



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En la ciudad de La Plata, Capital de la Provincia de Buenos Aires, a los 21 días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunidos los señores Jueces del Tribunal en lo Criminal n° 1, doctores **HERNÁN JAVIER DECASTELLI, RAMIRO FERNÁNDEZ LORENZO y CECILIA INÉS SANUCCI**, con el objeto de dictar el veredicto conforme las normas del artículo 371 del Código Procesal Penal, en la causa n° **929/5520** (IPP 06-00-033640-13) seguida a **MAURICIO SERGIO AGUILERA** por el delito de **HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO** (arts. 41 bis y 79, CP), practicado el correspondiente sorteo del que resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **FERNÁNDEZ LORENZO - SANUCCI - DECASTELLI**, el Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Cuestión Primera: ¿Se encuentra acreditado el hecho materia de acusación y -en su caso- la participación del procesado en el mismo?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Ramiro Fernández Lorenzo dijo:

En sus alegatos de apertura, tanto la Fiscalía como el Particular Damnificado, expresaron sus lineamientos en idéntico sentido a la acusación formulada en el requerimiento de citación a juicio; la Defensa, por su parte, alegó que su asistido disparó para resguardar intereses propios y de terceros, de modo que actuó en cumplimiento de su deber (art. 34 inc. 4°, CP), aunque también invocó la legítima defensa propia y de terceros (art. 34 incs. 6° y 7°, CP), y como planteo subsidiario postuló un homicidio imprudente.

En el curso del debate, la Fiscalía amplió la acusación añadiendo la agravante del art. 41 bis, adhiriendo el Particular Damnificado y no siendo materia de objeción por parte de la Defensa, de allí que el Presidente efectuó el trámite previsto por el art. 359 CPP.

En sus alegatos de cierre, las partes mantuvieron sus tesis. Así, tanto la Fiscalía como el Particular Damnificado, perfeccionaron la acusación original contenida en el requerimiento respectivo sumándole la agravante objeto de la ampliación *supra* mencionada; en definitiva, solicitaron veredicto condenatorio respecto del acusado de autos por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 41 bis, 45 y 79, CP), y subsidiariamente, el Particular Damnificado, “*en caso de que no prospere la calificación propuesta*”, solicitó veredicto condenatorio por el delito de homicidio culposo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 84, CP). La Defensa insistió con las causales de justificación de cumplimiento de un deber, legítima defensa propia y de terceros (art. 34 incs. 4°, 6° y 7°, CP), aunque deslizó que había quedado una duda respecto de si el proyectil no impactó por rebote, y luego postuló subsidiariamente una imputación por imprudencia.

Tras analizar y valorar la prueba producida en el debate, como la que ha sido ingresada (v. detalle en el auto de fs. 537/540 y acta de debate), tengo por acreditado que: “Aproximadamente a las 22:10hs. del día 29 de agosto del año 2013, dos sujetos masculinos, con arma de fuego en mano, ingresaron a la confitería ‘Me Piace’, sita en calle 9 y 54 de La Plata, y se apoderaron ilegítimamente del dinero existente en la caja y del perteneciente a los clientes que se encontraban en la planta baja, además de sus objetos de valor, para darse a la fuga –a bordo de dos motocicletas– por calle 9 en dirección a 53, los cuales –en ese momento– no fueron habidos. Que en esa

oportunidad, en el interior del comercio siniestrado, se encontraba Mauricio Sergio Aguilera, un efectivo policial, quien advirtiendo la maniobra ilícita, salió detrás de los autores del hecho muñado de su arma reglamentaria y con el objetivo de detenerlos, contexto en el cual efectuó un disparo en dirección hacia una de las motocicletas, juzgando como no improbable las consecuencias negativas que su accionar aparejó, esto es, que el proyectil dirigido hacia los asaltantes fue a dar contra la persona de Nélida Soledad Bowers, que ocasionalmente se encontraba en calle 9 casi esquina 53, la cual y a raíz del mismo, perdió su vida momentos más tarde en el Hospital San Martín de esta ciudad”.

No se encuentra discutido por las partes que, en horas de la noche (aprox. 22:10hs.) del día 29 de agosto de 2013, dos sujetos masculinos, con arma de fuego en mano, ingresaron a la confitería “Me Piace” y efectuaron un atraco. En ese contexto, ya con objetos ajenos en su poder y, al observar que justo aparece un policía uniformado –que ocasionalmente se encontraba en el local– que advierte la secuencia del asalto, huyen del local (esq. de 9 y 54) y cada uno aborda una moto distinta conducida por otros sujetos (concretamente: 2 motos y 1 conductor por moto aguardando afuera) para darse a la fuga por calle 9 en dirección a 53. Detrás de ellos, con el objeto de detenerlos, sale el policía y –en el marco de un contexto que sí se encuentra discutido– dispara su arma reglamentaria, cuyo proyectil termina impactando –ya veremos si fue directamente o por rebote– en el cuerpo de Nélida Soledad Bowers (una chica de 18 años que estaba con su hermana haciendo fila para entrar al bar-café de 9 esq. 53), quien perdió la vida momentos más tarde en el Hospital San Martín.

Recortemos la porción no discutida acabada de narrar. Esto al solo efecto metodológico de ir despejando el panorama y poder dedicarnos de lleno a la materia controvertida.

1) La secuencia del atraco efectuado en “Me Piace” fue percibida, desde distintos ángulos, por clientes de la confitería como por empleados de la misma: a) Zulema Noemí Naya: *“Estaba en la confitería ‘Me Piace’ cenando con una amiga y, de pronto, por la puerta de la ochava que en general está cerrada [aclaró que el local tiene dos entradas, la mencionada y otra por calle 9], entraron dos muchachos a robar. Yo era la primera que al entrar a la izquierda era la persona que estaba sentada, dijeron que era un asalto, en una mano tenía un revólver y en la otra mano no sé si tenían un guante o qué, y hacían un gesto como que iban a tirar. Nos dijeron que sacáramos la billetera y nos tiráramos al piso (...). Dijeron ‘esto es un asalto, dejen los monederos arriba de la mesa y tírense al piso’. Yo me sentía re mal porque en ese momento me había caído de una escalera y tenía una operación reciente, yo pensaba cómo tirarme porque me iba a lastimar. Ni alcancé a tirarme y me quedé sentada. Entonces vi todo perfectamente lo que pasó, desde la silla donde estaba sentada. Yo miro hacia mi derecha en diagonal. Las dos personas que ingresaron eran una alta, eran muchachitos, estaban encapuchaditos, tenían puesto gorrito de visera y a su vez la capucha del saco, era uno alto y uno bajito. El alto venía por la izquierda y el bajito por la derecha. El bajito tenía el revólver, no recuerdo bien”;* b) Nilda Irma Guarnieri: *“Ese día, estaba con una amiga cenando en ‘Me Piace’, muy cerca de la puerta, y en un momento determinado entraron dos chicos que en principio pensé que estaban jugando entre ellos. Ingresan por la puerta de la ochava que estaba cerrada, no tenía la traba que suele tener. Vienen a la mesa nuestra y dicen ‘dejen todas las billeteras arriba de la mesa y tírense al piso’. Yo me quedé quieta y ellos siguieron*

