

"Registrado bajo el Nro. 687 Año 2015"

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (Cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el veintisiete de octubre de dos mil quince se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Daniel Carral y Víctor Violini (art. 451 del Código Procesal Penal), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver las Causas N° 66.666 caratulada "VEGA, Gustavo Ezequiel y REY, Gustavo Sebastián s/ Recurso de Casación interpuesto por Agente Fiscal", N° 66.668 caratulada "VEGA, Gustavo Ezequiel y REY, Gustavo Sebastián s/ Recurso de Casación interpuesto por Particular Damnificado" y N° 66.669 caratulada "VEGA, Gustavo Ezequiel s/ Recurso de Casación", conforme al siguiente orden de votación: CARRAL - VIOLINI.

ANTECEDENTES

I.- El Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial de San Martín en la causa n° 188/3.479 –I.P.P. n° 15-00-004079-11-, con fecha 14 de marzo de 2014, condenó a Gustavo Ezequiel Vega a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas del proceso por hallarlo autor penalmente responsable del delito de tentativa de homicidio simple agravada por el empleo de arma de fuego en los términos de los arts. 41 bis, 42 y 79 del Código Penal, cometido el 3 de febrero de 2011 en la localidad de José León Suárez, partido de San Martín, provincia de Buenos Aires, en perjuicio de Luciano Joaquín Romero; y absolvió a Gustavo Sebastián Rey en relación al delito de homicidio agravado por abuso de su calidad de funcionario policial –dos hechos- en perjuicio de Franco Raúl Almirón y Mauricio Gabriel Ramos, por el cual fuera acusado por el Ministerio Fiscal.

II.- Contra dicha sentencia interponen recursos de casación el Agente Fiscal, el particular damnificado y la Defensa Oficial de Gustavo Ezequiel Vega.

En su presentación luciente a fs. 200/216 vta. de la causa n° 66.666, el representante del Ministerio Fiscal denuncia la violación de las normas de los arts. 106, 210 y 371 inc. 2° del Código

Procesal Penal por cuanto el a quo estimó no acreditada la materialidad infraccionaria atribuida a Gustavo Sebastián Rey, para lo cual incurrió en una errónea y arbitraria valoración de las pruebas.

Destaca el Sr. Fiscal que la autoría de Rey en los homicidios de Almirón y Ramos resulta de los testimonios de Ángel Ariel Aguirre y Marcelo Nicolás Gómez; de las pericias balísticas de Ciriaco Salvador Palacios y Carlos Raúl Suárez, que ubican los disparos mortales en la zona 3A de la planimetría de fs. 835 de los autos principales, lugar donde se hallaba el imputado Rey.

Ataca, además el Sr. Agente Fiscal el empleo de la duda beneficiante a favor de Gustavo Ezequiel Rey. Refiere que Ángel Ariel Aguirre dijo en la rueda de reconocimiento, al señalar a Rey, que “era muy parecido”, lo que ratificó en la audiencia de debate, indicando que no se trataba del efectivo policial que apreció en las filmaciones de Crónica TV sentado en un colectivo. Rechaza también el valor convictivo endilgado al informe de fs. 71/27 de los autos principales –incorporado por lectura en virtud del art. 366 del C.P.P.-, y señala que Rey fue el único con sus características fisonómicas que arribó como escopetero en una motocicleta por la calle Aguado, tal como fuera demostrado en el juicio oral.

Se agravia también el Ministerio Público Fiscal de la inobservancia de la norma del art. 80 inc. 9 del Código Penal, por cuanto el sentenciante estimó que no resultaba aplicable en grado de conato a Gustavo Ezequiel Vega al no demostrarse el abuso funcional requerido por la figura legal ya que el nombrado actuó en cumplimiento de un deber legal.

Indica, por el contrario, que el proceder dañoso de Vega se concretó una vez que cesaron los saqueos y cuando mermaron los piedrazos. Aduna que no resultaba necesario el empleo de munición de plomo, según lo testificaron otros efectivos policiales, y que la calidad de instructor de tiro de Vega “implica de por sí ya una conciencia del resultado a producirse en cuanto se efectuaran los disparos con posta de guerra”, lo que se condice –al menos- con un dolo eventual.

Solicita se dicte una nueva sentencia conforme a lo reclamado y hace expresa reserva del caso federal.

III.- Los letrados de los particulares damnificados María Elena Ramos y Joaquín Romero, incoan su impugnación ante estos estrados, dando lugar a la causa n° 66.668, acumulada a la anterior.

En su presentación glosada a fs. 101/117 vta., se agravan del veredicto dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 2 de San Martín en autos, en cuanto absuelve a Gustavo Sebastián Rey por inmotivada. Sostienen que no resulta procedente la absolución por la vía de la duda ante el señalamiento que hizo el testigo Aguirre del inculcado en la diligencia de reconocimiento en rueda de personas. Agregan que es arbitrario otorgar validez al reconocimiento de Azario y no al de Rey, ambos realizados el mismo día de manera sucesiva.

Indican la contradicción en que incurre el a quo al no poner en duda la testifical de Joaquín Romero en orden a la cantidad de disparos que efectuó el coimputado Vega, estimando comprensible su confusión, pero haciendo lo contrario respecto de los dichos de Aguirre en relación a su consorte de causa.

También cuestionan que el judicante no tuviera en consideración que el testimonio de Aguirre ubica a Rey en el lugar desde donde se efectuaron los disparos que determinaron el óbito de Mauricio Ramos. El resultado de la mentada rueda se confirma con la descripción fisonómica coincidente que hizo Gómez.

En orden al testimonio incorporado por lectura del policía Azario, critican el decisorio ya que sobre la no mención de Rey, desacredita los dichos de Aguirre, para luego incurrir en la contradicción de señalar que este policía callaba la verdad para no imputar a un compañero de la fuerza.

Mencionan que no resulta sostenible descreer de la individualización de Rey por parte de Aguirre, diciendo que el efectivo Cabral también llevaba anteojos, puesto que Vega dijo que los llevaba sobre la cabeza.

Respecto de la llegada de Rey por la calle Aguado, además de ser confirmada por los testigos, expresan que lo corroboró Julio César Carrión y el propio Rey al declarar ante las autoridades de la investigación.

Dirigen también su embate impugnativo a la calificación legal del hecho por el cual arriba condenado Gustavo Ezequiel Vega, criticando la alusión a la proporcionalidad entre la pena de la figura del art. 80 inc. 9° C.P. –reclamada por la acusación- y la del art. 35 C.P. –peticionada por la defensa técnica del nombrado-, ya que correspondía examinar ambas pretensiones y aplicar la disposición que se ajusta a derecho. Aluden a que Vega actuó abusando de su función policial y que ello no se contrarresta con un deber especial de “tolerar” las agresiones y aduna que “la situación no ameritaba utilizar postas de plomo, las agresiones habían ocurrido en otro lugar y en momentos previos. Cómo puede sostenerse entonces que NO hubo abuso de función por parte de Vega?”.

Por último, solicitan se case la resolución en crisis y hacen expresa reserva de la cuestión federal.

IV.- La Defensa Oficial de Gustavo Ezequiel Vega, interpone su recurso de casación dando origen a la causa n° 66.669, acumulada en autos, denunciando –v. fs. 98/114 vta. de la causa de mención- la falta de fundamentación del decisorio en orden a la acreditación de la materialidad ilícita y la autoría imputada a su defendido.

