Poder Judicial

N° 488 T° LXV F° 226/253

ACUERDO: En la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, a los 12 días del mes de Octubre de 2022, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces del Tribunal de Apelación Oral, con la integración para el caso de las Dras. Carolina Hernández (quien preside); Dr. José Luis Mascali y Dra. Gabriela Sansó, a fin de dictar sentencia definitiva en el legajo judicial CUIJ N° **21-06168991-2,** seguido a **ROSALES, RAMIRO RAFAEL**, argentino, nacido en Santa Fe, el 23 de Marzo de 1990, titular del D.N.I. Nro. 35.458.430, con instrucción secundaria completa, por la presunta comisión del delito de **HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CARÁCTER DE AUTOR**, por apelación del Fallo N° 1252 de fecha 24 de Abril de 2017 dictada por el Tribunal de Juicio del Colegio de Jueces de Primera Instancia de Rosario integrado por los Dres. Juan Carlos Curto, Rodolfo Zvala y Juan José Alarcón, que lo condena a la pena de 6 (seis) años y 6 (seis) meses de prisión, e inhabilitación por 8 (ocho) años y 6 (seis) meses para realizar tareas o ejercer profesiones que impliquen la tenencia y/o portación de armas de fuego, accesorias legales y costas por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio Culposo agravado por el Uso de Armas de Fuego (artículos 12, 29, inciso 3°, 40, 41, 45 y 84 en relación al 41 bis, todos del Código Penal Argentino y 331, ssgtes. y ccdtes. y 448 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe), todo ello según constancias relativas al Legajo Judicial CUIJ N° 21-06168991-2, del registro de la Oficina de Gestión Judicial de Rosario.

Que este pronunciamiento obedece al reenvío que efectuara la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe por Acuerdos AyS T. 305 P. 127/156, T. 305 P. 157/170 y T. 305 P.171/181, todos del 23/03/2021, luego de

haber anulado el Acuerdo del Colegio de Jueces de 2da. Instancia N° 739 del 05/10/2017, mediante el cual se confirmara dicha decisión, habiendo ordenado nuestro máximo Tribunal el dictado de una nueva sentencia.

RESULTANDO: **I)** Comienza su exposición el Dr. Adrían Spelta, Fiscal del Ministerio Público de la Acusación haciendo un relato de los hechos y de las diferentes resoluciones que se dictaron en el presente proceso. Detalla que el Máximo Tribunal Provincial ya determinó que no estamos frente a un caso de culpa sino de dolo, y que lo que este Tribunal debe resolver en qué tipo de dolo encaja la conducta de Rosales.

Toma la palabra el Sr. Fiscal Dr. Miguel Moreno, entendiendo que de ninguna manera la conducta de Rosales puede ser subsumida en un accionar culposo como entiende el Tribunal de 1° Instancia. Detalla que todos los deberes incumplidos por Rosales y de los que dan cuenta ambas sentencias apuntan a un accionar doloso, pero que de manera inexplicable terminan considerando que se trata de uno culposo, siendo totalmente contradictorios y arbitrarios los fundamentos de ambos tribunales y que por ello la Corte resuelve anular.

Entiende que un disparo imprudente puede dar lugar a un accionar culposo, pero once disparos llevan a concluir que claramente hubo dolo. Expresa que los compañeros de Rosales detallan que lo ven bajar del colectivo empuñando el arma, quiere decir que ya tenía un panorama de lo que estaba ocurriendo, no es que se bajó del colectivo y sorpresivamente se encuentra con una escena en desarrollo. Agrega que debe sumarse a esta situación que es el mismo Vespucio quien pone en conocimiento que él escucha los disparos contra Jonatan Herrera. Da cuenta de diferentes escenarios donde puede plantearse un caso de negligencia policial al momento de utilizar el arma reglamentaria pero que hasta en

el peor de esos casos no se compara con el accionar de Rosales, que se dio un día domingo en horas de la tarde, con buena visión en una zona muy poblada.

Tampoco entiende que se da un caso de homicidio culposo por error en el golpe, ya que según la ubicación de Vespucio, Herrera y el automóvil de este último es imposible que desde la posición de Rosales, intentando disparar a Vespucio hubiese quedado el auto lleno de impactos de bala, siendo que nada de ello ocurrió.

Considera que el dolo de Rosales fue un dolo directo de provocar la muerte de Herrera ya que los manuales de actuación policial dan cuenta que en caso de querer accionar el arma reglamentaria contra una persona que considera que está en flagrancia o cometiendo un delito, debe efectuarse como máximo y siempre dependiendo de las circunstancias, dos disparos, pero en este caso Rosales realizó once, pero que incluso el momento en cual éstos son realizados es cuando ya Vespucio no se estaba escapando de la Policía, no representándose ningún tipo de peligro por parte de éste.

Entiende que por los argumentos que da la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, a los que hace suyos y los expuestos en su momento en el escrito de apelación y en la primera audiencia de Cámara celebrada, peticiona la revocación del fallo puesto en crisis y la condena por homicidio calificado por uso de arma de fuego y por abuso funcional en su calidad de funcionario policial previsto en el art. 80 inc. 9° del CP y se lo condene a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas del proceso. Subsidiariamente solicita que en caso de que este Tribunal entienda que la conducta de Rosales fue desplegada en cuanto a un error en la persona, colocándonos fuera del abuso funcional, solicita se lo condene a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas

por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego.

II) Corrido el correspondiente traslado a una de las querellas, a cargo del Dr. Santiago Bereciartúa, expresa agravios en representación de la madre de la víctima, Sra. Ma. Helena Herrera, adhiriendo a lo expresado por los representantes del Ministerio Público de la Acusación.

Agrega que la Resolución de la Corte determina el marco que tiene este Tribunal para resolver, que se reduce al tipo de dolo del accionar de Rosales. Considera que entrar a debatir si se trata de dolo o culpa es irse más allá de lo resuelto por la Corte Suprema y que estaríamos violando las disposiciones en las cuales se determinó el reenvío por dicho Tribunal. Resalta la obligatoriedad del reenvío, citando jurisprudencia que avalan su tesitura.

Toma el voto del Dr. Erbetta y realiza un desglose del mismo, detallando que el fallo de Cámara es anulado no por falta de fundamentación sino que la fundamentación es arbitraria, dogmática y por tanto no es una derivación razonada del derecho vigente.

Trae a colación el fallo de primera instancia en cuanto al obrar de Rosales antes de que disparara contra Herrera, detallando que no sólo puso en riesgo la vida de las personas que estaban en la calle sino la de los pasajeros del colectivo en el cual se trasladaba, dando la voz de alto al colectivo y que los propios compañeros son el reflejo de su pésimo accionar, muy lejos de ser negligente, y que ellos mismos dan cuenta de que se podía ver como Vespucio ya estaba siendo perseguido por dos móviles del CRE, no habiendo razón alguna para actuar de la manera que lo hizo. Entiende que habiendo tenido todas las herramientas y los conocimientos a su disposición para actuar de otra manera, optó por no utilizarla y actuar de manera en que lo hizo causando la muerte del Sr. Herrera.

Poder Judicial

Explica el Sr. Querellante que el voto del Dr. Erbetta va más allá y analiza la conducta debida por Rosales al ser funcionario policial, y el abismo que existe entre la conducta debida y la realizada por Rosales, da la pauta de que se genera esta situación de peligrosidad y su aceptación.

Considera el Dr. Bereciartúa que Rosales actuó bajo un dolo directo y el accionar fue claramente dirigido hacia Jonatan Herrera con los fines de provocarle la muerte.

Entiende que existen pruebas objetivas y que de acuerdo a una valoración integral y completa de las mismas llevan a considerar el dolo en cuanto al accionar de Rosales, en especial en orden a los once disparos realizados luego de que Vespucio fuera reducido, ubicado donde no podía verlo ya caído y por eso se entiende que fueron hacia Jonatan Herrera.

La querella entiende que Vespucio en ese momento se encontraba reducido en Pasaje Villar, según los propios integrantes del Comando Radioeléctrico que se encargaron de detenerlo. Estos testigos fueron Iturres y Galindo, quienes además dicen que los disparos de las PAT fueron cuando ya se había capturado y herido a Verspusio.

Rubertelli y Rodriguez declararon que de acuerdo a la ubicación es imposible que los agentes de las PAT hayan disparado a Vespucio porque directamente no lo podían ver. Otros testimonios como familiares y amigos de la víctima ratifican estos dichos.

Trae a colación que todos estos testimonios son contestes con las pruebas objetivas como fotografías y vídeos del lugar del hecho. Refiere que Leandro y Federico Herrera declaran que Brian Vespucio ya se había caído y había sido herido en la puerta de la casa de los Herrera. Que estos dos

ingresan junto con Coronel a dicha vivienda ni bien cae el primero, y que fue muy claro este último cuando refiere que una vez dentro de la casa sintió impactos sobre la pared.

Agrega que Ana Fernández relata que una vez ya detenido Vespucio se bajan agentes de policía de un colectivo por Ayacucho y comienzan a disparar como veinte disparos, siendo esta cantidad corroborada por prueba objetiva en la causa. Detalla que es también el propio Vespucio que refiere que una vez ya en el suelo aprehendido escucha disparos.

Subsidiariamente, entiende que el accionar de Rosales puede ser subsumido en la figura del dolo eventual ya que el fallo de la Corte puede ser interpretado en este sentido.

En cuanto a los dos elementos necesarios para que se configure el dolo eventual, el primero de ellos el reconocimiento como posible de la realización del tipo penal homicida, que se da por cumplidos habiendo realizado once disparos contra la humanidad de Herrera, nadie puede disparar un arma 9mm en once oportunidades y no figurarse el posible desenlace muerte.

Sólicita se condene a Rosales por homicidio agravado por abuso de función o cargo y miembro de las fuerzas de seguridad, adhiriendo a la Fiscalía en lo que respecta a los fundamentos del art. 80 inc. 9° del CP, y subsidiariamente, se lo condene a homicidio simple con dolo eventual agravado por el uso de arma de fuego a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, haciendo las reservas constitucionales del caso.

III) A su turno, el Sr. Querellante Dr. Feldman en representación de la Sra. Geissler Sabrina, madre del hijo de la víctima, pasa a expresar los agravios propios contra la sentencia cuestionada.

Poder Judicial

En primer lugar hace suyos los argumentos expuestos por los representantes del Ministerio Público de la Acusación, haciendo un raconto de los hechos, tanto en primera como en segunda instancia, y lo resuelto finalmente por la Corte Suprema Provincial.

Considera que existe un dolo que es directo y que la pena no puede ser otra que la prisión perpetua en función del art. 80 inc. 9 del CP.

Cita el voto del Dr. Erbetta y entiende que el Ministro hace una excelente valoración de la falta del sentido común que hace el anterior Tribunal de apelación ya que funda una responsabilidad dolosa pero terminan condenando por mayoría a Rosales por un homicidio culposo. Considera que el Dr. Erbetta siempre hace referencia al dolo directo, en función del carácter de personal policial que poseía Rosales, y que se encontraba con todos sus compañeros, también armados, por lo que es imposible que haya temido por su integridad física o de alguno de ellos, en una situación ya controlada.

Toma un fragmento del voto del Dr. Beltramone en cuanto a la voz de alto que omite dar Rosales, considerando que era su obligación y en cómo lo habían preparado para que actúe en estas circunstancias, pero aún así omitió todo deber funcional al que estaba obligado a cumplir y disparó once veces contra una persona inocente.

Solicita se revoque la sentencia de primera de instancia y se condene al Sr. Ramiro Rafael Rosales a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas en función del art. 80 del Código Penal, y subsidiariamente, y en caso de que el Tribunal tome la postura de que el homicidio fue cometido con dolo eventual, solicita se lo condene a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales, inhabilitación por el mismo plazo y costas del proceso, haciendo reservas

constitucionales del caso.