pasando por las otras mesas”; c) Agustín Alejandro González: “Yo estaba trabajando en la barra de la cafetería ‘Me Píace’, vengo con dos cafés... yo estaba trabajando normal y cuando me doy cuenta el delincuente estaba tirado arriba de la caja. En ese momento adentro del salón no vi ningún arma”; d) Dalma Vanesa Bustamante: “Me acuerdo que fui a cenar con una amiga, estábamos sentadas en la parte de afuera de ‘Me Píace’, vimos que frenaron unas motos, eran unos chicos. Mi amiga prestó atención, me dijo que entraron a robar. Veo a uno de los que había entrado pasar. Creo que eran dos motos, y quedaron uno y uno en cada moto y entraron dos. Al que veo es a uno que llega a la caja, no recuerdo si vi arma o no, después de ahí fue todo muy rápido (...). Cuando el delincuente estaba adentro mi amiga me dijo que estaban robando. Fue todo muy rápido: ‘parate que nos vamos, no, no, sentate, agachate’ [es lo que le decía su amiga]. Estábamos mas cerca de la calle que de la vereda [refiriéndose a la ubicación de su mesa]”.

2) Lo mismo sucedió con la aparición repentina del aquí imputado, el policía que estaba de servicio, uniformado y que, ocasionalmente, estaba en la confitería cuando se desarrollaba el asalto: a) Zulema Noemí Naya: “No habían hecho mucho trecho para el lado de calle 9 cuando aparece un policía que dice ‘alto, policía’, estábamos cenando y los muchachos que estaba robando se dan vuelta y empiezan a salir y el policía los sigue con el revólver abajo me parece, llegan a la puerta y viene dos motos, que suben a los dos delincuentes que estaban ahí dentro”; b) Nilda Irma Guarnieri: “Pasaron por la caja y ahí escuchamos ‘policía, policía’, los corría un policía que estaba en ese lugar, en ese momento, y salieron corriendo muy rápido por el mismo lugar que ingresaron, y se subieron a unas motos que los estaban esperando y mientras tanto el policía los seguía”; c) Agustín Alejandro González “...vengo con dos cafés y veo a

un policía que estaba en la caja y se presenta, y el delincuente sale corriendo... Yo salgo atrás del policía por la otra puerta, el policía sale por 54, yo salgo por la de 9... Veo un revuelo en el salón pero no le presté atención. Cuando el policía da la voz de alto, el delincuente sale corriendo, el policía sale corriendo y yo no veo. Cuando llego a la esquina veo la secuencia...”; d) Dalma Vanesa Bustamante: “Salen en las motos para 9, ahí sale el policía...”; e) Eduardo Alberto Deluchi: “Yo trabajaba en la caja de ‘Me Piace’ y era una especie de encargado... Bajé corriendo, abrí la puerta desde la esquina y lo encuentro al policía en el medio de la calle, en la senda peatonal cruzando... El policía había entrado para ir al baño y estaba tomando un vaso de agua... Al policía lo conocía de antes, le dábamos algún café o vaso de agua. Estaba vigilando, no trabajaba en el restaurante”; f) Vanesa Mariel Tovar: “Yo iba en el auto, circulaba por calle 9 llegando a 54, en un auto con mi compañera, y cuando vamos llegando a calle 9 y 54 freno para pasar la calle, freno y salen dos motos como de la vereda, que en eso que salen veo la primer moto que tengo frente al auto, muy cerquita, un chico subiéndose a otra moto. La moto en ningún momento se detiene, se cuelga y salen las dos motos y en eso que salen me quedo ahí porque veo toda esta escena. Cuando me quedo parada, sale otra persona que es policía...”; g) Lucía Fabiana Murga: “Yo venía en el auto como acompañante, manejaba Vane, veníamos por calle 9 llegando a 54 y ahí estábamos charlando, así que la estaba mirando a ella que evidentemente ve algo extraño y frena. Cuando frena, yo veo una moto, se sube un chico corriendo a la moto y arrancan rápido. Estas motos van huyendo por calle 9 hacia 53. Y detrás, unos segundos después sale un policía de la zona de la derecha del restaurante. Cuando ella frena, miré que es lo que estaba mirando ella y era una moto que se estaba yendo rápido y un chico que se sube a la moto y salen rápido con la moto. Adelante había otra

moto, pero no se veía muy bien porque me tapaba la moto del último que se subió”, y agregó: “se sube un chico que parecía muy jovencito, se sube corriendo así que quedó medio colgando, se agarró fuerte para no caerse. Parecía una situación de robo o algo así y me dio miedo. Después de eso, sale de la zona de la derecha del restaurante un hombre corriendo con un arma en la mano...”.

3) Tampoco está discutido que existió únicamente un disparo y que fue Aguilera quien, precisamente, disparó el arma que portaba en forma reglamentaria por su condición de policía (al respecto, todos los testigos del hecho que declararon en el debate; asimismo, cfr. acta de fs. 39/41, pericia de fs. 256/257vta. [piezas incorporadas por acuerdo de partes, v. acta de debate], en cuanto dan cuenta del hallazgo de una única vaina, y el testimonio del perito Galban quien ratificó oralmente el hallazgo de la vaina servida en las intersecciones de calle 9 y 54; v. tamb. pericia de fs. 383/385 [incorporada por acuerdo de partes, v. acta de debate], en la que se establece la correspondencia de la vaina con el arma del policía que fue incautada, cfr. fs. 384vta. con acta cit. fs. 40). Incluso, esto fue admitido por el propio encausado (cfr. declaración prestada en la IPP de fs. 77/81 y reconstrucción del hecho en soporte CD efecto n° 3769 [piezas incorporadas]).