Dirige su primer embate al dolo del hecho sometido a juicio y a la forma en que se fundó el mismo, marcando contradicciones del resolutorio. Luego, hace lo propio con la herida de proyectil de arma de fuego inferida a Luciano Joaquín Romero, resaltando que no quedó fehacientemente demostrado el lugar del cuerpo en que recibió el impacto, lo que importa también variaciones en orden a la dirección del disparo. Critica, también, la veracidad del testimonio de Romero al no poder especificar la cantidad de disparos que escuchó.

Señala el letrado defensor que la autoría se acreditó mediante un reconocimiento impropio de su asistido de parte del testigo Romero, efectuado en la sala de audiencias, lo que resulta legalmente inadmisibles, máxime cuando presenció el interrogatorio de identificación de Vega en su calidad de particular damnificado, así como las formales imputaciones que le dirigieron las partes acusadoras. “La posibilidad de considerar como prueba de cargo legítima un señalamiento realizado durante la audiencia de debate... pone en riesgo al acusado que

se encuentra en el más completo estado de indefensión pues ese acto impropio no está rodeado de las garantías orientadas a impedir falsedades, errores, etc. (como sí sucede con el reconocimiento en fila de personas legislado en el art. 257 y ss. del CPP)”.

Entiende que la incriminación que hizo Romero de Vega no fue espontánea, ya que en la fila de reconocimiento no lo reconoció ya que señaló a otra persona –un hermano del imputado-; para luego declarar en la Fiscalía que quien le había disparado era parecido a quien había reconocido en la diligencia, lo que volvió aclarar en el juicio oral, dando cuenta de cambios fisonómicos ligados al informe de fs. 452 del principal, al que también contraría. A su vez, cuestiona los argumentos del a quo por los cuales no valora la primigenia rueda de reconocimiento.

Menciona que, por las circunstancias del caso, Romero no se hallaba en condiciones de reconocer a quien le disparó. Alude, además, que resultó demostrado que Azario estaba junto a Vega cuando se efectuaron los disparos, lo que no podía dejar de ser visto por Romero, lo que pone en crisis el testimonio de éste.

Subsidiariamente, se agravia de la manera en que se meritó el plexo probatorio para descartar la aplicación del art. 34 incs. 4° y 6° del Código Penal, o en su defecto, del art. 35 del mismo cuerpo normativo.

Señala que los testigos Junkers, Buffa y Monzón mencionaron la presencia de personas que disparaban armas de fuego contra los efectivos policiales; que la alternativa de guarecerse de los disparos o de emplear la pistola reglamentaria, desconoce que un experto en armas carga y utiliza rápidamente la que tiene en sus manos, en vez de cambiarla por otra; y que en un contexto de violencia generalizada, la actitud defensiva fue necesaria y proporcional. Por ello, reclama la aplicación de la justificante de legítima defensa.

De no receptarse tal pretensión, solicita se aplique lo dispuesto por el art. 35 del C.P. sobre la base de que el decisorio confirma que Vega actuó con una disminución de su capacidad de autodeterminación en virtud del contexto de hostilidad y agresividad en el que se hallaba.

Por último y también en subsidio, se alza el defensor técnico contra el proceso de mensuración de la sanción punitiva regulado por los arts. 40 y 41 del C.P.

Refiere que no corresponde acoger como severizante la posición de Romero al recibir el proyectil, por cuanto no se ha determinado que estuviera de espaldas, incluso porque la advertencia de parte de Vega de tal circunstancia se admite sólo como una posibilidad.

Rechaza la utilización como agravante de la pena el mayor riesgo para terceros, cuando no se comprobó la presencia de otras personas en el sitio donde se encontraba la víctima.

Por último, ataca por subvaloradas e infundadas las pautas diminuentes aplicadas por el a quo, estimando que deben ponderarse de modo que reduzcan más el quantum sancionatorio.

V.- Adjudicados que fueron los autos a esta Sala I, se notificaron a las partes quienes desistieron de la audiencia del art. 456 del ceremonial, y presentaron sus respectivos memoriales de conformidad con el art. 458 del C.P.P.

El Sr. Fiscal ante este Tribunal de Casación, Dr. Carlos Arturo Altuve, a fs. 237/238 de la causa que opera como principal, mantiene el recurso interpuesto por el Agente Fiscal de la instancia originaria, y a fs. 276/283 propugna el rechazo del recurso casatorio de la Defensa Oficial de Gustavo Vega.

A fs. 249/256 vta. del principal, luce el memorial presentado por el defensor particular de Gustavo Sebastián Rey, con amplios fundamentos, solicita se rechacen los recursos de casación incoados por los acusadores público y privado.

El Ministerio Público de la Defensa, en la presentación luciente a fs. 261/274 del Sr. Defensor Adjunto ante estos estrados, Dr. José María Hernández, mantiene el recurso interpuesto por el Defensor Oficial de Gustavo Ezequiel Vega y postula el rechazo de los similares del Ministerio Fiscal y del particular damnificado.

Mediante el decreto de fs. 247, por existir conexidad objetiva, se ordenó la acumulación de los tres procesos de epígrafe.

Concluido el trámite de ley y puestos los autos en condiciones de resolver mediante el resolutorio de fecha 27 de agosto de 2015 (fs. 284/284 vta.), el Tribunal decide plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Son procedentes los recursos de casación deducidos?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

I.-

En la resolución de fs. 284/284 vta., mediante la cual se dispone la prórroga, se ha señalado la complejidad del presente incidente impugnativo debido a la multiplicidad y naturaleza de los planteos de los recurrentes, en lo que no quedan en zaga los hechos sometidos a enjuiciamiento por el Tribunal de grado.

Por ello, y a fin de lograr otorgar una adecuada respuesta a las distintas presentaciones que tengo en estudio, deviene inexorable señalar que el a quo ha tenido por debidamente acreditado en la primera cuestión del veredicto impugnado (f. 98 vta. de la causa principal) que “el 03 de febrero de 2011 entre las 15.30 y 17.00 hs., en el predio llamado Villa Cárcova, sito en inmediaciones de las vías del Ferrocarril Mitre y calle Aguado de la localidad de José León Suárez, Pdo. San Martín,

I. Un efectivo policial de la provincia de Buenos Aires, efectuó dos disparos con la escopeta que le fuera provista, marca Escort (serie nro. 159.970), cargada con cartuchos que contenían nueve postas de plomo, en sentido que impactó a Luciano Joaquín Romero con una posta en la zona lumbar y le ocasionó lesiones graves que, habiendo recibido asistencia médica, no produjeron su muerte.

II. Entre uno y dos efectivos policiales de la provincia de Buenos Aires, efectuó o efectuaron disparos hacia Franco Raúl Almirón con escopeta/s cargada/s con cartuchos que contenían nueve postas de plomo, ocasionándole múltiples lesiones que le produjeron la

muerte; y en sentido que impactó a Mauricio Gabriel Ramos con postas que ingresó en región torácica y le produjo la muerte”.

Tales los hechos tal como fueron descriptos por el sentenciante los que, adelanto, no han recibido la plena conformidad de las partes, como se perfilará más adelante.