IV) Toma la palabra el Dr. Mariano Buffarini, por la defensa pública del Sr. Rosales, y como cuestión previa, hace las reservas constitucionales del caso por el rechazo del pedido de reproducir la pericia del perito Brachetta, que le fue notificado por correo electrónico.

Además deja aclarado que se encuentra en trámite una queja en la Corte Federal ante el rechazo del recurso extraordinario federal planteado en la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, dejando expresa constancia que la presencia en esta audiencia de apelación no significa la renuncia tácita a dicho recurso aún vigente y en trámite.

Adentrándose a la contestación de los agravios, solicita se rechacen los agravios de la Fiscalía y de las querellas.

En cuanto al fallo de la Corte, entiende que, a diferencia de lo dicho por el Dr. Bereciartúa, el mismo no obliga a este Tribunal a resolver de una manera determinada, ya que la ley 7055 determina que la Corte puede abrir el recurso y revocar una sentencia en función a tres incisos diferentes, en los casos del primero y el segundo, el art. 12 determina que si se revoca se reenvía el caso para que se resuelva en función de la doctrina constitucional aceptada. Sin embargo en este caso entiende que tanto los recursos de la querella y la fiscalía como finalmente el fallo del máximo tribunal provincial se resuelve en función del inc. 3° de la ley 7055 y ahí la ley determina que la Corte debe detallar los vicios por los cuales descalifica el fallo del Tribunal de segunda instancia y reenvía para resolver ese vicio descalificante, y aquí ese tercer inciso en función de la letra del art. 12, a diferencia de lo que dice respecto del primer y segundo inciso, anula la sentencia y reenvía para que se dicte una nueva sentencia, para resolver atacando el vicio

jurisdiccional, entendiendo que en este caso el vicio que pudo observar la Corte en una sentencia claramente dividida, es la falta de fundamentación. Hace un detalle de las diferentes instancias procesales, dando cuenta que contando este Tribunal son nueve los jueces que intervinieron. El tribunal colegiado de primera instancia entendió que se trató de un homicidio culposo, en segunda instancia otras dos juezas más siguieron dicha línea argumentativa. Detalla que la Corte no valora prueba, sino que la Corte entiende que lo resuelto por las Dras. Alonso y Depetris está mal fundamentado, incurriendo en arbitrariedad y falta de fundamentación. Asevera que la crítica no es a la valoración probatoria porque la Corte no es un tribunal que pueda llevar adelante dicho proceso, y que de ser así habría un problema que tanto nuestro máximo Tribunal provincial como nacional intentó resolver a través de la apelación horizontal. Por ello critica que este nuevo Tribunal de segunda instancia no pueda valorar con los mismos elementos u otros distintos un fallo mucho más fundado o por lo menos no dogmático o autocontradictorio y que sea válido.

Considera que el problema radica en cómo se interpreta el fallo del máximo tribunal local, ya que si su pronunciamiento indica que el accionar de su defendido es doloso, y este Tribunal no tiene otra opción que resolver de esa manera, se puede correr el riesgo con el que la Corte Nacional pero antes la CIDH pretendió resolver la cuestión del doble conforme, ya que en este caso si se interpreta de esta manera se estaría violando el mismo.

Entiende que el doble conforme, respecto a la teoría del Fallo Mohamed y luego, a nivel nacional, con Duarte, Chambla, Colman y a nivel santafesino Scalcione, refiere a que un tribunal de igual jerarquía puede resolver cuando hay una agravación a la situación del imputado y que en este caso si la Corte establece que lo realizado por Rosales recae en la figura del dolo no hay posibilidad

de tener una apelación horizontal contra la Corte y lo que se resuelva tanto ahora como en apelación horizontal terminaría siendo lo que la Corte refiere, que es doloso y la defensa de Rosales no tendría sentido alguno.

Entiende que aquí el debate es amplio, porque sino caería únicamente en determinar si a Rosales se lo condena a veinticinco años o a perpetua y esto violaría la garantía constitucional del doble conforme.

Adentrándose en los hechos, entiende que en este caso la mirada que hay que hacer debe ser realista y concreta, en la cual el estrado judicial tiene que bajar a ver y entender quiénes son los actores que participaron de este suceso.

Y entiende que ello ocurre cuando se da por sentado que Rosales por el hecho de revestir entidad policial tenía manejo de las armas y una capacitación sobre el uso de la misma, cuando se demostró y no se controvirtió la escasez de conocimiento, capacitación y práctica en el uso de la fuerza. Detalla que la creación del grupo de las PAT fue una gran creación teórica de lo que buscaba el gobierno, pero que en la realidad estos chicos ingresaron a la escuela penitenciaria con veinte años, estuvieron seis meses, porque en realidad les dijeron que la carrera policial duraba dos años y eso era para recibirse en técnico superior en seguridad, y a los seis meses con una formación absolutamente deficiente donde quedó probado en el juicio que sólo realizaron tres prácticas de tiro, les dieron un uniforme, un arma y los mandaron a la calle.

Considera que el accionar de Rosales fue claramente culposo por dos cuestiones, una quizás no tan técnica y otra en función de la prueba producida en el debate.

La lógica y el sentido común que utilizaron cinco jueces

detallan que un chico que vino de la localidad de Santa Fe, sin carrera alguna, ese día de franco, arriba de un colectivo yendo a la terminal de ómnibus para ir a visitar a su familia, ven una persecución policial y como un patrullero cruza sobre el cantero de Bv. Segui, una persona que viene corriendo disparándole a la policía, y se bajan a colaborar, cosa de la que no hay duda, aún con el máximo grado de negligencia, estamos lejos de que Rosales haya querido matar a Jonatan Herrera.

Considera que bajo ninguna lógica o sentido común podemos estar frente a un dolo directo. Pero que incluso con el dolo eventual, sabiendo que no existen parámetros determinados para poder configurarlo, tampoco hay posibilidades de poder tenerlo por configurado. Entiende que no hay duda que se baja a colaborar con el CRE para que Vespucio fuera detenido, pero que en los términos del dolo eventual Rosales no pudo haberse bajado del transporte, haber visto el procedimiento y decidir dispararle a Herrera y si termina con su vida darle lo mismo, en función de lo relatado por las querellas y la fiscalía, el autor se representa que puede matar a alguien y sigue adelante con su accionar total asume como probable las consecuencias.

Adentrándose a la valoración probatoria, el Dr. Buffarini destaca lo que cinco jueces concluyeron, que todo ocurre en una única secuencia de 44 segundos, por lo que los planteos de la querella y del MPA en cuanto a que Rosales dispara una vez que Vespucio ya había sido reducido no pueden ser tenidos en cuenta porque la fracción de segundos no puede ser evaluada de manera estanca. Y entiende que esto se refleja viendo el video del domo, se ve cómo Rosales se baja del colectivo cuando Vespucio aún estaba corriendo y su intención era colaborar con su detención.

Todo esto se encuentra corroborado por los testimonios

de Visgarra, Martinez, Rubertelli, Rodriguez y Jazmín, entre otros. Este último, también integrante de las PAT, se baja por la puerta trasera a colaborar con el procedimiento, y no sólo se pone en la línea de fuego de tal manera que recibe un disparo en la pierna, sino que además se le traba el arma, no efectuando disparo alguno, dando cuenta ello de la falta de entrenamiento. Además este testigo relata que ve a dos civiles -haciendo referencia a Vespucio y a Herrera- refiriendo que primero cae Vespucio y después lo ve caer a Herrera, dando fundamentos a la teoría de la defensa de que se trata de una única secuencia.

Detalla que al principio de la investigación Rosales es un testigo de los hechos y relata que deciden sumarse a la persecución de Vespucio, pide al colectivero que frene, se baja por la parte delantera del colectivo, ve como Vespucio le apunta y él le comienza a disparar. Que esta declaración la sostuvo en todo el proceso, incluso una vez ya en carácter de imputado. Detalla que lamentablemente Jonatan Herrera queda en la línea de fuego, pero no sólo de Rosales, sino también de todas las PAT y del CRE, porque el deceso de Herrera se produce por un disparo en la cabeza el cual provino de un arma del CRE. Detalla que la querella y el MPA nada dicen pero el testimonio de Vespucio confirma esta secuencia y así lo toman el tribunal de primera como el de segunda instancia, ya que cuenta cómo ve a un policía que se asoma por la parte delantera del colectivo, éste le apunta y se vuelve a esconder detrás del mismo, ratificando que todo ocurre en un mismo momento y que cuando Rosales aparece en escena la persecución aún estaba dándose.

En cuanto a los once disparos, el mismo es una conclusión que se da en función de indicios, no están las pruebas que así lo determinen pero el Dr. Curto arriba a la conclusión de que si el arma carga quince

vainas, le habían quedado cuatro en el cargador, entonces Rosales dispara once veces pero lo que no está probado es que Rosales haya disparado once veces contra Jonatan Herrera, no hay ninguna prueba de que la dirección de los mismos sean contra este último, solamente hay un disparo en su pierna que es de Rosales, pero ello no implica que los restantes diez, si es que los hubo, hayan sido de manera directa contra la víctima. Agrega que de así considerarlo el auto que se encontraba en la línea de fuego entre Rosales y Herrera tendría que tener al menos un impacto de bala y éste no registra ninguno.

Asevera el letrado que sumado a este dato objetivo de la realidad no tenemos la ubicación precisa de Rosales, y que mal puede sostenerse -como lo hace la Fiscalía en función de su testigo y perito Speranza- que como se encontró una vaina de Rosales en el suelo, desde allí se realizaron los supuestos once disparos. Entiende que los puntos de la Fiscalía y querella para presuponer el dolo eventual se basan en once disparos, arma 9mm y hora del día, pero que aquí esos tres elementos no son datos objetivos que ameriten considerar el dolo eventual ya que el que comete un delito de culpa con representación también dispara once veces con un arma 9mm y también en ese mismo horario pero dispara creyendo que lo puede evitar.

Considera que a esto debe sumarse la falta absoluta de profesionalismo y de capacitación policial de Rosales, hacía ocho días que estaba en funciones el equipo de las PAT, habían hecho solamente dos guardias, venían de una de cuatro días y estaban yendo a la terminal de ómnibus para volverse a sus localidades de residencia. Entiende que es mucho más lógico arribar a lo anteriormente dicho en un contexto de gravísimo error de interpretación de la situación por la que estaban pasando los policías en ese momento, que no hay duda

que esto existía, había una situación que meritaba actuar, más allá de cómo actuó cada uno. Entiende que no se puede poner a valorar su actuación como si fueran policías con veinticinco años de experiencia y con una formación de más de dos años como es la de cadete policial, siendo mucho más alto en nivel de exigibilidad, y obviamente a mayor nivel de exigibilidad, mayores posibilidades de presumir ese dolo eventual, pero en este caso concreto el nivel de exigibilidad es mucho menor y por lo tanto la presunción del dolo eventual es prácticamente nula, que es lo que pudieron observar y valorar cinco de seis jueces que estuvieron y/o observaron el debate.

En cuanto a la agravante, entiende a diferencia de lo expuesto por el Dr. Feldman, que del voto de la Corte de la mayoría no hay nada concreto respecto al dolo directo y la aplicación de la agravante del art. 80 inc. 9 del CP. Considera que la agravante en este caso no se aplica por varias razones, la primera de ella y a más de que suene contradictorio con el planteo de las partes, es que la agravante sólo puede llevarse a cabo con dolo directo y no con dolo eventual. Entiende que esta agravante exige un doble dolo, el de matar y el de aprovecharse de su función o cargo.

