En efecto, llevó a Rudzicz a cometer un robo portando armas, lo que incrementa las probabilidades de que si se les opone resistencia esta sea más agresiva (y de hecho lo fue al punto que Rudzicz perdió la vida). Que las armas no hayan estado cargadas no disminuye dicho riesgo pues, para el argumento proporcionado para agravar la pena, lo importante es que los delincuentes aparentaban estar provistos de armas de fuego.

Sobre la reincidencia específica y la posibilidad de ponderarla de modo agravante, esta Sala se ha pronunciado en otras oportunidades negando la arbitrariedad de calificar de este modo tanto la reiteración específica (“Juncos”, S. n° 409, 10/9/2015; “Heredia”, S. n° 100, 12/4/2018), cuanto la reincidencia (“Cayo”, S. n° 56, 22/6/2006; “Barraza”, S. n° 198, 2/8/2013). La crítica, entonces, debe también ser rechazada.

**4.** Por todo ello, la justificación de la pena de cinco años de prisión impuesta a David Emanuel Luna no resulta de ningún modo arbitraria o incongruente con el material recabado en la causa.

Así voto.

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

**1.** Adhiero al análisis y las conclusiones de fondo que da el Vocal preopinante en base a las cuáles rechaza las pretensiones recursivas entendiendo que el Tribunal ha ejercido razonable y legalmente las facultades discrecionales con las que cuenta en orden a la determinación

judicial de las penas impuestas.

2. Sin embargo quiero dejar a salvo mi criterio discrepante expresado *in re* "Molina" (TSJ, S. n° 294, 27/6/2016) acerca del alcance del recurso de casación en relación a la fundamentación de la pena en el juicio abreviado, en consonancia con la jurisprudencia anterior de esta Sala y la desarrollada por la CorteIDH en esta materia.

Tal como se ha señalado en el voto precedente, el acuerdo del art. 415 CPP sólo se relaciona con el monto máximo de la pena que se puede imponer al encausado dentro de la escala prevista para el delito respectivo. Por consiguiente, es posible que, como ocurre en autos, el acuerdo recaiga sobre un monto punitivo superior al mínimo legal. En esos casos, el Tribunal igualmente deberá individualizar la pena que imponga dentro del marco más reducido que le quede entre el mínimo legal del delito respectivo y el límite máximo fijado por el monto punitivo acordado. Y esa actividad comportará una labor discrecional de mensuración de la pena similar a la de cualquier otra clase de procedimiento. Por ende, igualmente sometida a la exigencia constitucional de una debida fundamentación y su consiguiente posibilidad de control casatorio dentro del marco del derecho al recurso del imputado.

En definitiva, cuando la pena individualizada por el Tribunal de mérito en un procedimiento abreviado se halle por encima del mínimo legal previsto para el delito respectivo, aun respetando el tope punitivo máximo acordado por las partes en el procedimiento abreviado, el derecho al recurso del imputado deberá comprender la posibilidad de lograr la revisión de dicha fundamentación. Las posibilidades de un control casatorio acorde con el derecho al recurso del imputado no podrán ser reducidas al análisis sólo de la libertad de la voluntad del imputado para ese acuerdo, la corrección legal de la calificación jurídica de los hechos y el respeto en la pena impuesta del límite máxime acordado. También deberá incluir el examen de la racionalidad de dicha fundamentación.

Es que, sólo de ese modo el estándar casatorio se hallará en consonancia con las exigencias derivadas de dicha garantía constitucional –el derecho al recurso– en tanto exige la

posibilidad de un examen integral de la resolución atacada que también comprenda *"...aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración a la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial)..."* (CorteIDH "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", 2/7/2004, numeral 31).

De modo que ante la imposición de una pena superior al mínimo en un juicio abreviado, las posibilidades recursivas del imputado incluirán el análisis de la fundamentación de esa sanción impuesta para someterla al estándar de arbitrariedad propio de esa facultad discrecional, determinando su eventual invalidación por falta de motivación, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (TSJ, Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/5/1999; Bustamante", S. n° 23, 9/3/2015). Y toda restricción a esas posibilidades de revisión casatoria del proceso de individualización de la pena en supuestos como los de autos, resultará inconstitucional por las razones señaladas.

Así voto.

**La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati dijo:**

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

**A LA TERCERA CUESTION**

**El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:**

Atento al resultado de la votación que precede, corresponde:

**I.** Rechazar el recurso de casación deducido por el Dr. Carlos Hairabedian a favor de Armando Martín Murúa, con costas (arts. 550 y 551 del CPP).

**II.** Rechazar el recurso de casación deducido por el Sr. Asesor Letrado del 25° Turno, Jorge Omar Cassini, en favor de David Emanuel Luna, con costas (arts. 550 y 551 del CPP).

Es mí voto.

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

El señor Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido

**La señora Vocal María Marta Cáceres de Bollati dijo:**

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

**RESUELVE:**

**I.** Rechazar el recurso de casación deducido por el Dr. Carlos Hairabedian, a favor de Armando Martín Murúa, con costas (arts. 550 y 551 del CPP).

**II.** Rechazar el recurso de casación deducido por el Sr. Asesor Letrado del 25° Turno, Jorge Omar Cassini, en favor de David Emanuel Luna, con costas (arts. 550 y 551 del CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman este y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María

SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J