II.-

De acuerdo con el modo como han sido planteados los agravios de las partes acusadoras, corresponde examinar en primer lugar, los que se refieren a la autoría responsable de Gustavo Sebastián Rey en los hechos por los que fuera absuelto por el Tribunal de grado. Tanto la representación del Ministerio Público Fiscal como de los particulares damnificados fundan sus pretensiones en similares argumentos de hecho y de derecho, lo que impone su tratamiento conjunto.

Liminarmente, debe señalarse que el a quo ha dictado la absolución de Gustavo Sebastián Rey respecto de las muertes de Mauricio Gabriel Ramos y Franco Raúl Almirón acudiendo al principio in dubio pro reo del art. 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. No obstante, la manda de fundamentar los actos de gobierno (art. 1, 28, C.N.) implica que aún el recurso a este principio e cobertura fundacional habrá de ser sólida y razonablemente fundado en las circunstancias objetivas comprobadas del caso (art. 171 Const. Pcia. Buenos Aires), a fin de resguardar el debido proceso legal como tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Borthagaray, Carlos R.” (Fallos 311:2402), entre otros precedentes. De allí que se autorice a este Tribunal casatorio a examinar el iter seguido por el judicante, aventando todo atisbo de arbitrariedad o subjetividad que pudiera comprometer la labor del servicio de justicia.

Tanto el representante del Ministerio Fiscal como los letrados de los particulares damnificados hacen hincapié en la incorrecta valoración que se hiciera de los dichos del testigo Ángel Ariel Aguirre, soporte principal de la imputación dirigida a Rey.

En este aspecto, advierto que se han descartado las expresiones vertidas por el deponente en la audiencia de debate,

haciendo primar la solitaria apreciación que éste expresara en la diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Vale recordar que en la labor jurisdiccional se impone la valoración conjunta de las pruebas, contrastándolas entre sí, buscando dialécticamente el arribo a una verdad lo más fiable posible, por lo que la inmediatez y el control de las partes propios del juicio oral y público, como parte de un proceso epistemológico de carácter falsacionista, llevan a otorgarle una especial y preponderante importancia a las versiones que los testigos expusieron en su seno.

El artículo 366 del Código formal pone el acento en ello: en su 6° párr., la norma dispone que nunca “pued[e] suplirse la versión oral por la documentada”. Y destaco ello porque al ser confrontado Aguirre con ciertas contradicciones entre lo expresado ante las partes y lo resultante de algunas constancias de la investigación incorporadas por lectura, el nombrado dio las explicaciones del caso, las que no fueron tachadas de mendaces, más no se les otorgó la entidad que establece el ritual ni se precisaron concretamente las razones por las cuales se descartaron (art. 371, 2° párr., C.P.P.).

No debe pasarse por alto –como se indica en el veredicto- que Aguirre señaló a Rey en la rueda de reconocimientos por ser “muy parecido” a quien observó disparar contra su primo, explicando que así se expidió porque percibió diferencias en su fisonomía: "... hice otra rueda que lo reconocí al muchacho de anteojitos -refirió en el juicio- pero vi algo más diferente, no se si tenía el pelo más achatado o el pelo más bajo, pero pienso que era él... Ese día tenía pirinchitos, corte con gel, anteojitos, tenía el pelo más pa bajo..."(v. f. 170 vta.). Gustavo Sebastián Rey, por su parte, al declarar a tenor del art. 308 del Digesto formal, reconoció haber llevado anteojos el día de los hechos (v. 156).

Del mismo modo, Aguirre explicó que el efectivo policial que se observa en una filmación de Crónica TV no era a quien sindicó como el autor del homicidio (f. 171). Insisto, no resultaron atendibles para el Tribunal de Juicio tales explicaciones, pero nada se fundó en ese sentido.

Tampoco puedo soslayar que Aguirre identificó a Rey como quien disparó contra Ramos y lo ubicó en el escenario de los hechos en el punto 3A de la planimetría, mientras que el inculcado dijo hallarse en un sitio distante al mismo, confirmado por otros funcionarios policiales.

No obstante, ha sido el propio Tribunal de la audiencia quién categóricamente da razones para poner en crisis la versión del imputado. En efecto, afirma para desacreditar esta versión exculpatoria, que “Rey miente en general, en punto a su real ubicación al tiempo del conflicto y en particular, al tiempo de los disparos mortales. Se puede deducir que lo hace porque, imputado de disparar con plomo allí, decide alejarse del teatro del hecho y colocarse en la otra punta, cerca de la máquina”. Y agrega, a renglón seguido: “los demás motorizados, sin embargo, no mienten únicamente para cubrir la coartada de Rey” (f. 173), detallando cada una de las mentiras observadas en sus deposiciones (f. 172 vta.) lo que determina que se diera intervención a la fiscalía en turno para investigar las posibles infracciones al art. 275 del Código Penal.

Aparece, entonces, la testifical de Aguirre con un grado de veracidad mayor al que se le otorgó en el veredicto.

Por último, cabe agregar que las experticias balísticas detalladas en el pronunciamiento criticado, no parecen incurrir en contradicciones que las invaliden. Repárese que el perito Ciriaco Salvador Palacios, sin descartar que pudieron ser más de uno los tiradores que produjeran la muerte de Almirón y Ramos, también dijo que los disparos – más de uno- pudieron ser de un tirador en movimiento (v. fs. 157 vta. y 170), lo que se condice con lo manifestado por el experto Carlos Raúl Suárez quien también dio cuenta de la posibilidad de que se tratara de más de un disparo (fs. 157 vta. y 170). Ambos balísticos ubicaron la fuente de los disparos en el punto 3A de la planimetría, lugar donde Aguirre ubicó a Rey y el testimonio de Gómez fijó a quien disparaba con postas de plomo.

La cantidad de postas de plomo halladas en el lavarropas cercano al lugar donde fue alcanzada una de las víctimas, lógicamente, demuestran que se efectuó más de un disparo con postas de plomo, pero no concluyen que fueran más de uno los tiradores.

La experticia balística de Javier Eduardo Desideri, en cambio, fue merituada de distinto modo en el tratamiento de la materialidad ilícita (v. f. 157 vta.) en relación con la cuestión segunda (f. 170 vta.) donde se analiza la participación de Rey en el luctuoso evento.

En el primero de los casos, se dijo que el perito indicó tres puntos de disparos, mientras que en el segundo, sólo se mencionaron dos. Ello así, lleva a restarle valor convictivo.

En relación a la testimonial de Marcelo Nicolás Gómez (fs. 143/145) cabe señalar que, como lo manifestaran los recurrentes, ubica a un policía con similares características a las atribuidas por Aguirre a Rey -de "pirinchitos" y anteojos para sol-, disparando en el mismo sitio que aquel testigo mencionara. Es más, la dinámica de dicho efectivo es la misma: contra los vagones pero adelantándose para disparar hacia las personas; vale decir, un tirador en desplazamiento, lo que concuerda con lo dictaminado por el perito balístico Ciriaco Salvador Palacios. Que el deponente haya escuchado "una banda de tiros" a diferencia de lo expresado por Aguirre no desvirtúan los dichos de ninguno, como se hace en el veredicto; no significa ello que el testigo pudiera discriminar disparos de postas de goma y disparos de postas de plomo, o el número de tiradores. Se resalta en el decisorio, con cierta contradicción, que la "banda de tiros" podía "ser uno con munición múltiple" (f. 145 vta.).