Agrega el Dr. Buffarini que trae una teoría que fue desarrollada en sus alegatos de clausura y que varios jueces la tomaron que es el error de justificación. Detalla que en estos casos el autor del hecho sea por torpeza, negligencia o entorpecimiento cree que actúa bajo una causal de justificación pero objetivamente eso no se produce, y esa situación es resuelta de muchas maneras según el autor que se trate, lo que es verdad es que el Código Penal argentino no da una respuesta, aunque gran parte de la doctrina como Donna, Righi, entre otros, cree que la respuesta para los errores justificantes hay que buscarla en el art. 35 del

Código Penal, porque lo que dicen estos autores es que si bien es típico y hay disvalor de acción porque las partes dicen que es doloso, a nivel de la antijuridicidad no hay disvalor de acción porque Rosales quiere bajar a colaborar, no quiere matar a nadie, creyendo que está en el cumplimiento de su deber, y esta falta de disvalor en la antijuridicidad es lo que neutraliza el disvalor en el tipo y esto es lo que hace que en el injusto doloso del homicidio como quieren pretender la querella y el MPA no hay un injusto doloso completo doloso ya que falta el elemento subjetivo de las causas de justificación. Hay algunos que resuelven estos casos diciendo que igualmente es doloso porque elimina los elementos subjetivos de la causa de justificación, por ejemplo Zaffaroni, pero este lo que hace es interpretar el Código Penal pero no da respuesta y hay un montón de otros autores, Roxin, Luzon Peña, Rafecas, Córdoba, que entienden que este caso debe resolverse como un delito culposo. El Sr. Defensor toma la teoría limitada de la culpabilidad y que la misma refiere que los errores vencibles pueden resolverse a través de una salida legal que es la única que da el código en el art 35, que regula los excesos en la causa de justificación. Concluye este punto refiriendo que para la defensa siempre se trató de un delito culposo pero que este tipo de teoría puede determinar que el delito sea doloso finalizando -como afirman las contrapartes en este caso-, en función del art. 35, que la pena aplicable sea la del delito culposo.

Subsidiariamente, y respecto del pedido de pena realizado, el mismo considera que es infundado, ya que no desarrollan -en función de lo solicitado por el art. 40 y 41- las razones por las cuales solicitan veinticinco años de prisión, considera que no debe hacerse lugar.

Por todo ello solicita se rechacen los agravios de la Fiscalía y las partes querellantes y se confirme el fallo de primera instancia de

acuerdo a como fue condenado Ramiro Rosales en el mismo, haciendo las reservas constitucionales del caso.

V) Toma la palabra el Dr. Spelta, ejerciendo su derecho a réplica, detallando que pensar que este nuevo Tribunal de apelación estaría obligado por la Corte a seguir un criterio es subestimar el fallo de la Corte, la cual sentó su criterio, como lo hicieron los anteriores tribunales.

Entiende que la ubicación de dónde realiza los disparos es la que se probó en juicio y que el auto no posee impactos de bala porque no estaba en esa dirección, sino que Herrera se fue a resguardar atrás de un árbol donde cae por las heridas que recibe.

Considera que más allá del análisis de las teorías traídas por la defensa, la realidad es que Rosales disparó su arma de fuego y asumió el resultado que ello implicaba que era poder no sólo herir sino provocar la muerte de una persona como finalmente ocurrió y sin embargo siguió actuando de dicha manera. Considera que si los policías no hubiesen tenido la capacitación respectiva no les hubiesen dado el arma.

En cuanto al error de prohibición, entiende y como él, la mayoría de la doctrina, que no estamos hablando de un civil, sino de un agente policial y que ese error podría impactar en la culpabilidad, en el reproche y por eso al analizarlo piden veinticinco años y no treinta y tres.

Seguidamente el Dr. Moreno refiere que en cuanto a la similitud de los testimonios de Rosales, como testigo y como imputado, el mismo Tribunal de primera instancia da cuenta de la mendacidad de su discurso, por lo que lejos estamos de un mismo relato homogéneo.

Y en cuanto a los once disparos dirigidos hacia Herrera,

entiende que no hay pruebas tampoco de que los mismos fueron dirigidos hacia Vespucio.

Reitera su pedido y hace las reservas constitucionales del caso.

VI) Toma la palabra el Dr. Feldman y replica que este Tribunal puede apartarse de lo resuelto por la Corte Suprema, siempre y cuando dé sus razones de por qué lo hace.

En cuanto al dolo eventual y la culpa con representación, detalla el letrado que en nuestra jurisprudencia local, sobre todo en casos de siniestros viales, ha habido condenas trocando el instituto de la culpa con representación al dolo eventual, basado en la idea y la construcción en que el vehículo que participa del siniestro se transforma en un arma, entonces desde allí estamos ante una situación de dolo eventual. Por lo que si un automóvil puede ser considerado un arma, con mucho más razón un arma tiene que ser considerada un arma.

Considera que sí está probado que disparó once veces porque Rosales tenía el arma cargada y luego de ocurrido el hecho le faltaban once vainas, así como se demostró que según las pericias Jonatan Herrera no estaba lavando el auto al momento de los disparos sino resguardándose tras un árbol por lo cual no podría haber impactos de bala en el automóvil.

En cuanto al error de prohibición y la formación policial de Rosales, en primer lugar refiere que la convicción de estar obrando en cumplimento de un deber no exime que se desarrolle ese cumplimiento del deber abusando de la función al llevar adelante la acción de cumplimento, entendiendo que ese cumplimiento del deber que blande la defensa, para Rosales, era el ultimar al

delincuente, considerando que no hay una incompatibilidad excluyente de cumplimiento del deber o convicción de que se está cumpliendo con el deber, excluyendo una modalidad abusiva en el desempeño del accionar que se desarrolla.

En cuanto al pedido de pena, en función de la calificación legal escogida considera que la pena no puede ser otra que la perpetua, en cuanto al planteo subsidiario de veinticinco años se basa en una acumulación jurídica de la calificación legal con las agravantes.

Seguidamente, se efectúa la audiencia de *visu* al Sr. Rosales y luego hace uso de la palabra la Sra. Ma. Elena Herrera, madre de la víctima. Finalizadas las mismas, los jueces pasan a deliberar,

Primera cuestión: **¿Es justa la sentencia apelada?**

Segunda cuestión: **¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en definitiva?**

Luego de un intercambio de opiniones acerca de los temas propuestos, de conformidad a la distribución efectuada para llevar a cabo el estudio de los autos, resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Dra. Carolina Hernández, Dr. José Luis Mascali y Dra. Gabriela Sansó.

A la primera cuestión los Dres. Carolina Hernández y José Luis Mascali dijeron: **1)** En primer lugar corresponde mencionar que conforme los antecedentes de la causa este tribunal interviene por el reenvío ordenado por la CSJSF al resolver los recursos de inconstitucionalidad incoados por la fiscalía y partes querellantes al establecer: *"Declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el pronunciamiento impugnado en la medida de lo dispuesto. Remitir los autos al Tribunal subrogante que corresponda para que juzgue nuevamente la causa conforme las pautas sentadas por esta Corte en el*

Poder Judicial

presente decisorio" (AyS. T° 305; Págs. 127/156; 157/170; 171/181 del 23/03/21).

El pronunciamiento anulado corresponde al Acuerdo de Cámara N° 739 del 05 de Octubre del 2017, que revisara el fallo de Primera Instancia N° 1252 del 24 de Abril 2017.

Así las cosas, y venidos los autos a consideración de esta Alzada en los términos *supra* indicados, escuchados los agravios expuestos en audiencia por los recurrentes, como así también la contestación efectuada por la defensa y evaluada la prueba rendida, confrontada con el fallo que fuera materia de impugnación (Fallo N° 1252), se anticipa que asiste razón a los impugnantes, al menos parcialmente, debiendo ser modificada la calificación legal determinada en el decisorio materia de revisión y susbumida la conducta de Ramiro Rafael Rosales en la del homicidio agravado por uso de arma de fuego, arts. 79 y 41 bis del Código Penal, por haber actuado con dolo eventual.

Cabe expresar, previo a todo, que este tribunal entiende que no se encuentra limitado en su labor revisora a las consideraciones expuestas por el Máximo Tribunal de la Provincia a la hora de revocar el anterior Acuerdo de Cámara, toda vez que, bien expresó la defensa técnica, la nulidad se centra en el déficit argumentativo del voto de la mayoría, finalmente triunfante, reenviándose para ser el caso *nuevamente juzgado.*

Así y desde esa perspectiva es que las partes expusieron ampliamente sus posturas en la audiencia del recurso, los apelantes plantearon sus quejas, insistiendo en que la conducta por la que debe responder Rosales es de tipo dolosa, dolo directo, o eventual en forma subsidiaria, bregando el asistente técnico, por el contrario, por conservar la figura culposa, o en su caso, de considerarse dolosa, se adecue la pena a establecer bajo la fórmula del art. 35 CP. frente a lo que

considera incurrió su asistido ante un posible error en los presupuestos objetivos de las causas de justificación, debiéndose utilizar por ello la escala punitiva más benigna allí prevista con apoyo en posiciones dogmáticas con las que ilustró su postura.

2) No se encuentra en discusión la responsabilización de Ramiro Rosales en estos actuados. Lo que sí es motivo de controversia es de qué manera debe responder por su conducta desplegada en el procedimiento motivo de análisis y que concluyera con la lamentable muerte de un joven inocente y ajeno a todo conflicto, Jonatan Herrera.

Tampoco está discutido el hecho en sí, es decir en cuanto a la materialidad fáctica, ya que ha quedado comprobado sin margen de duda alguna que el día del hecho que nos ocupa, 4 de enero de 2015, siendo aproximadamente las 15:15 hs, en la intersección de calles Ayacucho y Bv. Segui de Rosario, Rosales, por aquel momento personal policial con desempeño en la Patrulla de Acción Táctica, desciende del colectivo de linea en el que venia, y dispara su arma de fuego reglamentaria (volveremos sobre ésto) ingresando un proyectil en el muslo izquierdo de la víctima; proyectil que siguió su trayectoria y atravesó su arteria hipogástrica, siendo la misma mortal, -amén de la otra herida en el cráneo-, como estimó el Forense Dr. Raúl Rodríguez.

Así las cosas, ponderado el material probatorio, hemos de coincidir con la reconstrucción que realiza el tribunal A-quo en su fallo, aunque resulta contradictorio a la postre a la hora de decidir dado que todas sus fundamentaciones convergen hacia el dolo, y no así hacia la culpa y por ello deviene procedente la revocación de lo decidido.

3) En los presentes se cuenta con prueba pericial

aportada por ambas partes, (ya nos pronunciaremos sobre ello), también resulta de vital importancia las imágenes del domo captadas en vía pública, prueba testimonial, y hasta la propia declaración del inculpado.

Deteniéndonos sobre esto último, se desprende de su versión que pudo observar el procedimiento del Comando, al menos parte del mismo. Es decir observó desde el colectivo en que se transportaba que una persona corría, estaba armada, y era perseguida por móviles del Comando. Frente a ello, decide bajarse, sumándose a un procedimiento -ya iniciado- del que desconocía toda circunstancia previa y/o concomitante. Del material rendido se extrae que se baja con determinación, desenfundando su arma y dispuesto a disparar, de hecho lo hace once veces. Y también se desprende que en esa puntual situación no estaba autorizado para ello. Veamos.

Rosales en su defensa material adujo que disparó en el marco de un enfrentamiento con Vespucio. Lo mismo dijeron otros agentes de las PAT -vgracia. Rodriguez y Sosa- que mencionaron que reprimieron la agresión que les hiciera aquél, aunque resultan ajenos a este decisorio.

Así expresó Rosales "me apunta y me dispara y yo repelo la agresión". Ahora bien, coincidimos con el tribunal apelado, voto del Dr. Curto, en cuanto dicha versión defensista se encuentra enervada, por ello concluyen con acierto descartando cualquier causa de justificación en su favor.

Es dable destacar, como con atino hiciera el judicante, que Rosales en la oportunidad investigada, -no corría peligro su vida ni tampoco la de terceros-, no estaba autorizado a efectuar ningún tipo de disparo y por ello su conducta es merecedora de reproche penal. Dicho sea de paso, una conducta inicialmente injustificada clausura que pueda luego evaluarse un posible exceso en

la misma y de alguna manera estos argumentos comienzan a contestar, al menos en parte, ciertos planteos que efectuara la defensa técnica en audiencia de Cámara.