4) Por último, nadie discutió que aquel proyectil – despedido por el arma que voluntariamente accionó Aguilera– impactó en el cuerpo de Nélida Soledad Bowers (concretamente: “a nivel de la línea axilar anterior izquierda por encima de la cresta ilíaca izquierda”, “...con orificio de salida en línea axilar media derecha a nivel de cresta ilíaca derecha...” e informándose que “durante su trayectoria lesiona la arteria ilíaca primitiva izquierda, cuerpos vertebrales en su porción anterior a nivel de la 4ta. y 5ta. vértebras lumbares, vena cava inferior, provocando hemoretroperitoneo,

perforando la cresta del hueso ilíaco derecho"; por todo, v. a fs. 123 la pericia rubricada por los peritos de la Asesoría Pericial, Dres. María Florencia Picone y Juan José Granillo Fernández [pieza incorporada por acuerdo de partes, según acta de debate]), quien a raíz de ello perdió la vida momentos más tarde en el Hospital San Martín (cfr. pericia de fs. 124/127 y certificado de defunción de fs. 154 [piezas incorporadas, v. auto cit. y acta de debate]).

Lo expuesto, insisto, admitido por el propio encausado al declarar en el curso de la investigación (v. piezas cits. *supra*).

Ahora bien, basándose en el hallazgo de una "impronta" y apenas tangencialmente, la Defensa introdujo en su alegato de cierre que la bala pudo haber rebotado en una pared y luego impactado en el cuerpo de la víctima fallecida. Sin embargo, la prueba del debate arrojó la conclusión contraria: el recorrido de la bala fue directo hasta impactar en la humanidad de Nélide Soledad Bowers e incluso atravesó su cuerpo (*"con orificio de salida en línea axilar media derecha a nivel de cresta ilíaca derecha..."*, v. pericia de fs. 123vta. cit.; téngase presente que el plomo nunca se localizó). Ello así, por cuanto la impronta hallada en la pared por Guillermo Nicolás Galban (perito balístico) ninguna relación tenía con el hecho de esta causa y eso quedó claro a partir del hallazgo de Andrea Zamudio (perito de la Asesoría pericial, cuyo informe obrante a fs. 399/400 fue realizado el 04/09/2013, según fecha que allí se expone [pieza incorporada por acuerdo de partes, v. acta de debate]; téngase presente que, el cargo del 2014, obedece a que en esa fecha fue adjuntada la copia del informe, lo que se desprende de la lectura del otro informe a fs. 398vta. *in fine* [pieza incorporada, íd. anterior]: *"Se adjunta en la presente una copia del informe realizado oportunamente por la Perito Balístico, ya que no se encuentra adjuntado, en pos de una mejor interpretación y rápida lectura de las tareas realizadas el*

día 4 de septiembre del año 2013”) quien, tras explicar que fue al lugar y que le mostraron “*un desprendimiento de la pared*”, afirmó: “*pero había hollín y suciedad, lo que refleja que no era de reciente data... no puedo asegurar cuánto es vieja data como para formarse hollín, si es un hecho reciente no se forma hollín; si está esto es porque tuvo un tiempo prudencial para que se forme eso... se encontró moho, algo verde*”; incluso, más allá que Galban no haya notado el día del hecho lo que sí advirtió Zamudio unos días después (téngase en cuenta que Galban efectuó su experticia “*esa misma noche*”, tal como lo reveló oralmente), lo cierto es que aquel, previo a aclarar que solo estaba la impronta y que no había –por ejemplo– “*polvo de la caída*” (algo que hubiera servido para orientarse que aquella era de reciente data, explicó), consultado que fue en su carácter de experto, expresó: “*si la impronta tiene moho u hongo es porque es muy vieja*”. Por lo demás, la cuestión queda totalmente definida a poco que nos concentramos en que Galban le contestó al Particular Damnificado que, si la bala hubo de rebotar en la pared, teniendo en cuenta la ubicación de la impronta, debió haber entrado “*de abajo hacia arriba*” en el cuerpo de la víctima, no obstante la autopsia determinó precisamente lo contrario (“Con dirección de izquierda a derecha y de adelante hacia atrás, horizontal *ligeramente hacia abajo*, con orificio de salida...”, v. fs. 123vta. cit. [el subrayado es propio]).

De manera que, al disparar su arma de fuego, el acusado Aguilera –quien desempeñaba el rol de policía el día del suceso fatídico– creó un riesgo prohibido, el cual condicionó y –además– se realizó en el resultado, esto es, la muerte de Nélida Soledad Bowers.

La cuestión es, entonces, determinar el *significado* de la conducta.

En el mundo social, y esto vale –por supuesto– para el derecho penal, el sentido de un comportamiento no lo determina la individualidad del autor, pues frente a esta es oponible la individualidad de la víctima y también la del propio juez. Por consiguiente, “...ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, este no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas” (JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional* [trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, el título alemán distinto], en: el mismo, *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*, 2da. ed., Porrúa, 2006, ps. 23/24).

Aguilera disparó su arma de fuego, encontrándose en calle 9 casi en la intersección con la calle 54 y apenas unos metros más adelantado en sentido hacia calle 53, de allí que, si el proyectil impactó directamente en “*la línea axilar anterior izquierda por encima de la cresta ilíaca izquierda*” del cuerpo de Nélica Soledad Bowers (v. pericia cit., fs. 123vta.; téngase presente que la zona se ubica –como mínimo– por encima del ombligo), quien se encontraba parada en la esquina de 9 y 53 (mano izquierda, según el sentido de circulación de calle 9), es falsa la afirmación de que el imputado disparó “*hacia abajo*” o “*por debajo de la línea de la cintura*” (v. declaración en la IPP cit. y alegato de cierre). Naturalmente, dada la distancia existente entre el punto en donde se efectúa el disparo y la ubicación de la víctima herida (v. planimetrías de fs. 250 y 395 [incorporadas, según

auto cit.]), sumado a que ambos se encontraban sobre un mismo plano de altura, si Aguilera hubiese disparado “hacia abajo” la bala jamás habría impactado –por lo menos directamente– por encima de la zona media del cuerpo de Soledad y hoy probablemente estaría viva.