Observo sobre este tópico que las distinciones entre el número de disparos que efectuara Gustavo Vega -según Luciano Romero- indicados ante las autoridades a cargo de la etapa investigativa, y lo referido en el debate, fue correcta y razonablemente explicada por éste en esta última oportunidad (v. f. 135), lo que compartió el órgano de juicio por parecerle "comprensible que se confunda cantidad de disparos, cuando se efectuaban muchos y con munición múltiple" (f. 167). Sin embargo, las razones para así merituar lo testimoniado por Romero (arts. 210 y 373 C.P.P.), asombrosa y contradictoriamente no fue considerada respecto de las testificales de Aguirre y Gómez, quienes se hallaban en el mismo escenario conflictivo que aquél, como con corrección advierten los letrados de los particulares damnificados.

Que el sujeto “de pirinchitos” no fuera el de la moto según lo manifestara Gómez, resulta coherente si estamos a su relato, puesto que dijo reconocer al “blanquito” que disparaba con una Itaka, que no era otro que Azario, que había arribado al lugar como escopetero en una motocicleta, ingresando al escenario de los hechos por la calle Aguado. Tampoco determinó el testigo cómo arribó al sitio aquél que tenía “pirinchitos”.

A mi modo de ver, las pruebas disponibles que se señalan en párrafos precedentes habilitan apartarme del razonamiento seguido en el veredicto. En efecto, a diferencia de lo sostenido en la conclusión absolutoria, coincido con la argumentación de los recursos en punto a que los testimonios reseñados, la planimetría y las pericias balísticas integradas al juicio confluyen en ubicar al imputado Rey en el lugar desde donde se efectuaran los disparos que impactaron con resultado letal.

III.- La Defensa Oficial de Gustavo Ezequiel Vega se agravia -como se adelantó más arriba-, de la manera en que el Tribunal de mérito acreditó la materialidad infraccionaria y la autoría responsable de su ahijado procesal, así como de la verificación del dolo del tipo penal por el cual llega condenado. Paso a responder:

A) En orden al lugar de la integridad física de Luciano Romero donde se constató la herida, advierto que más allá de la confusión del a quo, no resulta desincriminante si la misma se encontraba en la zona lumbar o en el tórax y abdomen, por lo que la base imputativa se mantiene incólume.

Ha sido plenamente acreditado que Luciano Romero fue herido en los disturbios del día del hecho por un efectivo policial que disparó con postas de guerra. Las lesiones que presenta en su cuerpo fueron constatadas mediante la intervención y tratamiento de los médicos del Hospital Thompson.

De acuerdo con el relato de la víctima, en la dinámica y confusión propia de los hechos que lo tenía como espectador, vislumbró cuando el policía se preparaba en posición de tiro luego de aparecer entre los pastos de mediana altura: “No me dio ni tiempo a darme vuelta y ya escuchó los disparos” manifestó (f. 135 de este incidente), pero

también mencionó sentir un ardor en la espalda, que se correspondería con la lesión lumbar indicada por el veredicto, y que se tomaba la panza y que sangraba, lo que tiene pleno fundamento en la historia clínica de fs. 98/108 vta. del principal –incorporado por lectura al debate-.

Más allá de ello, tal como adelantara, se encuentra demostrado que Romero recibió el impacto de un perdigón de plomo, que puede variar en la zona donde impacta según el movimiento del cuerpo al momento de ser alcanzado por el proyectil. Movimientos que dijo el testigo hizo para evitar un desenlace más gravoso para su persona.

No obstante, de esa situación –confusión mediante del a quo al delinear la plataforma fáctica- no puede colegirse una prueba exculpatoria de Gustavo Vega cuando el perito balístico Ciriaco Salvador Álvarez explicó, teniendo a la vista las constancias de fs. 605 y ss. y 845 y ss. de los autos principales, que “de 1 [lugar donde se hallaba el imputado Vega disparando] a 5 [sitio donde fue herido Romero], por la distancia y la dispersión, puede la víctima recibir al menos, una posta. Hay unos 25 metros. Con la escopeta Escort (hecho I), da nueve impactos. La cantidad de postas recibidas, dependería de las circunstancias del momento. Si está corriendo, puede recibir las nueve, puede recibir una” (v. f. 157 vta.).

La distinta ubicación de la herida no varía un ápice la ubicación del tirador, como se concluye de un examen conglobado de las pruebas, resultando que este sujeto podía dar en uno u otro sector del cuerpo de la víctima de acuerdo con el movimiento de ésta, quien advertida del peligro que corría, intentó evitarlo de modo casi instintivo.

En cuanto al embate que se dirige a la deposición de Luciano Romero, entiendo que la diferencia entre el número de disparos que dijera haber escuchado ante las autoridades de la investigación, y lo relatado ante las partes en la audiencia de debate, ha sido suficiente y razonablemente explicada por el deponente (v. f. 135 de este legajo). Comparto las razones que se explican en el veredicto al señalar que el violento desorden reinante en el escenario de los hechos puede hacer dudar a un testigo acerca de lo percibido, sin que ello quite mérito a sus dichos. La cantidad de disparos efectuados y la diversa munición empleada permiten sostenerlo.

Tampoco puedo acompañar a la parte recurrente en sus críticas al modo como la víctima Romero ha reconocido a su ahijado procesal; estimo, por el contrario, que la significación que ha de atribuirse al reconocimiento en rueda de personas, lo es en el conjunto de las probanzas.

No puede desatenderse a una cuestión ineludible: el reconocimiento en fila de personas regulado por el art. 257 ss. y ccdtes. del Digesto formal bonaerense, es complementario de la declaración testimonial del reconociente; es más, la integra y su mérito no puede hacerse en solitario, sino de conformidad con el resto de las pruebas bajo la guía de la sana crítica (arts. 210 y 373 C.P.P.).

En este sentido, no puedo menos que observar que aún cuando Romero señaló a un hermano del imputado Vega en la rueda de reconocimientos -cuya acta ingresara por lectura al debate en virtud del art. 366, 6° párr., del C.P.P.- el mismo poseía similitudes fisonómicas con aquél.

Bien se ha destacado en el veredicto (v. f. 166) que Gustavo Vega había cambiado su aspecto para la realización del reconocimiento en fila durante la investigación preliminar, ya que se peinó con flequillo mientras que el resto de los integrantes lo hizo del modo como habitualmente lo hacía el nombrado. El informe de fs. 452 y las placas fotográficas examinadas por el Tribunal, dieron cuenta de ello, sumado a que –como se subraya en el decisorio-, el acusado retornó a su peinado habitual para el juicio oral (f. 166).

Aún cuando el Sr. Defensor Oficial postula un claro desacuerdo con el mérito otorgado al mencionado informe de fs. 452, no es menos cierto que no lo sustenta en cuestiones objetivas que lo desvirtúen. Como si fuera poco, las placas fotográficas referidas y la percepción de los Sres. Jueces en el marco de la inmediatez del juicio oral y público, dejan al descubierto una simple discordancia con su empleo probatorio sin un intento fundado de desacreditarlo. Menos aún de mostrar su falsedad.