Retomando el razonamiento, dijo el sentenciante que el acusado no conocía lo que estaba pasando, sólo vio junto a sus compañeros un segmento -el final-, de la persecución a Vespucio por parte del Comando. Ello de ninguna manera lo autorizaba a pensar que estaba en riesgo o que debían intervenir efectuando algún disparo. Enfatizamos, vio a Vespucio correr y escuchó junto a sus compañeros detonaciones de armas de fugo, pero nada lo autorizaba a pensar en un peligro para sí o para terceros por cuanto venía siendo perseguido por el Comando, que efectuaba disparos por la ventanilla, tal como declaró el agente Sosa.

A su vez, Rosales, como asimismo los que bajaron junto con él, no tenían detalles acerca de lo que estaba pasando por cuanto visualizaron una secuencia repentina, fragmentada y de muy corta duración y carecían de toda información al respecto, como sí la tenían los agente del Comando. Y además no podían desconocer, lo que ocurría frente a sus ojos, que Vespucio corría de espaldas, dato que revelaba una menor peligrosidad del perseguido y potencia la falta de justificación para proceder como Rosales lo hizo. Así, concluye el judicante, nada autorizaba al acusado a descender del colectivo, desenfundar el arma y disparar.

La defensa reclama en que se repare en la declaración de Vespucio y así lo haremos por cuanto tributa al razonamiento que venimos realizando. En efecto, de la declaración de Rosales como de Vespucio se desprende que se apuntaron mutuamente, ya que este último detalla que al momento de estar en la intersección de Ayacucho y Bv. Segui le aparece un policía de la Estación de servicio, él le apunta y éste se pone detrás del colectivo, en concordancia con lo alegado por el imputado y con la posición que se le asigna, por lo que todo hace

pensar que de éste se trataba.

Y de ello surge que no hay prueba concreta que verifique el disparo de arma de fuego del perseguido hacia el policía en ese preciso momento, desde que luego se verá, el revolver de aquel sólo contenía una vaina en el alvéolo, y tal disparo pudo haber ocurrido en todo el trayecto de la huida, más precisamente hacia el Comando Radioeléctrico, por lo que es dable concluir que no había necesidad alguna de disparar su arma reglamentaria en tales condiciones, amén de que ya estaba a resguardo detrás del colectivo. No había riesgo para sí y tampoco lo había para terceras personas, tal como ponderó el A-quo, frente a una persona que corría de espaldas y móviles del Comando que venían en su persecución.

Tampoco puede fundarse que hubiera habido la obligación de actuar, es decir cumplir un deber, al disparar su arma. Si se estimara que Rosales bajó del colectivo a cumplir un deber -de colaboración en el caso-, como se aduce, las especiales circunstancias apuntadas no lo habilitaban a disparar.

Sí corresponde admitir, como exigió su defensa, que cuando Rosales dispara, Vespucio no había sido aún reducido por el Comando, lo que se desprende de la escena mencionada precedentemente; pero -aún así-, el cuadro de situación reinante, por lo antedicho, y que no le era ajeno, no lo habilitaba a disparar las veces que lo hizo.

Párrafo aparte merecen las expresiones volcadas por los agentes policiales en orden a justificar sus disparos frente a los que les efectuara Vespucio. Aquí también razona adecuadamente el sentenciante cuando no puede soslayar que el arma de Vespucio, según dijo, era un revolver calibre 22 (secuestrado y peritado) y dentro del mismo se encontró una sola vaina servida, descartándose la posibilidad de un eventual cambio de objeto -no olvidemos que la

escena estuvo contaminada- por cuanto de haber sido así en nada mejora lo hallado la situación del personal policial, más bien la perjudica. Resulta elocuente al respecto el Magistrado Dr. Curto cuando reflexiona a fs. 33/34 del fallo: *"...Martinez dice que aquél (en alusión a Vespucio) le efectuó dos disparos, lo que es corroborado por Iturres, pero este luego nos dice que Vespucio les disparaba mientras corría, para concluir, tanto Iturres, Galindo como Maria Rodríguez, que Vespucio disparó estando ya en el Pje. Villar. A su vez tanto, Rosales, Rodríguez y Sosa afirman que Vespucio les disparó. Demasiados disparos para una sola bala... además que el arma secuestrada a Vespucio tenga una sola bala disparada no era la mejor prueba de un "enfrentamiento".*

Así las cosas la conducta del aquí acusado aparece entonces precipitada bajando del colectivo de forma irreflexiva y generadora de altísimo peligro, frente al lugar en donde acontecía el evento, vía publica, en pleno día, con concurrencia de múltiples personas -se observa todo ello en las imágenes y son elocuentes *per se*-, y contrastando con la actitud de la mayoría de sus colegas que frente a idéntico cuadro situacional actuaron de manera diversa, preservando a terceras personas, y hasta sus propias vidas. Por el contrario, Rosales baja raudamente con su arma en mano, omite dar la voz de alto, y dispara en varias ocasiones, once, constituyéndose a sí mismo en un riesgo mayor al existente.

La cantidad de disparos que efectuó, es otro dato que no pasa desapercibido, y anticipamos que volveríamos sobre ello.

Esto fue probado en juicio, pese a que la defensa lo cuestiona. Sin embargo sus quejas no logran prosperar. En primer lugar los otros miembros de las PAT que declararon en el debate fueron interrogados acerca de si el arma que se les proveyó tenía el cargador completo, a lo cual todos respondieron

afirmativamente. Rosales declaró que disparó cuatro veces, pero el dato no aparece preciso y luce poco creíble, como ocurriera con otros tramos de la versión que aporta y que ya hemos analizado, al cotejar las balas intactas que quedaron en el interior, con la capacidad de carga de su pistola. Esa confrontación permite colegir que disparó once veces, tal como se afirma en la sentencia objeto de revisión. Ninguna duda puede siquiera insertarse en este punto pues, amén de aquéllas declaraciones, todas coincidentes, bien se razona en el fallo que la experiencia y la lógica indica que los agentes portan su arma reglamentaria con carga completa dado que siendo su actividad de alto riesgo y peligro, pudiendo depender su vida de una bala, resultaría insensato que no la llevaran en tales condiciones. Por otro lado de haber sido distinta la situación debió haber ameritado prueba que confronte lo antedicho, y no ha sido el caso.

En suma Rosales baja del colectivo, con determinación de disparar, lo hace once veces, en lugar poblado, altamente transitado, y a plena luz del día, sin justificación alguna para hacerlo, y sin dar la voz de alto, sumándose a un procedimiento iniciado del que desconocía toda circunstancia y termina impactando en el cuerpo de una persona inocente que estaba en el lugar, ajena a todo conflicto, produciendo su muerte.

4) Dicho ello, en orden a fundar la faceta subjetiva del tipo penal de homicidio, no puede concluirse más que: bajó con la determinación de disparar (conocimiento), y las consecuencias producidas deben serle atribuidas a título de dolo eventual por cuanto en las condiciones en que dispara, el resultado producido queda abarcado por la conducta exteriorizada.

Sabido es que el dolo no puede ser presumido, sino que debe ser probado, y en esa faena los jueces no sólo nos valemos de elementos

directos que así lo acrediten, sino que es posible y legalmente legítimo conformar el decisorio también con pautas indiciarias o indirectas en la medida de que sean convergentes y unívocas para conformar una conclusión de certeza.

El tribunal A-quo ha dicho que no ha existido en Rosales conciencia y voluntad de matar. Sin embargo, estimamos que la apreciación es otra.

En este aspecto no puede soslayarse la dificultad que se advierte ab initio para introducirnos en la psiquis de una persona imputada de un delito, por lo que la única opción que se presenta es su abordaje desde la sana crítica racional, de los elementos de prueba reunidos y lo que ellos nos indican al respecto.

El fuero interno del sujeto, tal como dijera este Colegio de Cámara en el precedente *"Schmitt"* CUIJ N° 21-06426122-0 (voto del Dr. Salvador que confirma nuestro criterio en apelación horizontal) marca la frontera que el derecho penal no puede atravesar en el tratamiento de lo subjetivo, dejando en evidencia que lo "interno" no puede constituir objeto de intervención penal. Así se dijo, y adherimos, si la diferencia entre el dolo y la culpa (es decir, si alguien tiene intención o no del resultado) está determinada sólo en el ámbito de la psiquis del autor, esto es, los grados de probabilidad del resultado aceptado o no querido por el sujeto actuante, es evidente que la solución dependerá en definitiva de la interpretación retrospectiva que el juez realice sobre la mente del autor en el intento de dilucidar cuáles fueron sus verdaderas intenciones. Por eso las teorías modernas no interpretan, ni tampoco verifican "la psiquis" del autor, sino más bien *es la propia conducta la que expresa con hechos el sentido que el autor quiso darle a su conducta.*

Es que muy bien sostiene Marina Gascón Abellan, no obstante reconocer las dificultades probatorias, que aún estos hechos subjetivos e

internos deben ser siempre constatados como hechos probados; pero dicho conocimiento es muy difícil que se de a partir de un conocimiento directo, sino indirecto por vía de la prueba de otros hechos externos (*Conf. Gascón Abellán, Marina, Los hechos en el derecho, págs. 76/ y sigtes. Marcial Pons. Madrid. Barcelona, 1999).*

Con ello adquiere relevancia la existencia de circunstancias objetivas y exteriores verificables -tales como las que fueran *ut supra* referidas-, *once disparos* en plena vía pública con personas en movimiento, que pretendían resguardarse del riesgo, como ocurriera con Herrera, y sin justificación alguna para así proceder, conociendo la posible letalidad de su accionar, tanto hacia quien corría de espaldas, como a quien pudiera encontrarse inocentemente en la vía pública, tomó la decisión de disparar en once oportunidades, asumiendo ese resultado en el marco de su conducta, con lo cual el dolo puede reputarse probado; no ya a partir de una mera presunción. Dista mucho de tratarse de un acto de negligencia o de conducta temeraria.

Dicho sea de paso se descarta que Herrera haya quedado en la línea de fuego por cuanto ningún impacto se verificó en el rodado que estaba lavando al momento de los hechos, y sí se verificó que pretendió ponerse a resguardo en el árbol donde finalmente fue hallado. Focalizamos e insistimos que no se trató de una zona descampada, sino de una altamente transitada, a plena luz del día, que sorprende a ocasionales transeúntes, que tratan de protegerse de los inesperados disparos que se sucitan.

Todas estas características de tiempo, modo y lugar que fueran relevadas, conjugadas con los requisitos de conformación del aspecto subjetivo del tipo penal conducen a considerar que la conducta de Rosales debe

subsumir en la figura del dolo, bajo la forma de dolo eventual, toda vez que resulta francamente posible considerar que Rosales se haya representado la posibilidad- valga la redundancia- de que su conducta pudiera originar un daño a terceras personas, y no obstante aún con esa representación, el mismo siguió adelante con su accionar, disparando no una, sino once veces, despreciando la probable ocurrencia del mismo, o en todo caso, colocando en un plano del azar la factibilidad de que ocurra o no.

Y ya nos hemos pronunciado al respecto en la carpeta judicial CUIJ *"Schmitt"* que citáramos, donde hemos expresado que no existe dolo si se confía que se puede evitar el resultado, sin embargo la apelación al azar no lo excluye; la seguridad en que se evitará el daño tiene que ser validada con datos objetivos. No basta el mero deseo de que la afectación no ocurra.

Y esto marca la verdadera linea divisoria entre la culpa con representación y el dolo eventual, *"toda vez que si la no ocurrencia del resultado resulta un aspecto privativo del azar, el autor debe responder a titulo de dolo -eventual-"* (Voto del Dr. Salvador en CUIJ N° 21-06426122-0 "Schmitt, Juan Carlos").