En este sentido, a partir de la forma en la que Aguilera accionó el arma, esto es, de pie con el brazo extendido y sin inclinarlo de manera relevante hacia abajo (insisto: la bala impactó directamente, es decir sin desviarse, en “*la línea axilar anterior izquierda por encima de la cresta ilíaca izquierda*” del cuerpo de Nélida Soledad Bowers, ubicada en la otra esquina y casi en diagonal), podemos concluir que, la entidad del riesgo creado, medido *ex ante* y en términos probabilísticos, generó elevadas chances de producir la muerte de todo aquel que se interpusiera en la línea de fuego, lo que obviamente incluyó a la víctima fallecida; por cierto, que el proyectil haya entrado y salido del cuerpo de la víctima, demuestra no solo que el arma de Aguilera tenía el alcance suficiente para que su munición impacte contra cualquier persona o cosa ubicada a la misma distancia, sino también que aquel no había perdido fuerza y hasta tuvo la suficiente para entrar, romper y salir del cuerpo de Soledad.

Pese a la cualidad del peligro creado, la Defensa descartó una imputación por dolo y requirió que, en todo caso, se lo responsabilice por su imprudencia; básicamente, afirmó que su asistido “*de ninguna manera pudo haberse representado el resultado*”.

Una primera aclaración: a partir de la observación que hiciera Wolfgang Frisch en su obra sobre el dolo (“*Vorsatz und Risiko*”, 1983), en cuanto a que –dicho a grandes rasgos– un dolo referido al momento de la acción no puede tener por objeto un resultado que aun no acaeció, hay acuerdo en la doctrina en que no

es el resultado *per se* lo que el autor debe conocer, sino el “riesgo prohibido” que se realiza (por todos, cfr. JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 8/43 [nota al pie n° 91] y 8/63).

Concretamente, lo que se pretende plantear es un supuesto de *aberratio ictus*, es decir, “cuando el autor no conoce que podría resultar afectado otro objeto” (JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 8/80). Veamos.

En este aspecto, resulta decisiva la declaración de Viviana Belén Bowers, hermana de Soledad y quien se encontraba junto a ella en el momento en que recibe el disparo. La citada comenzó diciendo: “*Ese día llegamos, nos dejó mi papá en el bar, en calle 9 y 54 en la esquina* [rectius: “9 y 53”, la testigo estaba muy nerviosa y confundió las calles “*no me sé bien las direcciones*”, luego rectificó su error]. *Estábamos ahí esperando que una chica nos diera la entrada, habíamos quedado en que nos iba a dar la entrada ahí* [se refería al ticket para ingresar al local]”, y prosiguió: “*Llegamos, estábamos esperando, la chica nos dio la entrada, le estaba mandando mensaje a mi mamá que ya habíamos llegado y que estaban bajando el sonido. Estábamos esperando para entrar, éramos las últimas de la cola; sobre la calle 54 estábamos* [rectius: “53”, íd. anterior], *en la esquina de 9 y 54* [rectius: “9 y 53”, íd. anterior]. *Estábamos esperando ahí y fueron segundos, escucho un ruido, una voz, me doy vuelta, en ese segundo veo que venían dos chicos en moto, uno arriba del otro rápido pasando, y en la esquina veo alguien parado apuntando, no veo qué era lo que tenía, pero en el momento ese siento el disparo y ahí mi hermana se da vuelta y me dice que le habían pegado a ella, veo que el hombre corrió para el frente* [refiriéndose al policía] *y mi hermana se me cae*”. Luego de una breve pausa obligada (la testigo se angustió y comenzó a llorar), entre sollozos continuó: “y

ahí se me cae mi hermana y él se acerca [refiriéndose al policía]", frente a lo cual se le preguntó: "¿se te cae encima?" y contestó: "no, cae en el piso y yo la agarro, ella me quiso agarrar y se me cayó, no entendía bien y ahí le veo que tenía sangre por acá, y ahí se acercó y yo le dije que él había sido que yo lo vi, y ahí le vi que decía policía y se fue, y yo me quedé ahí con ella"; tras ello, añadió: "solo me dijo [refiriéndose a su hermana ya herida] que llame a mi papá y yo lo quería llamar y no podía, se me cayó el teléfono, no se quién agarró mi celular para llamar".

Ante preguntas formuladas en el examen directo, volvió a ratificar que, a quien vio disparar, es al policía que estaba ubicado en la otra esquina, es decir, en la de 'Me Piace' (9 y 54) y afuera del local, mientras que ella y su hermana estaban en la esquina de 9 y 53 (sobre la mano izquierda, según sentido de calle 9). Asimismo, también ratificó que, cuando se produce el disparo, el policía se acerca hacia ellas diciendo "*¿qué pasó, qué pasó?*" y ahí es cuando ella le reprocha lo que había hecho ("*le faltó el respeto y lo puteo, le dije 'hijo de puta, vos le pegaste, vos fuiste'*"), motivo por el cual el policía se retira y no vuelve más.

En todo momento afirma categóricamente que ve el instante en que –previo a disparar– el policía está apuntando a los sujetos que iban en la moto (ella se da vuelta, porque escuchó "una voz, un grito", y ahí ve la secuencia del policía apuntando, la moto de los asaltantes y el disparo).

También se le preguntó acerca de las personas que había en la zona del bar de 9 y 53, concretamente en la puerta y aguardando la entrada, siendo que la testigo explicó: "*estaba haciendo la fila para entrar, habría 25 o 30 personas*" e incluso "*había una camioneta bajando el sonido*", y remató "*había gente en el local,*

entraba y salía gente"; luego añadió la deponente: *"De esquina a esquina fue todo lo que vi, fueron segundos. Recién habíamos bajado del auto y como la fila estaba larga, estábamos casi sobre la calle"* (volvió a insistir con que es en ese contexto en que ve al policía *"apuntando, bien apuntando, con la mano rígida"*).

Por su lado, el Particular Damnificado buscó que la testigo ilustre las condiciones lumínicas de la esquina donde se encontraban ella y su hermana (9 y 53): *"Había luces del lado de enfrente, había unos focos grandes"* (incluso se acordaba que, cuando ellas llegaron, justo pasaba una familia con unos nenes y que ella los miró), agregó que, de donde estaba ella (9 y 53), se podía ver hacia la otra esquina (*"estaba iluminado y se podía ver tranquilamente"*), como así también sostuvo que, en 9 y 53, *"había luz", "luz de colores"* (*"como diciendo acá está el bar"*), *"había visibilidad, perfectamente se veía todo"* y que, si uno estaba parado en la otra esquina (es decir, en 9 y 54), *"se podía ver que había gente"* ahí donde estaban ellas.