Entonces, y en línea con ello, debe valorarse el reconocimiento concretado por Luciano Romero en la sala de audiencias, el

que no se desarrolló de conformidad con el art. 362 del ritual, sino espontáneamente, momentos antes de iniciarse el debate.

La víctima terminantemente manifestó: “Lo conozco al policía, lo conocí cuando entró” (f. 165), y es que ya Vega llevaba el peinado que habitualmente usaba, con el que Romero lo vio en el escenario de los hechos. El señalamiento de un hermano en la fila de reconocimiento no conmueve tal afirmación, puesto que en la oportunidad se guió por similitudes físicas que, como se dijo, había variado el imputado ex profeso pero que se habían reeditado de alguna manera en el resto de los integrantes de la diligencia. No obstante, las semejanzas con su hermano –peinado por medio-, refuerzan el hecho de que Romero vio a quien le disparó como lo terminó aseverando en el plenario, señalando a Vega que había recuperado su apariencia acostumbrada.

Luego, tampoco merecen ser atendidos los ataques a la veracidad de los dichos de Romero.

Nada hace suponer que el nombrado no estuviera en condiciones de reconocer a su atacante, como lo manifiesta el impugnante, y menos aún que la presencia de Azario junto a Vega demuestre su mendacidad. Correctamente se descarta tal conjetura en el veredicto al explicarse que Vega y Azario se hallaban ocultos en un pastizal y que, aún cuando Romero no hubiera visto a este último policía, sí lo ubicó en dicho lugar el testigo Aguirre (v. f 167).

La diferencia de dos metros de distancia entre Azario y Vega no resulta dirimente, puesto que no deja de ser una distancia demasiado pequeña como para que un tercero observador indique que no se hallaban cercanos uno de otro.

Romero observó a Vega en ese sitio exacto; Azario se ubicó -según sus propios dichos-, a su lado; Romero no ve a Azario pero sí lo hizo Aguirre. Es decir, Vega tenía la precisa ubicación que le atribuyó su víctima.

B) Sentado lo anterior, cabe referirse al embate dirigido al modo como se sustentó el dolo típico del conato de homicidio por el cual se condenó a Gustavo Ezequiel Vega.

Como expresé en mi voto en las causas n° 67.576, “Caroni, Leonardo Pedro Antonio” y su acumulada n° 67579, “Vega, Roberto Carlos y Piedrabuena, Santiago Nicolás”, “bien es sabido que dado el estado actual de la ciencia no existen métodos para determinar en modo certero el conocimiento y la voluntad con que una persona obró en un determinado hecho, y es por ello que al efectuarse la reconstrucción judicial de los sucesos, su comprobación se lleva a cabo a partir de la ponderación de las distintas particularidades del obrar imputado y de las circunstancias externas que rodearon el acontecer histórico investigado”, lo cierto es que en el presente caso se advierten sobrados elementos como para atribuir fundadamente al imputado la comisión del delito de homicidio en grado de tentativa.

Primeramente, debo destacar una circunstancia que no ha sido puesta en crisis por el impugnante y que arriba firme a estos estrados (art. 111 C.P.P.): Vega disparó contra la gente con proyectiles de plomo.

En este aspecto, nadie cuestiona los dichos de otro de los presentes en el lugar, el funcionario policial Ignacio Gastón Azario quien, en su declaración informativa incorporada al pleno en los términos del art. 366 C.P.P., relató: “Disparó él con escopeta y también Vega, con postas de goma unos cuantos cartuchos cada uno... En un momento, ve que Vega saca del bolsillo dos cartuchos rojos de plomo, se coloca en posición de tiro y dispara a la altura de la cabeza, dos veces. Lo hizo en paralelo al suelo, a la altura de la cabeza. Tampoco fijó la mira, sino que tiró como al montón de la gente. No dudó y tampoco le hizo ningún comentario... La distancia hasta la gente, serían unos 30 m... Vega, tras disparar, se va caminando para donde están los vagones descarrilados sin decir palabra. Los cartuchos con que disparó eran color rojo, de donde no hay duda que era con posta de plomo. Vega es instructor de tiro...” (fs. 141vta./142).

Estas circunstancias, a su vez, fueron narradas por Azario a su superior jerárquico, el comisario Jorge Antonio Cortez (f. 129), apenas concluidos los sucesos juzgados, lo que no pone duda de que ello fue lo que percibió por sus sentidos.

Esta dinámica de los hechos es la que resulta de la narración efectuada por Leonardo Romero en el juicio y, además, confirmada mediante los dictámenes de los peritos balísticos ya citados.

Por su experiencia en la fuerza policial, como por su capacitación como instructor de tiro y especialista en tácticas policiales, ningún elemento permite suponer que hubiera tomado por error aquellos cartuchos cuyo color específico denota que están cargados con perdigones de plomo. “No puso ‘por error’ en su escopeta un solo cartucho, sino los dos que escuchó disparar Azario”, subraya el judicante a fs. 169.

Comparto las palabras del a quo: “...si directamente hubiera querido acertar en el blanco y matar a la persona, disparando a esa distancia con escopeta, no tengo la menor duda de que habría acertado bastante más que una posta, en dos tandas de nueve. Es impensable la falta de efectividad de un instructor de tiro, si hubiera mediado dolo directo, a esa distancia. Debo entender entonces, tal como lo mencioné al describir la materialidad que encuentro probada, que Vega disparó cuando menos uno de los cartuchos con postas de plomo, en sentido que impactó con una posta a Luciano Joaquín Romero... Disparos que en el contexto de realización de una acción que aumentó sensiblemente el riesgo para la vida, vista la cantidad de personas que había en el lugar, supuso dolo eventual respecto de acertar a cualquiera de los presentes y también a Romero...” (f. 169 de este incidente).

Resulta razonable concluir de lo hasta aquí expuesto, que el inculpado obró con el dolo requerido por el tipo subjetivo del delito de homicidio, toda vez que los disparos efectuados con postas de plomo hacia la gente que se agrupaba en las cercanías, la posición de disparo asumida y la dirección impuesta a los mismos –la parte superior de la integridad de los destinatarios-, permite tener por acreditado que Vega, al emprender la acción descrita asumió la creación de un riesgo propio del delito de homicidio doloso, en tanto el riesgo asociado a esa acción conlleva una alta probabilidad de producción de un resultado letal que no se concretó por razones ajenas a su voluntad (art. 42 C.P.), pero cuyo conocimiento objetivo –y no cuestionado por la parte, agrego- no motivó un desistimiento de la actuación que se desplegaba.

La intención, por cierto difícil de desentrañar, es un juicio de valor secundario, que debe estar precedido por el análisis del riesgo efectivamente creado sobre el bien jurídico, y en esto, no puede sino concluirse en que la acción de disparar con postas de plomo hacia un grupo de personas, sin que se haya producido un desvío de la causalidad, aún sin tener la certeza de concreción del resultado (en rigor siempre inseguro) importa sin más una acción de tentativa de homicidio.

En palabras del veredicto impugnado: "... lo probado, es que Vega estaba oculto y sorprendió a Luciano Romero, cuando pretendía avanzar desde el puente hacia la formación. Entonces, efectuó disparos que por la distancia y cualidades del tirador, no se pueden tener como directamente dirigidos a matar a Romero. Pero que se efectuaron en un contexto que, para cualquier tirador, hacía muy probable herirlo mortalmente. No sólo a él, sino a cualquier otra persona de las tantas que había en el lugar" (fs. 175/175 vta.).