Hoy la doctrina discute la normativización del dolo, y si son dos sus elementos. Si es necesaria la voluntad o basta el conocimiento. Ya Feijoo Sanchez ("La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo" CPC N 65, 1998, pp 269 a 364), conceptualizaba al dolo como la decisión a pesar de conocer (abarcar intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que van a convertir ese hecho en un hecho típico. De esta forma, en el injusto doloso el autor se decide con conocimiento del alcance de su decisión por una actuación jurídico penalmente

relevante. Autores modernos plantean que la línea divisoria entre dolo e imprudencia la dibuja el aspecto intelectual referido al peligro de producción del resultado lesivo, aunque va a ser la "decisión" de seguir adelante conociendo aún de esa "eventual" realización típica la que la doctrina mantiene como requisito ineludible en este elemento subjetivo.

Rosales, en las condiciones que efectúa los once disparos obvió cerciorarse previamente de no poner en riesgo la integridad física de terceros, en un escenario dinámico y con personas transitando, debió también evaluar la necesidad de hacerlo y en tal caso, la dirección y cantidad de disparos, debiendo haber dado previamente la voz de alto y hasta coordinado su accionar con los demás efectivos policiales que llegaron al lugar y se encontraban actuando.

Y más allá del debate que se ha dado en Alzada y en la anterior instancia, sobre la exigua formación policial con la que contaba tanto él como el resto del personal de las PAT actuante, no puede soslayarse que fue habilitado en el uso de armas, y como personal policial y que ante idéntico cuadro de situación el resto de sus compañeros, la mayoría de todo el grupo que el acusado conformaba, quedó a bordo del colectivo sin emprender semejante conducta desaprensiva.

Esta pauta comparativa también abona el decisorio en el sentido expresado, nótese *vgracia.* que Franco Quintana, también personal de las PAT declaró ante la situación que estaba visualizando que "no correspondía sacar el arma", y que luego de bajar del colectivo se resguardó atrás de un auto, aclarando que un instructor le enseñó a "*no desenfundar sin razón*", adicionando que todavía está cursando la carrera de Policía on-line; a más que no se encuentra probado que Vespucio haya disparado el arma contra Rosales.

Y no es que el personal policial no se encuentre habilitado a repeler una agresión armada, sino que dicho accionar sólo se justifica frente a riesgo inminente para sí o para terceros.

Así los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990) que en su artículo 9° reza lo siguiente: *"...Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas, salvo en defensa propio o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que representare ese peligro y oponga resistencia a su autoridad o para impedir su fuga y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando estrictamente sea inevitable para proteger la vida..."* y el artículo décimo señala: *"...que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de utilizar armas de fuego con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esta advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas ...".* Por su parte el art. 43 inc d de la ley provincial de Personal Policial N° 12.521, contempla en concordancia con lo anterior que constituirá falta grave *"Utilizar o blandir el arma de fuego provista o que utiliza para el servicio en situaciones que no correspondan por razones de seguridad para la integridad de las personas, proporcionalidad de los medios*

empleados en los hechos y con agotamiento de las medidas preventivas que establezcan los reglamentos policiales para las intervenciones en el servicio policial".

La defensa insiste en que su asistido bajó a colaborar y esto hace referencia al cumplimiento del deber, así concluye que actuó en un marco global de incompetencia, negligencia y falta de comprensión de la situación, falta de capacitación, desconocimiento de los problemas de una ciudad que le era ajena, todo lo cual es -a su criterio- incompatible con la representación necesaria en la teoría del dolo eventual de causar la muerte de un inocente.

En ese entendienmiento postula que hubo un grave error de interpretación de la situación por la que estaban pasando los policías, arguyendo por ello que es menor el nivel de exigibilidad que permita inferir el dolo eventual. Allí en el íter del deber, la defensa lo compatibiliza con la mirada que en forma realista debe tenerse en el caso concreto "desmarcándose" de las imposiciones normativas, tanto administrativas, legales como convencionales, planteando que son afirmaciones dogmáticas que no puede construir esta clase de dolo en el caso concreto.

Pues bien, los jueces debemos ser realistas: once disparos.

Estas no constituyen apreciaciones dogmáticas realizadas ex post, y en la tranquilidad de un estrado judicial, sino de un innegable sentido común y lógica en que debe apreciarse la prueba.

Recuérdese que se dijo: *"la situación era caótica...era un desmadre todo"*, como expresó un testigo ocasional Lucas Leonel Monblanck, adicionando que escuchó 10 ó 12 detonaciones en el lapso de 10 segundos, que en el

lugar estaba todo el mundo caminado por todos lados; Walter Martini, playero de la Estación de Servicio, indicó *"fue una ráfaga de muchos disparos"*; Gastón Díaz, otro playero, aludió *"se escucharon varios disparos"* y el propio Rosales indicó que volaban disparos por todos lados. Es innegable que se suscitó una especie de "lluvia de balas", habiendo disparado el Comando unos 33 tiros como indica la sentencia, y en esas condiciones no hubo mayores consecuencias que las lamentablemente ya ocasionadas, producto del azar.

En síntesis, puede concluirse que "*...cuando de los hechos objetivamente verificables y corroborados por la realidad existe una probabilidad de inferir una actitud subjetiva que se corresponda con esa realidad, el derecho se da por satisfecho...*" (Acuerdo N° 209 del 28/05/2008 de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, in re "Correa Nuñez s/ administración fraudulenta").

Debe tenerse presente que la actividad policial resulta una profesión reglada, estando gobernada por normativa específica como hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en *"Anzoategui, Raúl Eduardo"* CUIJ N° 21-07002186-9, Acuerdo N° 741 del 05/10/2017.

Y aquí es el propio tribunal apelado que expresa a partir de fs. 43 del fallo, y que no debe soslayarse, que Rosales saca el arma en forma previa a cualquier situación que justificara esa acción. A esa conclusión arriba con apoyo en el relato del co-imputado Rodríguez cuando dice que lo vio desenfundar el arma, indicando que Rosales baja del colectivo con la intención de disparar, y que hay un querer previo en él que se materializa uno o unos pocos segundos después, efectuando once disparos, descartando que no hubiera visto a Herrera. Que otros intervinientes en el episodio han relatado claramente haber visto a Herrera, ubicados

inclusive más distantes del mismo, como ser el también PAT Jazmín, quien relata con precisión el orden en que cayeron los impactados por las balas policiales; y también lo hace Iturres, pese a que venía manejando el móvil N° 5035 y concentrado en la persecución de Vespucio, descartando el sentenciante cualquier atisbo de justificación de la conducta realizada en el mentado *"efecto Túnel"*, como suele alegarse en este tipo de sucesos respecto del tirador, pues este aparece cuando se empieza a disparar, -y más si se lo hace en la cantidad que se le reprocha al acusado-, *"pero la acción que se juzga es previa, antes de oprimir por primera vez el gatillo"*.

En tales circunstancias, no puede más que concluirse que el resultado producido, que tiene algo de eventualidad, por ello, valga la dispensa por redundancia, dolo "eventual" resulta abarcado por la voluntad de la conducta realizadora por cuanto la no ocurrencia del resultado queda supeditada al inapelable campo de lo azaroso.

El mismo Rosales puso todos los condimentos para que una tragedia se concretara y finalmente así ocurrió por no ser acompañado por el azar. Así se ha dicho que *"si creyó el autor evitar el resultado mediante su poder, entonces obró culposamente; si, en cambio, lo abandonó a su suerte, es decir, al azar, entonces obró dolosamente..."* (Kauffman, Armin, Estudios de Derecho Penal, pág. 120. Ed. B de F. Buenos Aires 2013); y que *"...la voluntad de realización puede abarcar no sólo el fin apetecido sino también los medios y las consecuencias accesorias con ellos ligados..."* (Kauffman, Armin, ob cit. Pág. 103).

Y para así concluir basta la sana crítica racional, en la que entra también a valorarse las apreciaciones del perito Brachetta que mereció reparos y reservas por parte de la defensa en cuanto a su rechazo de re editarla en

Alzada, toda vez que se la ha considerado, como se anticipara, y en tal sentido no puede dejar de mencionarse, que se realizó en el marco de una escena contaminada y que trató de recrear los tramos o secuencias que no logran visualizarse por medio de las imágenes del domo, es decir "*hace una reconstrucción tratando de explicar lo que no se ve de la imagen del domo*" -dijo el A-quo-, por lo que sus afirmaciones aparecen como meras hipótesis o conjeturas que no resultan con carácter concluyente para resolver la convocatoria. Similar situación ocurre con la pericia labrada por Speranza en tanto parte, entre otras cosas, de datos "presumidos de objetivos", como posiciones de vainas y proyectiles relevados en el lugar, cuando se verificó una escena adulterada y con un tránsito inusitado de personas y móviles en toda la zona que perjudica cualquier referencia certera a adoptar.

5) Enfocados ahora a tratar las postulaciones sobre el dolo directo, lo considerado en el punto anterior, resulta respuesta para su rechazo. A más que nadie puede sensatamente pensar que Rosales haya querido provocar la muerte de una persona inocente, como ocurrió, y ello descarta la pretensión más gravosa traída a esta instancia apelatoria y consecuentemente -se anticipa- el descarte del abuso funcional. Se estima que con su conducta se representa la posibilidad de causar la muerte a quien perseguía y en esas circunstancias y en la inmediatez de su obrar asume la posibilidad de sesgar la vida a cualquier persona, como consecuencia eventual de su conducta.

Su alegada actitud de bajarse a colaborar, (para que Vespucio fuera detenido, según expresó su defensor) más allá del resultado producido, abarcado por su voluntad y conocimiento repelen la idea de dolo directo en cuanto a haberse bajado "*a matar*"; además la propia defensa dice que no está probado que haya disparado las once veces contra Herrera, y en ello se coincide,

Poder Judicial

caso contrario sí estaríamos ante la presencia indubitable del dolo directo.

Rosales dispara once veces, bajo el cuadro de situación ya descripto, insistimos en un escenario dinámico y repleto de personas, y una de esas balas termina impactando contra Herrera produciéndole la muerte. Bajo ese cuadro no puede pensarse que no hubiera aceptado el resultado, por cuanto la no producción del resultado, ya hemos dicho, solo podía ocurrir producto del azar, pero no puede sostenerse válidamente que haya querido sesgar la vida a un inocente.

En cuanto a la agravante pretendida -art. 80 inc 9 del CP- más allá de la discusión en doctrina respecto de que la figura requiere de dolo directo y ello ya rechazaría de plano la agravante; como dijéramos en CUIJ N° 21-06372372-7 *"GÓMEZ, Emiliano Martín"*, la sola condición de policía no satisface la exigencia típica; y que se haya utilizado el arma provista por el estado, tampoco acredita la tipicidad. Sí hace altamente reprochable la conducta a la hora de ponderar el monto punitivo, pero no hace precipitar el caso en el art 80 inc 9 del CP.

La figura en cuestión requiere un *dolo especial,* que consiste en matar *queriendo abusar de su cargo o función.* Ya lo ha dicho este Colegio de Jueces de Segunda Instancia, en CUIJ N° 21-07001892-3 del 10/05/2018 (Dres. Salvador, Depetris y Sansó), cuyos fundamentos son aplicables al caso. Quien da muerte a alguien dolosamente mediante el uso de los medios o facultades que le provee el Estado no queda necesariamente inmerso en la agravante, por cuanto cabe acreditar el particular y especial componente subjetivo al que aludiéramos, que en los presentes, analizada la prueba rendida, no se ha visto configurado. Y aquí bien dijo el colega Dr. Beltramone en su voto, que quedara en minoría en el fallo anulado, que no se ha probado que Rosales se haya aprovechado de su condición de policía para dar muerte a Herrera, sino que palmariamente es una

resultante de su situación de condición de policía, sí, pero que se advierte de escasa o precaria preparación y no de un accionar derivado en abuso de su función.