En este sentido, si bien observó todo desde dentro del local "Me Piace" (al igual que su amiga Naya), Nilda Irma Guarnieri dijo que *"había luz"* y que *"se veía"*, a la par que Dalma Vanesa Bustamante, quien estaba cenando en la parte de afuera de "Me Piace", tras recordar que *"era una noche linda, de calor, era temprano"*, arriesgó: *"creo que decidimos comer afuera porque hay buena iluminación en la calle"*. Bien es verdad que, Vanesa Mariel Tovar afirmó que, cuando el policía dispara, no vio todo el tumulto de gente que estaba en la esquina de 9 y 53, más allá que en la zona *"había gente caminando porque eran las 22:00hs. aproximadamente"*; lo cierto es que, con motivo del arduo contra-examen que le realizó el Defensor a esta testigo, surgió la información que la nombrada, no solo estaba metros más atrás que el policía (concretamente: Tovar iba

por calle 9 de 55 a 54, se frena antes de cruzar la intersección de calle 54 y nunca la cruza, es decir, queda parada en 9 e/ 54 y 55, mientras que el policía estaba ubicado en calle 9 unos metros más delante de la esquina de 54 en dirección hacia 53), sino también que *“circulaba en un Ford cierra con vidrios polarizados”* (dijo también que tenía los *“vidrios altos”*, lo que ratificó su compañera Murga).

De todas formas, con independencia de lo anterior, lo decisivo es lo que afirmó Agustín Alejandro González (el testigo más fuerte de la Defensa y sobre el cual apoya casi toda su teoría del caso), dado que, al salir detrás del policía, se ubicó prácticamente a su lado, y así preguntado por el acusador privado, respondió con total seguridad *“estamos en el medio del centro, había buena iluminación”*, más allá que aclaró que él, *“por los nervios”*, *“no prestó atención si había algo más allá de la moto”* (sabía igual que había un barcito en calle 9 y 53).

No puede dudarse, a partir de lo revelado por los testigos, que la cuadra de calle 9 e/ 53 y 54 estaba bien iluminada (v. la planimetría de fs. 395 que ilustra la luminaria existente), lo cual, teniendo en cuenta las condiciones climáticas (*“era una noche linda, de calor”* [Bustamante]), esto es, no había niebla, bruma ni cualquier otro factor que pudiese dificultar la visión horizontal, permitían una buena visibilidad.

Es importantísimo no perder de vista que, en la esquina de 9 y 53 (mano izquierda, según sentido de circulación de calle 9), hay un bar-café que, evidentemente y por lo menos los jueves, abre en horario nocturno, con lo cual, ya de base aquella esquina está iluminada por la luminaria propia del local (*“había luz”*, *“luz de colores”*, *“como diciendo acá está el bar”*, *“había visibilidad,*

perfectamente se veía todo”, fueron las frases utilizadas por Viviana para graficar el punto).

Otra cuestión que no podemos soslayar es que, el policía Aguilera ejercía funciones en esa zona y la conocía perfectamente (*“andaba en moto, paraba enfrente [es decir, enfrente de “Me Piace”]”, “No es del restaurante, pero siempre estaba en el local”*, dijo Agustín Alejandro González; *“Al policía lo conocía de antes, le dábamos algún café o vaso de agua. Estaba vigilando, no trabajaba en el restaurante”*, expresó Eduardo Alberto Deluchi, encargado de “Me Piace”); con lo cual, es obvio que sabía de la existencia de un bar-café ubicado en 9 y 53, como así también que, por lo menos a esa altura del año y los jueves, dicho local abría en horario nocturno, de suerte que, en el horario en el que dispara (aprox. 22:10hs., minutos más, minutos menos), el bar-café de 9 y 53 estaba en pleno funcionamiento y, por tanto, con gente que arriba al lugar con la pretensión de ingresar al mismo (el horario en el que se produce el hecho fatídico, además, está comprendido en la franja de más afluencia de personas reparándose en el objeto comercial del local).

De hecho, se trataba de una zona céntrica de la ciudad en la que había buena iluminación (*“estamos en el medio del centro, había buena iluminación”*, reveló González), un jueves por la noche (aprox. 22:10hs.), un restaurante en una esquina (9 y 54) y un bar-café en la otra (9 y 53), con un clima lindo para estar afuera (*“una noche linda, de calor...”*, dijo Bustamante) y con gente caminando por la zona (*“había gente caminando porque eran las 22:00hs. aproximadamente”*, expresó Tovar).

Pero no solo eso, sino que, en ese momento, en la esquina de 9 y 53 había una fila larga de aproximadamente 25 o 30 personas aguardando, casi sobre la calle, para poder entrar al bar-

café allí ubicado (recuérdense las palabras de Viviana Bowers: “*estaba haciendo la fila para entrar, habría 25 o 30 personas*”, “*había una camioneta bajando el sonido*”, “*había gente en el local, entraba y salía gente*” y “*como la fila estaba larga, estábamos casi sobre la calle*”). Entonces, resulta por demás evidente que Aguilera se hubo de representar como no improbable que el proyectil disparado podía impactar en cualquiera de todos aquellos que en esa esquina se encontraban, algo que lamentablemente sucedió y terminó con la vida de una chica de 18 años; de modo que, corresponde, pues, una imputación por dolo “cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción” (JAKOBS, PG, 2da. ed., 8/23; coincide, BACIGALUPO, PG, 2da. ed., 2007, p. 324, Nm. 617, entre otros).

Por si fuera poco, Viviana Bowers –situada en 9 y 53– pudo ver sin problemas al policía apuntar y disparar, y hasta explicó que, si uno estaba parado en la otra esquina (es decir, en 9 y 54), “*se podía ver que había gente*”, lo que puede confirmarse a partir de la imágenes de fs. 253 (margen superior) y 259 (margen superior) [piezas incorporadas por acuerdo de partes, v. acta de debate], y el video filmado con motivo de la reconstrucción del hecho (pista 2: 8.32 y ss. [se ve de esquina a esquina el bar-café], 8.48 y ss. [esquina y luces de la cuadra], 9.25 y ss. [se apaga una luz de la cámara, queda el ambiente igual y se visualiza los puntos ya indicados sin problemas]; 10.36 y ss. [momento del disparo y visión hacia la esquina del bar-café]; 12.36 y ss. [bar-café de 9 y 53 completamente iluminado por fuera]; 14.00 [iluminación de la esquina mano de enfrente al bar-café]; pista 3: 4.05 [enfoco de esquina 9 y 54 a esquina de 9 y 53 con visibilidad perfecta]). Y ello es así, justamente porque la cuadra estaba bien iluminada con buena visibilidad, el bar-café se encontraba abierto al público con luces de colores (“*como*

diciendo acá está el bar”, fue la frase de Viviana) y porque en esa esquina se había formado una fila de varias personas que, incluso, estaban casi sobre la calle.