Todo lo cual, determina el rechazo de este agravio.

C) En forma subsidiaria, el defensor técnico de Vega reclama la justificación del actuar de su defendido conforme la norma del art. 34 inc. 6° del Código Penal, en lo que tampoco habrá de tener suerte.

Es correcto el análisis que se razona en el veredicto respecto del plexo probatorio para verificar la hipótesis planteada por la defensa; nada advierto de arbitrario o absurdo en ello (arts. 210 y 373 C.P.P.).

La sola indeterminación de la agresión que se intenta hacer ver que sufrió el imputado mediante disparos de arma de fuego o para repeler una similar con un arma de puño, pronta a iniciarse, no fue verificada probatoriamente.

Romero no llevaba armas de fuego en su poder, ni elemento alguno que pudiera ser confundido con una de ellas. Tampoco pudo ser ubicada ninguna persona junto a éste que agrediera disparando a los policías, lo que pudo haber determinado la razonabilidad del empleo de cartuchos con postas de guerra.

En este sentido, cobran importancia las órdenes impartidas por el subcomisario Carlos Amado Silva de mantenerse junto a la formación ferroviaria en resguardo de los bienes del convoy. En ese contexto, en la impartición de esa orden subyace el examen de la situación violenta que se venía suscitando y el descarte de peligros para la vida de las personas que eventualmente determinarían el empleo de munición de plomo, lo que había sido adecuadamente informado a sus subalternos –“Formé al personal en una hilera, les prohibí el uso de la pistola y de posta de guerra”, dijo en el debate (f. 106)-. Aún cuando en un momento determinado del desarrollo del suceso se acabaron las postas de goma, el comisario Víctor Hugo Hualde (f. 120 vta.) fue a buscar más cartuchos de esa especie, pero no se ordenó cambiarlos por los de guerra para reprimir a los sujetos que se reunían en las inmediaciones y que podían reincidir en su intento de saqueo de los vagones.

Ignacio Gastón Azario mencionó en su testimonio, que “fueron agredidos con armas de fuego, pues desde la villa se escuchaban disparos dirigidos hacia los efectivos” (f. 141 vta.), pero no precisó quién o quiénes hacían tales disparos, puesto que sólo los escuchó. Este dato aportado por Azario no es menor, ya que se trata de quien se hallaba junto a Vega en el momento en que se desarrollaron los hechos: no vio que nadie disparara directamente en contra de Vega que autorizara a éste a repelerlo con perdigones de plomo.

Por lo demás, si los disparos venían de la “villa”, ésta se hallaba detrás de Romero, y la incertidumbre respecto de la ubicación del o de los tiradores, no hacían razonable disparar al grupo que se aglomeraba delante de las viviendas –como lo relató Azario-, pero distantes ya de la formación ferroviaria. En síntesis, los efectivos policiales no se encontraron sometidos a ningún riesgo cierto.

Los testimonios de Junkers, Buffa y Monzón no logran modificar tales conclusiones. El primero, dijo haber visto personas con armas de fuego pero no pudo aseverar que atacaran a Vega; es más, no recordó “si en el árbol había gente tirando” (f. 100), lo que es de suma relevancia puesto que en la zona lindante al mismo se hallaba el puente donde fue herido Romero, el testigo Aguirre y el occiso Almirón.

Claudio Norberto Buffa observó a un tal “Andresito” y a otros sujetos disparar contra los efectivos policiales (f. 146), de modo similar a la testigo Rosana Mabel Monzón (f. 148 vta.), pero ninguno de los testigos pudo precisar que atacaran a Vega. Es más, como hace notar el a quo, ubicaron a éstas personas en un lugar distante, en la esquina de Paso de la Patria y Aguado (v. f. 175).

Lo que sí queda claro es que Vega incumplió la orden impartida por el Subcomisario Carlos Amado Silva de mantenerse en posición junto a la línea de los vagones del tren descarrilado, protegiéndolo de eventuales intentos de saqueos (fs. 175 vta/176), actuando ilegítimamente cuando disparó con postas de plomo hacia la gente, lo que también había sido expresamente prohibido, según se explicó antes.

Sobre este tópico, no puedo dejar de observar que las facultades de actuación del personal policial bonaerense se encuentran expresamente reguladas en la ley 13.482 de Unificación de las Normas de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, en cuyo art. 9 se establece de manera general: “Los miembros de las Policías de la Provincia de Buenos Aires actuarán conforme a las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. Su accionar deberá adecuarse estrictamente al principio de razonabilidad, evitando todo tipo de actuación abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral contra las personas así como también al principio de gradualidad, privilegiando las Áreas y el proceder preventivo y disuasivo ante que el uso de la fuerza y procurando siempre preservar la vida y la libertad de las personas”.

Específicamente, y en lo relativo al empleo de armas, su art. 13 incs. f) y g), dispone los siguientes principios básicos de actuación policial: “f) Ejercer la fuerza física y coacción directa en función del resguardo de la seguridad pública solamente para hacer cesar una situación en que, pese a la advertencia u otros medios de persuasión empleados por el funcionario policial, se persista en el incumplimiento de la Ley o en la conducta grave y utilizar la fuerza en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia del infractor y siempre que no le infligiera un daño excesivamente superior al que se quiere hacer cesar”; “g) Cuando el empleo

de la fuerza y de armas de fuego sean inevitables, identificarse como funcionarios policiales y dar una clara advertencia de su intención de emplear la fuerza o armas de fuego, con tiempo suficiente como que para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia pusiera indebidamente en peligro al funcionario policial, se creara un riesgo cierto para la vida de otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso”.

Como puede percibirse de lo transcrito, la norma reglamentaria sólo contempla la utilización de armas de fuego para la legítima defensa propia y de terceros (art. 34 incs. 6° y 7° C.P.), propendiendo al empleo de medios disuasivos o ajenos a la fuerza física, quedando como ultima ratio el uso de las armas de fuego. En el caso bajo examen, la utilización de armas con cartuchos de postas de goma aparecía razonable, máxime cuando la orden impartida por la autoridad a cargo del dispositivo era mantenerse contra la formación ferroviaria para su protección.

Por ende, no demostradas las exigencias del inc. 6° del art. 34 del C.P., no corresponde hacer lugar a la pretensión defensiva.

Ahora bien y de consuno, al no verificarse una situación justificante o posición originaria legitimante –en palabras del veredicto a f. 181- de la cual Vega se excediera por error en su apreciación, dando lugar a una eximente putativa, no puede ampararse en la hipótesis del art. 35 del C.P. que reclama imperiosamente ese error ya descartado: la claridad de las órdenes que el subcomisario Carlos Silva les impartiera a sus subordinados y la ausencia de agresión, no autorizaban a que ninguno de ellos se apartara de la formación para disparar con munición prohibida, contra personas que no desarrollaban una agresión que así lo justificara.

Por lo demás, el conocimiento y habilidades específicas del imputado, no sólo por su trayectoria en la institución, sino por su calidad de instructor de tiro y especialista en tácticas policiales, suponen una posibilidad de análisis de la situación que mal podría recaer en un yerro.