6) Y finalmente se concluye que aquí no hay error de interpretación de la situación por la que estaba atravesando, como pretende la defensa, para luego de ello determinar la pena conforme la fórmula del art. 35 del CP, que dicho sea de paso, de haberlo habido, se aclara, que sería un error claramente vencible, pero no ha sido el caso. Ningún error puede alegar quien se dispone a actuar en la forma en que lo hizo sabiendo que la persona procurada venía siendo perseguida por numerosas dotaciones del Comando.

Su conducta nace a priori típica y antijurídica, ello descarta el exceso y cualquier otra justificación que se pretenda fundar. Sin perjuicio de ello, si por hipótesis se estimara que Rosales actuó bajo el error de apreciación que alega su defensor, la respuesta punitiva impactaría disminuyendo la culpabilidad, mas no desplazando el reproche de la escala a las previsiones del art. 35 del CP, en criterio que este Tribunal no comparte. La postura pretendida no surge dogmáticamente de nuestro sistema penal, ni jurisprudencialmente como dominante.

Siendo así la conducta de Rosales subsume en las previsiones del art. 79 del CP, con la agravante del art. 41 bis que a esta altura aparece incontrovertible y no ha sido siquiera objeto de cuestionamiento.

7) En tren de fijar la pena a imponer, tenemos que los impugnantes, descartada la pena atemporal, han solicitado una de 25 años de prisión para el sub judice, más inhabilitación. La defensa ha postulado la aplicación subsidiaria de la escala prevista en el art. 35 del CP que ya hemos descartado.

Con acierto se dijo que la pena de prisión no es el

desiderátum de la Justicia, sino una necesidad en un mundo de dominantes imperfecciones. Tampoco se considera una devolución por el daño causado ya que no devolverá la vida de la victima a sus familiares, solo trata de encausar las acciones del justiciable en los términos de la readaptación social.

La disposición de una pena de prisión es un acto en el que concuerdan aún las corrientes de derecho penal mínimo, que sostienen este tipo de injerencias para conflictos muy graves, sin las cuales se correría el riesgo de un espiral de violencia por la venganza privada. Los tratados del bloque de constitucionalidad fijan que las penas privativas de libertad y el tratamiento penitenciario tienen como finalidad esencial la reforma y readaptación social del penado (10.3 PIDCP y 5.6 CADH).

Los tribunales penales, al determinar las penas, además de controlar la no afectación de normas o principios de fuentes con jerarquía superior, deben aplicar los límites y criterios de cuantificación previstos por la ley ordinaria, en especial los mínimos y máximos legales (límites externos al hecho) y las pautas de medición establecidas en el art. 41 del CP (límites internos), norma que en líneas generales contempla circunstáncias objetivas de mensuración (las del inc. 1° relativas a la magnitud del injusto) y en su inc. 2° circunstancias de índole subjetivas (relativas al autor del hecho) para ser constitucionalmente tolerables, debe referir a circunstancias relativas al hecho juzgado del pasado (a la magnitud del delito perpetrado, lo que es compatible con un derecho penal de acto: arts. 18 y 19 CN, pero nunca a particularidades del convicto como indicadores de una personalidad o carácter peligroso para la sociedad, de repetición de hechos a futuro, lo que es propio de un inaceptable derecho penal de autor.

La Corte en "Gramajo" (05.09.06) enfatizó que en

nuestro sistema de peligrosidad (en cuanto a potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y su realización) esta vedada por la CN; por el contrario, *"toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho"*.

En síntesis, el núcleo legítimo para individualizar la pena consiste primordialmente en graduar cual ha sido la culpabilidad del agente en el injusto, esto es: medir la extensión del reproche por el acto realizado y a partir de las circunstancias legalmente previstas que indiquen el mayor o menor espacio de autodeterminación que ha podido tener el sujeto al momento del hecho para conducirse de otra manera. Es decir: cuánto más fácil o cuánto más difícil le ha sido motivarse conforme a la ley o adecuar su conducta a derecho. La duración de la pena, entonces, siempre debe guardar proporcionalidad con la gravedad del hecho, con la medida o magnitud de la culpabilidad.

8) Toda esta introducción se efectúa en razón de tener que determinar la pena a Rosales en relación a la solicitada por los actores penales (en subsidio) de veinticinco años de prisión por el delito de Homicidio simple mediante la variante doctrinal de dolo eventual y con la utilización de un arma de fuego.

En palabras del fiscal, un análisis de la situación del justiciable y los daños causados llevaron a ese Ministerio a no solicitar el máximo de la pena para el delito seleccionado más el concurso con el agravante del arma de fuego, que hubiera llegado al máximo de treinta y tres años de prisión.

La defensa en su ensayo contradictor sobre el punto

manifestó que los acusadores no fundamentaron el pedido de ese monto de pena, por lo que rechazó esa postulación, dando a entender que -en caso de no admitir su petición principal- habría de caberle la pena mínima de la escala penal.

A decir verdad ninguno de los contradictores hicieron hincapié (en esta audiencia en la Alzada) en brindar detalles sobre los elementos de atenúan o agravan la pena de prisión, siendo que dejaron sentado (como si fuera una obviedad) que si con la calificación legal culposa se determinó el máximo de la sanción penal posible, al modificarse el tipo penal en doloso, correspondería trasladar dicha simetría al máximo de la nueva escala penal.

En la audiencia siempre se consideró la pena de veinticinco años de prisión por todos los presentes como la pena que correspondería en caso de revocar el tipo de Homicidio imprudente por un lado y descartar el Homicidio calificado por el otro, ya que no hubo mucha oratoria al respecto; sin perjuicio de ello, los acusadores hicieron valer sus propuestas para la pena solicitada y el defensor hizo una oposición válida para que se produjera el contradictorio.

Así lo entendió este Tribunal y llegado el momento de la determinación de la pena, entonces, debe evaluar si efectivamente la proporcionalidad de la misma en este caso, entre el grado de culpabilidad del autor y la sanción a impulsar, cuenta con respaldo probatorio acorde con esas postulaciones.

En ese sentido se admite que la conducta del autor es tanto más grave "cuanto más desproporcionada sea la relación entre los intereses perseguidos por el autor y el rango del bien jurídico atacado por él" esto es: cuanto menos razones haya para la acción que lesiona el bien jurídico, mayor es su gravedad.

9) Teniendo en cuenta las apreciaciones del A-quo sobre

los aspectos personales del justiciable que brindaran en ocasión de mensurar la pena para el delito por el que se lo condenó en primera instancia, y a su vez el conocimiento que hizo este Tribunal en la audiencia de visu más las alegadas por las partes; es que atendiendo a las pautas de atenuación y agravamiento que convergen en el caso con demás detalles y consecuencias que dejara la acción disvaliosa y que han de justificar la mensuración del reproche global, ha de determinarse la pena.

Así, si bien el criterio de proporcionalidad de la ley traído por los agravios aparece como exigencia del Estado de Derecho en cuanto tal; éste convive con otros principios también estructurantes del sistema como el de culpabilidad que conlleva a la concepción de escalas penales relativamente determinadas cuya concurrencia también se regula de modo de tornarlas determinables en su específica e ineludible labor de mensurar el reproche traído a su conocimiento individualizándolo.

Esa mensuración exigida se da en un marco punitivo que reconoce razones de prevención general y especial positiva entre aquellas que fundamentan la pena y el consecuente tratamiento penitenciario a aplicar a Rosales; y que en los particulares supuestos en que podría entenderse a futuro operativo el principio en cuestión y su proyección sobre derechos fundamentales, el legislador ha articulado y permanentemente articula instancias tendientes a su regulación que pone en cabeza de la jurisdicción encargada de la ejecución de esa pena.

En principio, esta determinación legal de la pena prevista para cada especie de delito no permite atender a las características particulares que puedan presentar los hechos delictivos concretamente realizados, ni siquiera entre los delitos de igual calificación legal. Aún en este último supuesto, al margen de la similitud de los tipos legales aplicables, la realidad presentará variables

diferenciadoras entre uno y otro hecho, sea por sus respectivos modos de comisión, sea por las motivaciones tenidas en cuenta por cada agente y por la particular personalidad revelada por éstos al tiempo de su ejecución. La realidad de los hechos tendrá una marcada preponderancia en este caso de Rosales. Es por ello, que los legisladores hayan otorgado a los jueces atribuciones para poder aproximarse a una mejor consideración de tales diferencias, pues la proporcionalidad no sólo debe darse en la relación entre las penas y las ofensas a los bienes jurídicos, sino también entre las primeras y las particulares circunstancias en que las segundas fueran cometidas.

El tema de las "circunstancias" se introduce en el pensamiento penal vinculado al problema de la peculiaridad de las conductas delictivas y, por las razones apuntadas, aquéllas afectarán la medida de la pena ordinaria. Tal afectación puede darse en dos direcciones opuestas, según concurran circunstancias agravantes o circunstancias atenuantes.

Así que una misma circunstancia no puede comportarse al mismo tiempo y respecto al mismo hecho como agravante y como atenuante, toda vez que entre ellas existe una relación disyuntiva que las hace lógica y jurídicamente incompatibles. En nuestro sistema, cuando los mismos no se encuentran dentro del tipo penal (ej. delitos calificados o atenuados) las posibles, y por tanto eventuales, circunstancias de ejecución no están atrapadas por la figura delictiva, de modo tal que aquéllas no integran el juicio de tipicidad.

Dejando de lado la teoría de la pena, y atendiendo a las pautas de agravamiento que convergen en el caso y que son varias y de entidad, pueden detallarse: La naturaleza de la acción en cuanto a la intensidad de la misma enfocando que no existió un motivo racional para disminuir la dosis del reproche en

cuanto a la causal calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir; las consecuencias del obrar del acusado que causaron el daño más importante que se puede originar como es la muerte de una persona cuando ingresa un proyectil que sale de su arma en su cuerpo, expuesto ello en los informes médicos; no se valora el homicidio en si mismo (que viene con el tipo penal) sino la forma de causarlo; la conducta posterior, recogiendo las vainas del lugar, obstaculizando cualquier pretendido esclarecimiento; y la que ahora asume, (teniendo en cuenta la audiencia de visu en esta Cámara) en la que no señala su pesar ni se advierte empatía por la víctima inocente ni tampoco ninguna palabra de aliento para con sus familiares que se encontraban presente. Esta valoración no implica su "no asunción de arrepentimiento" ya que no se quiere colisionar en lo más mínimo con alguna conducta que se relacione con la confesión del hecho; la corta edad de la víctima (veintitrés años al momento del suceso), habiendo frustrado su proyecto de vida que siguiendo el curso natural de las cosas apenas había comenzado; en ese aspecto había transitado varios estudios y oficios, tenía una familia con un pequeño hijo y sueños que cumplir; la total e inequívoca falta de participación de la victima en el evento, en la que se encontró envuelto produciendo lo que se ha dado en llamar un homicidio "sin razón"; el medio utilizado para la conducta, tratándose de un arma de fuego de grueso calibre (se meritua el tipo de arma de fuego y no su uso convencional que ya se encuentra en el tipo penal del concurso con su utilización); arma que provee el estado para defender a la sociedad del delito y no para atentar contra las personas, dicha ponderación de profusión de armamento de alto calibre (9 mm.) muestra una modalidad comisiva de particular magnitud teniendo en cuenta que era su arma reglamentaria; causando daños y/o menoscabo a la madre y demás familiares, quienes han participado en el juicio con representación legal.

Poder Judicial

El criterio de proporcionalidad de la ley aparece como exigencia del Estado de Derecho en cuanto tal; éste convive con otros principios también estructurantes del sistema como el de culpabilidad que conlleva a la concepción de escalas penales relativamente determinadas cuya concurrencia también se regula de modo de tornarlas determinables por el a-quo en su específica e ineludible labor de mensurar el reproche traído a su conocimiento individualizándolo. El legislador ha articulado y permanentemente articula instancias tendientes a su regulación que pone en cabeza de la jurisdicción encargada de la ejecución de esa pena.