Confirma el razonamiento, el hecho que Aguilera, una vez que dispara, se acerca hacia la esquina en donde estaban situadas Viviana y su hermana diciendo “*¿qué pasó, qué pasó?*”, lo cual evidencia que aquel tenía un campo de visibilidad suficiente para notar que en la esquina de 9 y 53 había, como mínimo, un grupo de personas, y que los efectos de su acción hasta allí habían llegado.

Por esa razón, si el disparo se produce en dirección hacia la esquina de 9 y 53, más allá que su intención haya sido impactarle a los asaltantes que huían en la moto (un objetivo en movimiento), al tener pleno acceso visual, se da dolo alternativo en relación a todas aquellas personas –entre las cuales se encontraba la víctima fallecida– que, detrás de la moto y siguiendo la línea de disparo, estaban paradas en la puerta del bar-café ubicado en la esquina de 9 y 53. Dicho en otras palabras: “Si el autor yerra en alcanzar al objeto al que apuntaba (en el sentido de objeto de ataque, pudiendo tratarse también de una persona) y alcanza en su lugar a otro, habiendo advertido esta posibilidad de transcurso causal como no improbable, se da dolo alternativo” (JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 8/80), de allí que quepa descartar un error en el objeto (cfr. JAKOBS, *ibíd.*). Explicado con mayor precisión: “El dolo alternativo (*dolus alternativus*) no es ninguna clase de dolo con estructura independiente, sino una unión de dos dolos, la realización de los cuales, a juicio del autor, se excluye mutuamente. Ejemplo: El autor dispara a la víctima, que se encuentra ante una gran luna de escaparaté; está claro para él que acertará a la víctima o a la luna” (JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 8/33); por ello, “[q]uien percibe como consecuencia principal o secundaria que la bala tal vez acertará al objeto de ataque, sabe al mismo tiempo que

si no la bala irá en cualquier otra dirección. Dado que para el dolo basta que una de las posibilidades realice el tipo y la otra no, del mismo modo, a la inversa, en el caso en que ambas posibilidades realizan algún tipo (así, el ejemplo indicado del disparo a una persona situada ante un escaparate) deberán existir dos dolos...” (JAKOBS, *ibíd.*).

Cuando la Defensa argumenta que “*la intención*” de Aguilera era pegarle a los de la moto (“*necesidad de repeler la agresión de los malvivientes*”), de modo que “*en este caso, poco importa si el tiro era o no era certero*” pues “*lo relevante era actuar en la prevención y estar confiado en que se le va a pegar*”, hace hincapié en una “*confianza irracional*” que no exonera y al mismo tiempo olvida que, si el campo visual del policía incluía a todo el grupo de personas parados en la esquina de 9 y 53, y si disparó en esa dirección, corriendo y hacia una motocicleta que se desplazaba velozmente, es lógico que, de antemano, se representó la posibilidad que, si no acertaba al blanco en movimiento, la bala diera en cualquiera de aquellas personas ubicadas sobre la línea de fuego detrás de la moto (“*un vehículo en movimiento a velocidad, no es un tiro seguro*”, concluyó Pedró Jose Beltrame con su experiencia de 31 años en la fuerza policial); razón por la cual, cabe concluir que Aguilera –quien ejercía al momento del hecho su rol de policía– juzgó que la realización del tipo –aquí la muerte de Nélida Soledad Bowers, una de aquellas personas paradas en la esquina del bar-café de 9 y 53– no era improbable como consecuencia de su acción, lo que desemboca en una imputación por dolo (cf. JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 8/23). Y ello es así porque: “El autor no es competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro, del que es consciente, de que se realice el tipo, sino que lo es el Derecho” (PUPPE, *La distinción*

entre dolo e imprudencia [2009] [trad. Sancinetti], Hammurabi, 2010, p. 82).

En conclusión, el valor de la prueba conlleva necesariamente a afirmar la existencia del hecho penalmente relevante y la participación de Mauricio Sergio Aguilera en el mismo, debiendo responder como autor al ejecutarlo de propia mano (art. 45, CP); por lo demás, y en razón de todo lo expuesto, la prestación defectuosa ha de imputársele a título doloso.

Por todo ello, la respuesta a esta primera cuestión debe ser **afirmativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción (arts. 209, 210, 371 incs. 1ro. y 2do., y ccs., CPP).

A LA CUESTIÓN PLANTEADA la Sra. Juez Dra. Cecilia Inés Sanucci dijo:

Adhiero por sus fundamentos al voto que antecede.

Solo quiero agregar algunas consideraciones para responder al argumento de la Defensa que quiere despejar el dolo del imputado sobre la base de entender que “la intención” de Aguilera era pegarle a los de la moto.

Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica, sin embargo esta definición está siendo dejada de lado por doctrina más moderna y por los Tribunales, en tanto hoy el dolo se concibe hoy más sólo como conciencia en la realización de un comportamiento típico objetivo. Esto divide a la dogmática en las conocidas “teorías de la voluntad” y “teorías del conocimiento o la representación”. En palabras de Ramón Ragües i Vallès, que adscribe a las segundas, “el dolo ya no es conocimiento y voluntad sino únicamente conocimiento”, lo que justifica en que la negativa de los partidarios de

las teorías de la voluntad a prescindir del elemento volitivo los obliga a encontrar tal elemento en sucesos en los que es muy difícil encontrarlo, tal como lo hallaría un hombre medio, poniendo de relieve la dificultad para poder explicar cómo operan los requisitos pseudovolitivos “aceptar” “conformarse” “resignar”. Refiere el autor que la idea del dolo como voluntad se enuncia sólo pensando en los delitos de resultado, pero que es ineficaz para los delitos de actividad y entonces resulta partidario de proporcionar un concepto unitario de dolo, que sea válido para toda la teoría del delito. Señala, además, que en los delitos de resultado, esta exigencia se concretiza entendiendo que, para afirmar el dolo, basta con que el sujeto haya obrado con conocimiento del riesgo concreto de producción del resultado, y en los delitos de mera actividad, basta que el sujeto sepa que en su comportamiento concurren aquellos elementos que integran el tipo objetivo penal. Concluye su reflexión en que es posible trazar así una noción de dolo válido para cualquier tipo de delito y en que es posible trazar una delimitación entre dolo e imprudencia que se corresponde con el merecimiento de pena propio de estas formas de imputación sin tener que recurrir a datos psíquicos de dudosa naturaleza. (En “Consideraciones sobre la prueba del dolo”- Ramón Ragües i Vallès- REJ_Revista de Estudios de la Justicia-Nº 4- año 2004- página 13 y siguientes).