D) Arribado a este punto, debo responder los planteos dirigidos a cuestionar el modo de mensuración de la pena impuesta a Gustavo Ezequiel Vega, en la denunciada infracción de las normas de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Más arriba –en III.A)- expliqué que la falta de certeza respecto del sitio puntual en que ingresó el proyectil en el cuerpo de la víctima Luciano Romero en las circunstancias precisas en que ello sucedió, no incide en la materialidad infraccionaria imputada, ni se percibe como un quebranto de garantías constitucionales.

Pero, por el contrario, de la referida incerteza que no conmueve la base de imputación, no puede afirmarse que del disparo por la espalda –como lo reclamó el representante del Ministerio Fiscal- resulte una pauta severizante de la sanción que merezca ser valorada. Se erige como un valladar el principio in dubio pro reo (arts. 18 y 75 inc. 22° C.N.; 1° C.P.P.). Debe, por consiguiente, obliterarse.

En cambio, no habrá de acogerse la restante embestida contra la individualización de la pena por la cual se intenta restar valor agravante al mayor riesgo para terceros que supuso disparar con cartuchos munidos de proyectiles de plomo, en un lugar donde se aglomeraba la gente (v. f. 177).

Según lo manifiesta el casacionista, no se ha demostrado la presencia de otras personas con riesgo de ser alcanzadas por los perdigones. Pero tal aseveración no se corresponde con la prueba rendida en el juicio oral; con ánimo de resumir, tan solo vale recordar que, además de Luciano Romero, en las inmediaciones se hallaban el testigo Aguirre y el fallecido Almirón. Además, deben considerarse los incuestionables dichos del efectivo policial Azario quien se hallaba junto a Vega y con igual punto de visión: reveló que el inculcado “dispar[ó] a la altura de la cabeza, dos veces. Lo hizo en paralelo al suelo, a la altura de la cabeza. Tampoco fijó la mira, sino que tiró como al montón de la gente” (v. f. 141 vta.).

Basta ello para responder la crítica.

Por último, y en relación con la subvaloración de las diminuentes, tal como se denuncia en el escrito recursivo, advierto que no se ha señalado concretamente cuál ha de ser el quantum de disminución que las dos atenuantes –buena conducta funcional precedente y contexto de realización de la acción antijurídica- debieron poseer para el Tribunal de Juicio ni las razones para ello (arts. 421 y 451 C.P.P.).

La inexistencia de sanciones penales o disciplinarias previas al suceso ilícito acaecido, fueron analizadas por el sentenciante y ponderadas con la quita de una cantidad de pena determinada, tornándose inútil el cuestionamiento por insuficiente. En cuanto a la meritación del contexto de la acción ilícita, los conocimientos y habilidades como instructor de tiro y especialista en tácticas policiales (f. 184), importan en el agente del orden una mayor capacidad de actuación en situaciones extremadamente conflictivas no exigibles para el resto de los ciudadanos. No advierto, entonces, que en ese marco, la pauta atenuante hubiera sido valorada de manera irrazonable o desproporcionada.

No obstante, la quita de la agravante de la pena con fundamento en que la víctima recibió el disparo en la zona lumbar, habrá de reflejarse positivamente en la misma.

IV.- Es menester analizar los planteos de ambas partes acusadoras respecto de la valoración jurídica del hecho endilgado a Gustavo Vega y la inobservancia de la norma del art. 80 inc. 9° del Código Penal en su relación con el art. 42 del mismo cuerpo legal.

Adelanto que no comparto los argumentos expuestos por el Tribunal de grado cuando analiza la subsunción legal que corresponde a los hechos enjuiciados en la primera cuestión de la sentencia (v. fs. 179/182 de este incidente impugnativo).

Me explico:

En primer lugar, es correcto el descarte que se hace en la resolución en crisis de la aplicación de la norma del art. 35 del C.P. (v. f. 181). No se vislumbra –como ya se dijo- dato alguno que permita sostener un error sobre las circunstancias objetivas presupuesto de una causa de justificación. Pero –vale aclarar- dicha disposición resulta plenamente aplicable cuando se erigen los cimientos de una eximente putativa, sea el yerro de un funcionario policial –deberes especiales incluidos que llevan a un examen más estricto de la situación ante sus conocimientos y capacidades específicas- o de un particular.

Sentado ello, advierto que el a quo distingue el “abuso” funcional con base en los deberes impuestos: sólo los deberes activos –en el caso, el de mantener un cerco de resguardo del tren

descarrilado- serían los exigidos por el tipo penal agravado del art. 80 inc. 9° del C.P., mientras que los deberes omisivos –en el caso analizado, el de tolerar la agresión de quienes intentaban saquear la formación ferroviaria- sólo aplicables a los funcionarios públicos, llevan a la figura legal básica del art. 79 C.P., lo que salvaría la proporcionalidad de las penas en cada caso.

El argumento del Tribunal, aunque original, me lleva a apartarme de tal razonamiento, no sólo porque la distinción propuesta entre los deberes conlleva la solución propuesta, sino que, como se señaló antes, las órdenes del subcomisario Silva no eran solamente las de tolerar las agresiones de terceros, sino conjuntamente las de mantenerse en formación resguardando el convoy descarrilado sin el empleo de munición de guerra, ya que la situación no lo ameritaba, y sin sobrepasar esa línea imaginaria (v. fs. 106/107), todos deberes activos. Por lo que, queda de manifiesto que cuando Vega decidió adelantarse de dicha formación, elevarse entre unos pastizales y disparar su escopeta utilizando cartuchería expresamente vedada, en dirección a la gente –como dijo Azario y confirmó Romero-, incumplió las órdenes que le habían sido dadas, y no sólo la de tolerar la situación como lo entiende la sentencia en crisis.

De acuerdo con el argumento del sentenciante, “no comprende el exceso legislado, aquellos casos en que quien se excede en la respuesta, incumple un deber especial de tolerancia o de obediencia” (f. 182); pero, insisto, no se tratan de meros excesos de quien cumple con su deber, lo que resulta captado por el art. 35 del Código Penal de cumplirse todos sus recaudos, sino de incumplimientos dolosos de las normas y órdenes funcionales con el fin de quitarle la vida dolosamente a un semejante, aún cuando la muerte se concrete con dolo eventual.

Por lo demás, tampoco han de tener mejor suerte los fundamentos ensayados por el Sr. Defensor Adjunto ante este Tribunal de Casación provincial.

Estima en su memorial que sólo corresponde la aplicación de la figura agravada de homicidio del art. 80 inc. 9° del Código Penal cuando el sujeto activo mata actuando inicialmente fuera de los límites de la necesidad, utilizando “las ventajas que provee el monopolio de la fuerza” (f. 272 vta.), deslindando así de aquellos casos “en los que el juicio

de desvalor de la acción es más leve porque la conducta ha iniciado dentro de los límites de la necesidad luego excedida y que quedan abarcados por el tipo básico” (f. 273). Pero, como se aprecia, se vuelve a incurrir en el yerro ya observado, que es no advertir que si el comportamiento del funcionario se despliega inicialmente amparado en los límites de la necesidad, su exceso ingresa en la norma del art. 35 C.P., o, en su caso, de tratarse de un yerro sobre una circunstancia fáctica que condiciona una causa de justificación, lo que en doctrina se conoce como eximente putativa, la vencibilidad de ese error, desde los postulados de la teoría limitada de la culpabilidad harían aplicable al caso los efectos de la regla del art.35. No obstante, ninguno de los presupuestos se dan en el caso, donde los hechos probados descartan de plano una conducta inicialmente legitimada y mucho menos un yerro en las condiciones antes explicadas.