Como atenuantes ninguna duda cabe que existen y que deben señalarse porque corresponde sopesar el análisis de la sanción para que sea lo más justa posible y en ese sentido son pautas que surgen válidamente: como ya se adelantó, la exigua instrucción policial que se verifica en escasos meses de preparación y solamente tres pruebas de tiro con el arma de fuego reglamentaria; su falta total de antecedentes de cualquier tipo en el sistema penal; también funciona una merma en la sanción el hecho de haber motivado su intervención policial, pese ha haberse encontrado de franco de servicio; su escasa edad al momento del hecho (veinticinco años) circunstancia que define una minoración de su responsabilidad cuantificada mesuradamente; las condiciones personales de Rosales quien ha cursado varios estudios; por otra parte definía su actuación como empleado de policía el hecho de viajar constantemente hacia el norte de nuestra provincia, lugar de donde provenía; y el empeño que demuestra al estar cursando estudios superiores desde el encerramiento.

La finalidad de la aplicación de una pena efectiva superior al mínimo legal, se afirma en la necesidad de que Rosales adquiera

conciencia de que él no ha sido víctima de este hecho como se coloca por estar encarcelado, sino victimario, ya que recién a partir de ello es posible que elabore lo ocurrido de manera útil y adopte las normas de conducta necesarias para que no vuelva a ser protagonista de un hecho como éste. Una disminución de la sanción no se advierte entonces conveniente a poco que se repare en el tiempo necesario para que pueda asumir su responsabilidad de tipo subjetivo y acepte su participación disvaliosa por el hecho.

Se hace evidente entonces la ponderación entre uno y otros de estos indicadores de cuantificación, que no han quedado sin atender aspectos atenuantes y agravantes del injusto, respecto de los cuales no se ha podido demostrar su insustancialidad ni que fueran neutralizados por otros elementos de juicio; en definitiva la sanción impuesta encuentra asidero en el grado de culpabilidad por el injusto y por la pluralidad de agravantes que inclinan la balanza en su ponderación.

Todas estas consideraciones llevan a este Tribunal (en función del cambio de calificación legal) a imponerle la pena de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas, por lo que la sanción discernida respecto de Rosales se encuentra suficientemente fundamentada, debiéndose rechazar las postulaciones que hicieron los acusadores solicitando una sanción mayor y la defensa peticionando una mínima intervención.

A la primera cuestión la señora Vocal Dra. Gabriela Sansó dijo: Escuchadas las partes y puesta en conocimiento del fallo recurrido y los antecedentes del caso, he de adelantar que corresponde revocar la calificación jurídica.

Sobre las circunstancias fácticas y el decurso del

proceso, aunque no comparta sus valoraciones, he de estar a la relación de los hechos formulada por los distinguidos colegas que me preceden, y a sus relatos me remito en honor a la brevedad.

También coincido con el voto mayoritario en cuanto al carácter doloso de la acción. Si por dolo se entiende la consciente y voluntaria realización del tipo objetivo, no puede negarse que el autor obró con dolo. Quien utiliza un arma en esas circunstancias, y dispara tantas veces (4 dice el encartado, 11 se deduce presuponiendo que el arma estaría con carga completa), se representa -al menos como alternativa- el resultado lesivo. Y en tal sentido, no es aceptable que la conducta se le reproche como violación al deber de cuidado.

Sobre el contenido del dolo, sostuvo Welzel que *"toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la consciencia de lo que se quiere -el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo -el momento volitivo-. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo ("dolo del tipo")"*. Y también sostuvo que *"Dolo, en sentido técnico penal, es solo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito"*.[1]

Por otro lado, aún cuando el objetivo del obrar haya sido detener a Vespucio, las circunstancias en las que dispara (horario, lugar, cantidad de disparos) indican que este error en el golpe sería inesencial, porque estaría incorporado a la voluntad realizadora, al menos conforme las reglas del dolo eventual.

No obstante la coincidencia apuntada, a diferencia del voto de mis colegas -en mayoría-, por las razones que más adelante paso a exponer,

1 Hans Welzen, "Derecho Penal Alemán. Parte General", pág. 77, citado en "Un análisis acerca del exceso en las causas de justificación por Sergio Anibal Szyldergemejn" https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30112-analisis-acerca-del-exceso-causas-justificacion

he de concluir que hubo una menor antijuridicidad del injusto, siendo aplicable al caso la *teoría limitada de la culpabilidad,* y solucionarse legalmente a través del art. 35 del CP.

Aún cuando se le pueda cuestionar al encartado un error en la valoración de los hechos en relación a su deber de actuar, o el modo en que lo hizo, lo cierto es que se bajó del colectivo como policía, *a colaborar* en la persecución de un delincuente que se daba a la fuga, armado, y ese fue el primer contexto que observó, y el que guió la finalidad en la que se insertó su acción.

Todo ocurrió en cuestión de segundos. Tal como lo señala otro neófito policía, compañero de las PAT (Jazmín), vio a un sujeto correr (Vespucio), que pasa al lado de un civil (Herrera), que cae y luego cae Vespucio, sin poder precisar con exactitud, por lo vertiginoso de las secuencias. Esto viene a colación porque la acusación dice que las PAT disparan cuando Vespucio ya había sido detenido, cosa que no es así porque el propio Vespucio dice que lo apunta un policía que se esconde detrás del colectivo (Rosales), y en ese tiempo y contexto ocurren los disparos. Es decir, en la persecución y mientras también actuaba el comando.

Desde ya adelanto entonces que la subsunción legal que propongo es la del delito homicidio agravado por el uso de arma de fuego, con exceso en el cumplimiento del deber y error vencible en la ponderación de las circunstancias fácticas de la justificación, con una pena similar a la dispuesta por el A-quo (art. 79, 41 bis, 45, 34 inc. 4, 35 y 84 del CP).

En tal sentido, como lo señalara Donna[2] en referencia al art. 35 del CP, *"no hay inconveniente, dentro del marco legal, en*

2 Donna, Edgardo, "El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal", Editorial Astrea, Bs. As. 1985, pág. 89

interpretar el exceso en las causas de justificación como hecho doloso, y sólo la pena como referida al delito culposo".

Adentrándonos en el caso, repito, no puede soslayarse el hecho admitido de que el encartado es personal policial y que *se bajó a colaborar* con el personal del Comando Radioeléctrico, en un procedimiento de persecusión de una persona que huía armada.

Huelga aclarar que el accionar desbordó toda medida aceptable. Cualquier código de conducta -o principio básico sobre el empleo de un arma de fuego- está enfocado a regular la intervención armada desde la *proporcional, mínima y necesaria* utilización de la fuerza. En todos los casos, el uso de armas de fuego es excepcional y por riesgo de vida o integridad física grave. Sin embargo, aunque el sujeto estaba armado y en un momento apuntó a Rosales, luego no se logró demostrar una situación límite de necesidad de actuar -y con la desproporción que se hizo-, y dado el cuadro de situación dónde se desarrollaron los hechos, terminó por generarse un daño aún peor del que se pretendía evitar.

Pero esto no quita que el encartado se haya sentido compelido actuar, ya que dentro de las obligaciones funcionales del personal policial está la de detener e impedir la fuga de una persona que entrañe una seria amenaza para la vida, es decir, que represente un peligro u oponga resistencia a su autoridad. Y esto es lo que se configuró Rosales.

En tal sentido los agentes se encuentran habilitados para el empleo de la fuerza pública para alcanzar los cometidos propios de su función. Como ya se dijo, podemos objetarle errónea valoración de esa necesidad de actuar, o el exceso en el medio o modo cómo lo hizo; pero la intervención se perfiló en un marco de hechos efectivamente ocurridos: que Vespuccio huía de la policía, armado,

y se daba a la fuga por la vía pública.

Cuando se habla del accionar de los efectivos policiales, la justificación se rige por sus propias reglas, que instan a una prudente y proporcional utilización de la fuerza. De última ratio, y para preservar la vida. Esa delicada tarea debe ser realizada de acuerdo a las pautas de la normativa aplicable[3], a las instrucciones de la superioridad, merituando el instrumento utilizado y la acción que el funcionario pretendía evitar o detener, de acuerdo a las circunstancias.

En síntesis, reitero, más allá de los reproches de necesidad y oportunidad del accionar del encartado, el aspecto que hace a la antijuridicidad de la conducta atraviesa todo el análisis del caso caso.

Volviendo a los hechos, en el plano objetivo el encartado se introduce a un procedimiento policial en curso, y en la creencia de estar actuando en el cumplimiento de un deber. En su declaración señaló que iba parado en el colectivo por Bv. Seguí y Alem, cuando vio por el vidrio trasero que venía un móvil persiguiendo una moto. El sujeto pierde el control sobre el cantero central y se da a la fuga hacia Ayacucho, a la vez que saca un arma y dispara. El colectivo se detiene y Rosales -como otros más- baja en colaboración. Dijo que eso *era normal, porque estábamos uniformados y debían prestar colaboración, como se debe cuando hay una persecución.* De no haber hecho eso -concluye- *lo habrían sancionado por incumplimiento de sus deberes.* También dijo que el sujeto lo apuntó, lo que luce probado por ser coincidente con lo que declara Vespucio.

Sin embargo, su actuación se desvirtúa. Es que, repito, *no toda fuga autoriza sin más el uso de armas, ya que el empleo de arma de fuego es de última ratio, ante la insuficiencia de medidas menos extremas para impedir la*

3 Vgr art. 43 de la ley provincial del Personal Policial nro. 12521; decreto nro 2892/14 de creación de la Policía de Acción Táctica; art. 9 de los Principios Básicos sobre el empleo de armas de fuego aprobado por Naciones Unidas en el año 1990

Poder Judicial

fuga de quien pueda ser considerado un peligro actual o inminente para la vida, y siendo estrictamente necesario para proteger una vida, y la intensidad de la fuerza debe ser proporcional a los fines legítimos pretendidos.[4] De ahí que, *"resultará excesivo el uso de cualquier medio más lesivo de los disponibles para obturar eficazmente el peligro presentado, es decir que sólo será obligatoria la acción lesiva que se valga del medio eficaz menos lesivo para cumplir la función encomendada al funcionario"*[5].

Por tanto, no obró abusando de sus funciones sino respondiendo a su función de policía, aunque excediéndose en el cumplimiento de su deber.

La convicción que tuvo sobre la necesidad de obrar derivó en una errónea ponderación del alcance de su deber de actuar. El que huía armado era uno y los efectivos policiales muchos más. Por otro lado, el Comando Radioeléctrico se estaba ocupando, y en el fragor de la escena -en la que volaban tiros por todos lados-, que no duró más de 44´´, aún cuando Vespucio lo mira y apunta, hiere mortalmente en el muslo izquierdo a un vecino que intentaba esconderse, que no era su objetivo y a quien refiere no haber visto.

Sobre esto último tiene respaldo en la prueba lo que señala el Dr. Alarcón cuando concluye que efectivamente parece no haberlo visto. Sucede que pese a la escasa distancia en que se calcula que se pudo producir el disparo, la cámara del domo en el minuto 01,51´´ (hora 15.19,51´´) muestra a Rosales dirigiéndose al pasaje Villar y pasando frente adonde estaba el cuerpo de Herrera sin que parezca percatarse de su presencia.

En síntesis, como se anticipara, la conducta es dolosa,

4 Cfr Tribunal Oral de Menores nro. 2 de la Capital Federal, "Chocobar", 10/08/2021.
5 Cfr Tribunal Oral de Menores nro. 2 de la Capital Federal, "Chocobar", 10/08/2021.

pero no puede eludirse el tratamiento del exceso y del error evitable de una causa de justificación. Es decir, la incidencia que tiene en la imputación el hecho de que el sujeto crea erróneamente que actuaba en el cumplimiento del deber, y -además- se exceda.