A la luz de estas reflexiones, lúcidas sin duda, y dando respuesta a la inquietud de la Defensa que en este juicio discutió sobre la inexistencia de dolo sobre la base de entender que la intención de Aguilera era querer alcanzar el objetivo de la moto, entiendo que para el dolo homicida en el caso lo relevante ha sido el conocimiento concreto que tenía Aguilera del riesgo de la probabilidad de producción del resultado lesivo, con la conducta que desplegara de disparar su arma en las circunstancias concretas en

las que se hallaba -ya descriptas suficientemente por el magistrado preopinante-, acrecentado además por la calidad de ser funcionario policial lo que presupone el certero conocimiento de sus deberes especiales, lo que no permite alegar que el comportamiento era imprevisible o improbable para el imputado. El comportamiento ha sido doloso, en mi opinión, por lo antedicho.

En conclusión, adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, y con los agregados expuestos, me pronuncio por la **afirmativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Hernán Javier Decastelli dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, pronunciándome por la **afirmativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

Cuestión Segunda: ¿Proceden en el caso de autos eximentes de responsabilidad?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Ramiro Fernández Lorenzo dijo:

Todo el esfuerzo de la Defensa, como casi toda su actuación en juicio, estuvieron dirigidos a introducir un contexto justificante: ora el cumplimiento de un deber (art. 34 inc. 4°, CP), ora la legítima defensa propia o de terceros (art. 34 incs. 6° y 7°, CP).

Ya a primera vista, la justificación es notoriamente improcedente.

Me explico.

Dicho a grandes rasgos: quien ha puesto en marcha imputablemente un curso causal dañoso debe soportar los costes de

su eliminación, pero si se recurre a la víctima por razones de solidaridad el saldo ha de ser positivo e incluso preponderar de modo relevante (cfr. JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 11/3 y 11/3a).

Por ello, jamás podría justificarse el homicidio de Nélida Soledad Bowers, sencillamente porque ella no era responsable del peligro que se pretendía eliminar, y porque, concurriendo la hipótesis de máxima (se ha causado su muerte), el saldo no deviene – lógicamente– positivo ni prepondera de modo relevante; en palabras más sencillas: el Derecho no puede aprobar una conducta (principio de justificación) que ha causado imputablemente la muerte de un tercero inocente y que nada tenía que ver con el peligro originario que se pretendía conjurar. Esto es algo indiscutible.

De todos modos, profundicemos la respuesta.

Mucho se ha discutido acerca de la incidencia de las normas especiales para el actuar de la autoridad y, en este sentido, buena parte de la doctrina sostiene que “no es adecuada la legítima defensa por parte de la policía” (por todos, v. JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 12/42, en la nota al pie n° 86 se encuentran citados los autores partidarios del criterio formulado; igualmente, valga aclarar: “Naturalmente, el agente de policía sigue siendo ciudadano y tiene los derechos de un ciudadano; no obstante, en tanto que como policía persigue repeler un ataque, no es adecuado su actuar, al igual que no lo es la defensa particular junto a la defensa policial. Para la solución es indiferente si se trata de legítima defensa de terceros por parte de la policía en favor de particulares o si se ve atacado un agente estando de servicio”, *ibíd.*).

La Defensa adujo, en primer término, cumplimiento de un deber, en consonancia con la idea expuesta anteriormente.

Ya de por sí, en tanto no resulte apropiada la legítima defensa y deba enjuiciarse la situación de conformidad a “las normas especiales para el actuar de la autoridad”, el ámbito de la intervención resulta más restringido al encontrarse reglamentado. Y, en todo caso, antes que “cumplimiento de un deber”, sería más apropiado hablar de “la legitimación para el empleo de la fuerza en ejercicio de la autoridad” (v. JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 12/42).

La actuación policial en nuestra provincia está regulada por la ley 13.482, la cual exige –como estándar básico– el pleno respeto por las normas constitucionales (art. 9º), privilegiando el accionar preventivo y disuasivo antes que el uso de la fuerza, y procurando siempre preservar la vida y la libertad de las personas (ídem); asimismo, requiere al personal policial responsabilidad en su desempeño y pleno respeto a los derechos constitucionales (art. 13º inc. “b”), exigiendo una actuación moderada para evitar un mal mayor a derechos de terceros (art. 13º inc. “c”), de manera que, al recurrir al uso de armas de fuego –en los casos autorizados–, debe obrarse “*de modo de reducir al mínimo los daños a terceros ajenos a la situación*”, de allí que “*cuando exista riesgo de afectar la vida humana o su integridad, el policía debe anteponer la preservación de ese bien jurídico al éxito de la actuación o la preservación del bien jurídico propiedad*” (art. 13 inc. “i”).

Como se ha visto, Aguilera hizo todo al revés a lo debido. En un lugar céntrico y lleno de personas, disparó a la carrera, a un objetivo en movimiento y unos metros alejados de su posición, detrás del cual y en la línea de fuego, había un grupo considerable de personas haciendo fila –casi en la calle– para entrar al bar-café ubicado en la otra esquina, llegando incluso a decir que no apuntó y paró su carrera, sino que fue “*un dedazo*” (v. fs. 79/vta., sobre lo que luego volveremos). Este proceder, amén de constituir una

irresponsabilidad absoluta, significa algo más, comunica un acto de hostilidad frente a la vigencia de la norma vulnerada, defraudando la expectativa social-normativa de que la policía tiene como deber primario preservar y no arrogarse la vida de terceros ajenos.

De todas formas, con independencia de lo hasta aquí dicho, no puede soslayarse que –como venimos apuntando desde el comienzo– la víctima de la intervención policial, a la postre fallecida, era una chica absolutamente ajena al peligro originario que el policía pretendía repeler. Y ya por esa razón, es absurdo afirmar que podría “justificarse” el homicidio de Nélica Soledad Bowers.