Ello así, porque nada impide que el agente que lleva a cabo su conducta en cumplimiento de un deber jurídico se sustraiga al mismo para matar, por fuera de toda errónea apreciación de los presupuestos de tal deber y abusando de su función. Como sucedió en autos.

Corresponde, por todo lo expuesto, readecuar típicamente el hecho por el que fuera condenado Gustavo Ezequiel Vega como tentativa de homicidio calificado por abuso de la función policial y por el empleo de arma de fuego, de conformidad con los arts. 41 bis, 42 y 80 inc. 9° del Código Penal argentino.

V.- Previo a efectuar la propuesta al acuerdo entiendo necesario exponer las razones y los alcances del reenvío que, de concitar adhesión, será el curso a seguir por estas actuaciones.

En primer lugar, en lo que hace a la situación de Gustavo Ezequiel Vega, el recurso de la acusación, tanto estatal como particular, debe ser estimado a partir de las razones vertidas en los acápites que anteceden.

Se ha explicado entonces que el propósito recursivo sólo persigue una rectificación a nivel de la subsunción típica de la conducta, por otra parte postulada a lo largo del proceso, por lo que no hay afectación en los hechos tanto a nivel objetivo como subjetivo.

Se trata de una exclusiva cuestión jurídica que respetando escrupulosamente los hechos probados no precisa de una revaloración de las pruebas ni de las personales strictu sensu ni de otras en las que sea necesario la realización de un nuevo juicio. En rigor, estamos frente a uno de los supuestos tradicionales de la Casación desde su función nomofiláctica.

No obstante la pena indivisible que corresponde asignar al caso, atendiendo a lo resuelto en punto a las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P. que han sido materia de evaluación en este pronunciamiento, el caso examinado requiere de la sustanciación de una audiencia de cesura de juicio (art. 372 del C.P.P.), en la que las partes y el imputado podrán fijar y discutir las respectivas posiciones en punto a una correcta individualización de la sanción a imponer, y de este modo habré de proponerlo al acuerdo.

De otro lado, distinto es el caso del imputado Gustavo Sebastián Rey, donde ingresamos en un recurso que al amparo de lo reglado por el art.448 inc. 1º impugnaba el dictado de un veredicto absolutorio.

La propuesta al acuerdo que transitará por la decisión de anular el veredicto absolutorio no será extensiva a la asunción de competencia positiva para dictar una sentencia ex novo.

En efecto, se ha estimado la procedencia de los recursos con base, entre otras, a cuantiosa prueba de fuentes personales (testimoniales) a las que el veredicto asignara un alcance diferente o en su caso supuestos donde, a nuestro entender, se constataron omisiones relevantes de valoración. Por tanto, en línea con las exigencias que se han postulado desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Stcias. del 22 de noviembre de 2011, caso "Lacadena Calero contra España"; Sentencia en el caso "Serrano Contreras contra España", entre otras, resuelta el 20 de marzo de 2012) corresponde la renovación de los actos necesarios para la celebración de un nuevo debate a llevarse a cabo por ante los nuevos jueces que resulten desinsaculados (art. 461 C.P.P.).

En tal inteligencia, con los alcances indicados en los acápites que anteceden, a esta primera cuestión VOTO POR LA

AFIRMATIVA en relación a los recursos de casación del Ministerio Público Fiscal y del Particular Daminificado; y VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa de Gustavo Ezequiel Vega.

A la primera cuestión, el señor juez doctor Violini, dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el doctor Carral; de modo que VOTO POR LA AFIRMATIVA en relación a los recursos de casación del Ministerio Público Fiscal y del Particular Daminificado; y VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa de Gustavo Ezequiel Vega.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde 1) Anular el pronunciamiento impugnado en cuanto absuelve a Gustavo Sebastián Rey y remitir los autos a la instancia de origen a fin de que nuevos jueces hábiles procedan a celebrar un nuevo debate conforme con lo aquí resuelto, sin costas en esta Sede; 2) Casar parcialmente la sentencia en relación a Gustavo Ezequiel Vega, recalificar legalmente el hecho por el cual fuera condenado como tentativa de homicidio calificado por abuso funcional de su autor, y por el empleo de arma de fuego, de conformidad con los arts. 41 bis, 42 y 80 inc. 9° del Código Penal, obliterar la agravante de la pena fundada en la lesión en la espalda de la víctima y remitir los autos a la instancia de origen para que, por donde corresponda, se lleve a cabo la audiencia de cesura de juicio del art. 372 del C.P.P. y se determine en concreto la pena aplicable al nombrado, sin costas en esta Sede (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 8.2.h C.A.D.H.; 20 inc. 1°, 421, 433, 448, 450, 451, 452 incs. 1° y 2°, 453, 454 inc. 1°, 456, 460, 461, 530, 532 y ccdtes. del Código Procesal Penal); 3) Tener presente la reserva del caso federal de los letrados del particular damnificado (art. 14 ley 48); 4) Diferir la regulación de los honorarios profesionales de los letrados del particular damnificado y del defensor particular de Gustavo Sebastián Rey por la labor desarrollada en esta Sede,

hasta su definitiva fijación en la instancia originaria (arts. 534 C.P.P.; 31 y ccdtes. ley 8.904).

ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos.

ASÍ LO VOTO.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

SENTENCIA

I.- ANULAR el pronunciamiento impugnado en cuanto absuelve a Gustavo Sebastián Rey y remitir los autos a la instancia de origen a fin de que nuevos jueces hábiles procedan a celebrar un nuevo debate conforme con lo aquí resuelto, sin costas en esta Sede.

II.- CASAR PARCIALMENTE la sentencia en relación con Gustavo Ezequiel Vega, recalificar legalmente el hecho por el cual fuera condenado como tentativa de homicidio calificado por abuso funcional de su autor, y por el empleo de arma de fuego, de conformidad con los arts. 41 bis, 42 y 80 inc. 9° del Código Pena, obliterar la agravante de la pena fundada en la lesión en la espalda de la víctima y remitir los autos a la instancia de origen para que, por donde corresponda, se lleve a cabo la audiencia de cesura de juicio del art. 372 del C.P.P. y se determine en concreto la pena aplicable al nombrado, sin costas en esta Sede.

III.- TENER PRESENTE la reserva del caso federal de los letrados del particular damnificado.

IV.- DIFERIR la regulación de los honorarios profesionales de los letrados de los particulares damnificados y del defensor particular de Gustavo Sebastián Rey por la labor desarrollada en esta Sede, hasta su definitiva fijación en la instancia originaria.

Rigen los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 20 inc. 1°, 421, 433, 448, 450, 451, 452 incs. 1° y 2°, 453, 454 inc. 1°, 456,

460, 461, 530, 531, 532, 534 y ccdtes. del Código Procesal Penal; 14 ley 48; 31 y ccdtes. ley 8.904.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

FDO: DANIEL CARRAL - VICTOR HORACIO VIOLINI

Ante Mí: Jorge Andrés Álvarez