Sobre la evitación, no es necesario introducir ninguna categoría dogmática de juicio de evitabilidad del error, ya que la conclusión luce elocuente. Aún frente a la escasa experiencia del autor y la fugacidad de los acontecimientos, la presencia de otros efectivos a cargo del operativo permitía un espacio para la reflexión, no pudiendo ignorar de acuerdo a las reglas de la experiencia común, que una intervención cuidada evitaría el resultado que generó. Es decir, un mejor análisis de contexto era posible -y exigible-, ya que se trataba de una situación para la que su capacitación era escasa, sobre la que contaba con poca información, introduciéndose raudamente en un desborde inaceptable.

Sentado ello, y no obstante lo señalado, a la hora de formularse un encuadre tampoco pueden eludirse las consideraciones sobre las especiales cualidades del autor.

Es cierto -como dice Jakobs- que *el efectivo policial al hacer uso de la fuerza cumple una labor que ha sido previamente ensayada y por ende previsible;* y que -como señala Zaffaroni- *"dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamientos y medios técnicos para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de una ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia"*[6].

Pero no es menos cierto que -en concreto- Rosales no

6 Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As 2002, pág. 606.

contaba con ese profesionalismo, experiencia, ni capacitación. Prueba de ello es la conducta de alguno de sus compañeros, como Jazmín que también se bajó rápidamente del colectivo en el que venían y se puso en situación de riesgo, recibiendo un tiro y alegando tener el arma trabada. Rosales y sus compañeros se acababan de graduar en la carrera de Técnico Superior en Seguridad. Era una carrera que duraba dos años, pero por la emergencia en seguridad *se redujo a 6 meses*. En esos 6 meses tuvo apenas 3 clases de tiro. Hacía 8 días que portaban el arma. El día del hecho se dirigían a la Terminal, en un colectivo de línea, para tomarse un micro para volver a su casa en Santa Fe, luego de su primer guardia.

No obstante, como se dijo, no era necesario disparar y un más prudente análisis de contexto era posible y exigible.

Así las cosas, la conducta dolosa ingresa *en tensión* al terreno de la antijuridicidad, pero sin poder ampararse en lo permitido o lo lícito de una causa de justificación. No se trata de la ausencia de dolo, sino de la conciencia de lo ilícito, y trae como consecuencia un menor desvalor de la acción y de la culpabildad que deben ser atendidos.

De acuerdo a la teoría de la culpabilidad, *"...sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causa de justificación o crea erróneamente que concurre una causal de justificación que no está reconocida como tal por el derecho, en todos estos casos incurre en error sobre la antijuridicidad de su realización dolosa típica"*[7].

Si bien hay seguidores de la teoría de la culpabildad que consideran los errores en la valoración de la situación fáctica de la justificación como error de prohibición (teoría estricta de la culpabilidad), otro sector importante

7 Welzen, Hans, "El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción de José Cerezo Mir, Montevideo-Buenos Aires, B de F., 2001, pág. 163. Citado por Javier Esteban de la Fuente, en "Presupuestos objetivos de la justificación", www.jurídicas.unam.mx, pág. 410.

de la doctrina comparte los fundamentos básicos de esa teoría, pero en lo que hace al tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de justificación, no están conformes con la solución, y proponen una solución similar a la del error de tipo (teoría limitada de la culpabilidad).

Dentro de los seguidores de esta última teoría, hay distintas posiciones. Para la *teoría de los elementos negativos del tipo penal,* el tipo penal se completa en el juicio de antijuridicidad de la conducta, distinguiendo un tipo positivo (descripción de la acción contraria al bien jurídico) y un tipo negativo, configurado por la ausencia de las causas de justificación. Así por ejemplo señala Luzón Peña que *la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos, sean elementos descriptivos o normativos, de una causa de justificación es un error de tipo con todas sus consecuencias*[8].

Otros sostienen que como es un supuesto especial de error, lo más adecuado es resolver el caso aplicando analógicamente las reglas del error de tipo, por su mayor acercamiento de los supuestos al error de tipo que al de prohibición (*Stratenwerth; Roxin*)[9].

Para muchos otros autores, en estos casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, el sujeto obra dolosamente, por lo que no es correcto considerar que existe error de tipo como la teoría de los elementos negativos del tipo; ni afirmar que hay error de tipo por analogía. Pero tampoco coinciden con la teoría estricta de la culpabilidad, en el sentido de que los casos deban resolverse como error de prohibición, porque consideran que ello

8 Luzón Peña, Diego Manuel, "Curso de derecho penal, Madrir, Universidad, 1996, pp 464 y ss. También Gimbernat Ordeig, Enrique, Introducción a la parte general del derecho penal español, p. 34, y, aunque con otra terminología Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal", 4a edición, Barcelona, 1996, p.558. Cita de Javier Esteban de la Fuente, en "Presupuestos objetivos de la justificación", www.jurídicas.unam.mx, pág. 412.

9 Stratenwerth, Günter, "Derecho Penal. Parte general, 2° edición, TI, pág. 161; Claus Roxin, "Derecho Penal, Parte General", 2a edición, Madrid, Civitas, 1997, pág. 580/584, citado por Javier Esteban de la Fuente, en "Presupuestos objetivos de la justificación", www.jurídicas.unam.mx, pág. 413.

conduce a resultados muy injustos. Sostiene Dreher que es falso considerar necesariamente que se trata de un error de tipo o de prohibición, sino que es un error "propio", un supuesto especial de error.

En síntesis, por diferentes razones, para esta teoría restringida de la culpabilidad (a la que adhiero en orden a la solución del caso), la conducta típica es portadora de una menor carga de antijuridicidad, lo que permitiría su solución legal dentro del marco del exceso en la justificación del artículo 35 del Código Penal, aplicable tanto para los casos de errores objetivos en las causas de justificación, como cuando se infringen los límites determinados por la ley o por la necesidad, y establece que será castigado con la pena prevista para el delito por culpa o por imprudencia.

Como señala Zaffaroni[10], *"No se trata de conductas previstas por el art. 35 sean culposas, sino que el Código Penal establece, únicamente, que se aplica la pena del delito culposo"*.

Por su parte Bacigalupo[11] sostiene que *"La punibilidad atenuada que establece el art. 35 se explicaría, de acuerdo con esto, en la evitabilidad del error sobre la antijuridicidad (es decir, sobre a falta de necesidad) de la acción cumplida, pero dejaría intacto el dolo del hecho"*.

En concordancia con esta postura sostiene Ramos Mejía que si no hay dudas que se obró con dolo, en el sentido de que quiso lesionar y lesionó, *pero lo hizo como consecuencia de un error que, recayendo inicialmente sobre la situación de hecho, lo hizo considerarse amparado por la ley, es decir, en error de prohibición, y éste, que en nada afecta al dolo, justifica una culpabilidad*

10 Zaffaroni, Eugenio, Teoría del delito, pág. 500

11 Bacigalupo, Enrique, Una sentencia trascendente sobre la cuestión del exceso (art. 35 del CP) y la conciencia de la antijuridicidad, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975, pág. 47, citado en Donna, Edgardo, "El exceso en las causas de justificación, estudio del art. 35 del CP", Editorial Astrea, Bs As, 1985, pag. 50.

menor, dado que el error, como lo establecimos, es vencible. Y la medida de esta menor culpabilidad no es otra que la determinada por el art. 35 del Código Penal"[12].

En cuanto al exceso en el obrar, siguiendo a Bacigalupo, *el artículo 35 del CP es una norma que refiere a errores evitables sobre la antijuridicidad.* Más precisamente señala que *"el Código Penal en su art. 35 se refiere al error sobre los límites de la necesidad de la justificación, alcanza tanto a los excesos intensivos cometidos sin conciencia de la antijuridicidad, como a los errores sobre la necesidad proveniente de la falsa apreciación de una circunstancia objetiva que de concernir lo justificaría"*[13].

Por su parte, Donna al finalizar su análisis sobre la procedencia del artículo 35 en los casos de exceso del delito doloso, explica que la conciencia de la antijuridicidad es lo que se ve afectado, y esta conciencia no integra el dolo; y que la disminución de la pena responde a una menor relación del sujeto con la norma prohibitiva, es decir, menor antijuridicidad en aquel que se excede.[14]

3.- Establecido el marco teórico y el encuadre legal, resta fundamentar el monto de la pena, que estimo fijar en *seis años y seis meses de prisión y diez años de inhabilitación*, para realizar tareas y ejercer profesiones que impliquen la tenencia y/o portación de armas de fuego, accesorias legales y costas (arts. 79, 41 bis, 34 inc. 4, 35, 12, 29 inc. 3, 40, 41 y 84 del Código Penal).

La naturaleza del hecho, la edad de la joven víctima, el daño producido a los familiares y amigos, y el riesgo al que se expuso a la comunidad, son elementos que computan como carga indubitada sobre la necesidad del máximo de la pena disminuida. Por otro lado, la violencia evidenciada en la

12 Ramos Mejía, "Un posible caso de error de prohibición indirecto, LL, 1975-A-1982.
13 Bacigalupo, Enrique, ob cit pág. 57.
14 Donna, Edgardo, ob cit pág 99.

sucesión de los disparos, en un espacio público, poblado y en horas de la tarde, son indicadores de un marcado exceso intensivo en la elección del medio empleado. En ese marco, la gravedad de lo ocurrido no se neutraliza con el arrepentimiento del que habla la defensa, ni con la ausencia de antecedentes penales.

Por otra parte, la edad e inexperiencia del encartado, su escasa formación y pobre profesionalismo, fueron los elementos tenidos en cuenta a la hora de valorar su conducta en relación al hecho y su subsunción legal. Aquellas condiciones particulares de autor fueron relevantes para concluir sobre el error con el que ponderó su deber funcional, y el exceso en el que incurrió con su conducta, por lo que no resulta lógico volver a ponderarlo para merituar pena.

Por lo expuesto, propongo revocar el decisorio a apelado, y en su lugar *condenar* a Ramiro Rafael Rosales a la pena de *seis años y seis meses de prisión, y diez años de inhabilitación*, para realizar tareas y ejercer profesiones que impliquen la tenencia y/o portación de armas de fuego, accesorias legales y costas, por el delito de homicidio agravado por el uso de arma cometido con exceso en el cumplimiento y error vencible en la ponderación de las circunstancias fácticas (Arts. 79, 41 bis, 34 inc. 4, 35, 12, 29 inc. 3, 40, 41 y 84 del Código Penal).

A la segunda cuestión los señores Vocales Dres. Carolina Hernández, José Luis Mascali y Gabriela Sansó dijeron: visto el resultado obtenido al tratar la anterior cuestión, corresponde, por mayoría de votos, confirmar parcialmente la sentencia apelada, modificando el encuadre típico el que se subsume en el delito de Homicidio simple, agravado por el uso de arma de fuego, fijando como pena a cumplir por Ramiro Rafael Rosales la de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas del proceso (Arts. 12, 41 bis y 79, todos del CP y

404 del CPP).

Por tanto, en nombre del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, este Tribunal Pluripersonal de Apelación Oral, por mayoría de votos;

FALLA: ***1- CONFIRMAR parcialmente la sentencia apelada, modificando el encuadre típico el que se subsume en el delito de Homicidio simple, agravado por el uso de arma de fuego, fijando como pena a cumplir por RAMIRO RAFAEL ROSALES la de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas del proceso (Arts. 12, 41 bis y 79, todos del CP y 404 del CPP).***

2- Tener presentes las reservas formuladas.

Insértese, agréguese copia y hágase saber.

(CUIJ N° 21-06168991-2).-

Dra. CAROLINA HERNANDEZ
JUEZA
Cámara de Apelación Penal
- Rosario

Dr. JOSÉ LUIS MASCALI
JUEZ PENAL DE CÁMARA
Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal
2da. Circunscripción Judicial

Dra. GABRIELA SANSO
JUEZ PENAL DE CÁMARA
Coleg. de Cámara de Apelaciones en lo Penal
2da. Circunscripción Judicial