Tanto es así que, incluso, la legítima defensa –en cualquiera de sus variables, propia o de terceros– como derecho cívico que confiere más autorización para intervenir que el actuar reglado de la policía, es manifiestamente improcedente en el caso justamente por la razón que venimos afirmando: “Está justificado sólo el rechazo mediante la intervención en bienes del atacante, pero no de terceros no partícipes” (JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 12/28, y en la nota al pie n° 50 se lee al respecto: “Hoy indiscutido en lo esencial”; cfr. tamb., STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, 4ta. ed. [2000] [trad. Cancio Meliá y Sancinetti], Hammurabi, 2008, § 9, Nm. 72; ROXIN, *PG*, 2da. ed., § 15, Nm. 104 y 105, entre muchos otros; en España y por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2da. ed., B de F, 2006, ps. 547/548; en nuestro país y por todos, cfr. DONNA, *PG*, t. III, 2008, p. 202). Dicho tajantemente: “Si desde este trasfondo se plantea la pregunta relativa a si puede estar *permitida* la salvación del propio proyecto de vida como *conditio sine qua non* del sacrificio de otro ‘inocente’, se impone una clara respuesta negativa; una autorización de esta clase implicaría otorgarle un bajo valor a la biografía ajena y sería, por esa razón, incompatible con el principio de la igualdad de todo

ciudadano. Por consiguiente, el acceso a la vida ajena ‘inocente’ con el propósito de la conservación de la propia también resulta ilegítimo desde el punto de vista del sujeto. Frente a esto, el destinatario de la intervención tiene un derecho a la legítima defensa” (PAWLIK, *Una teoría del estado de necesidad exculpante*, [2003] [trad. Dias, Lerman y Sabadini], en *InDret* 4/2015, ps. 16/17, destacado en el original)

Frente a lo evidente, no hacen falta ulteriores precisiones. Nélida Soledad Bowers no agredió a nadie, su desgracia fue estar parada en la esquina de 9 y 53 esperando para ingresar al bar-café allí ubicado, de modo que resulta inconcebible que el Derecho pudiera aprobar (léase justificar) la conducta de quien le causó imputablemente su muerte, y solamente en un régimen que desconozca por completo el principio de autonomía de las personas podría explicarse el homicidio de aquella como “cumplimiento de un deber”. Bien es verdad que, en un Estado constitucional liberal (arts. 1 y 19, CN) la seguridad constituye un derecho del ciudadano, pero este no ha de realizarse al precio de que la autoridad estatal se cobre vidas de terceros inocentes: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (arts. 4.1, CADH; 6.1, PIDCP); por ello, “...la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción” (Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, párr. 96).

Por último, si bien no fue planteado por el Defensor en ningún momento del debate, creo que es necesario que me refiera al estado de necesidad exculpante y ello es así porque, “si terceras personas no responsables resultan muertas [como aquí ha sucedido] o gravemente lesionadas”, solo quedaría –en su caso y dados los presupuestos del art. 34 inc. 2º, CP– la posibilidad de exculpación de

quien se defiende (cfr. JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 12/28, nota al pie n° 50 y en general los autores indicados *supra*; descartándose –como es obvio– el instituto de la defensa excesiva, JAKOBS, *idem*, 20/33: “La exculpación [en el derecho argentino: “parcial”, art. 35 CP] existe siempre únicamente en relación con la lesión de bienes del causante culpable. Quien en el curso de la defensa excesiva lesiona al mismo tiempo bienes de un no partícipe, responde por ello según las reglas generales”).

El imputado, al declarar en el curso de la investigación, contó su versión de los hechos y, en la porción que aquí interesa, dijo: “Cuando ellos salen del local, yo voy hacia esa salida utilizada por ellos, pero no alcanzo a ver si la puerta se cerró sola o la cerraron ellos mismos, y ahí veo una moto negra CG 150 desarmada en marcha y en ella había una persona masculina, yo le daba en todo momento la espalda a la vidriera del local, y había gente que también pasaba y se centraron en mí, viendo la escena, todos ellos detrás de mí. En ese instante también veo otra moto que no me acuerdo cómo era medio de costado que acelera de calle 9 y 54 a 53, siempre por calle 9 y los dos natalia van corriendo hacia ella, siempre detrás, yo al salir del local me quedé medio paralizado, en un instante, por no saber si el que estaba arriba de la moto negra estaba armado porque [hacia] como un gesto de que tenía un arma, ya que tenía las manos en la cintura, y como que hizo un amague como para sacar algo y yo siempre temía por la situación, ya que había mucha gente alrededor mío en el local, clientes del mismo, por lo que a mi frente solo estaban los cacos y ninguna otra persona. Los dos que salieron del local, en todo momento hacían movimientos de que estaban armados, apuntando hacia la gente y hacia mí. Yo me centré en los dos que corrían, los corrí hasta donde estaban las líneas peatonales, estando ellos aproximadamente quince metros adelante de las líneas. El primer natalia que salió ya estaba

arriba de la moto de la cual no alcancé a ver el color y el otro se subió de un salto a la CG negra. En muchas ocasiones el sujeto que manejaba la moto negra CG le decía al que estaba por subirse ‘tirale tirale’ y varios gritos también de los otros dos que no me acuerdo que gritaban. Como dije, este último pegó un salto y se subió a la moto, gira su cuerpo y vuelve el que conducía a decir ‘tirale tirale’ y el que se subió atrás me buscaba con la mano y veo un objeto negro en su mano y en ese entonces escuché dos ‘click click’, como que gatilló este sujeto dos veces, por lo que yo temí por la gente que estaba atrás mío y sentada en el local, pensando que corría riesgo su vida. Atrás mío del local salió un muchacho de nombre Eduardo, de remera negra, que trabaja en el lugar. Yo vi que venía corriendo y temiendo por la integridad de las personas que estaban en el lugar efectúo un disparo al natalia que me apuntaba, apuntándole de la cintura para abajo. Cuando yo disparé, iba en movimiento corriendo, lo que intento decir es que nunca me paré y apunté, fue un dedazo, las dos motos ya estaban en marcha y procedieron a irse del lugar pero siempre apuntándome y ahí yo sigo corriendo detrás de las motos...” (v. fs. 79/vta., el subrayado es propio).

Ahora bien, hubo testigos presenciales que vieron otra cosa, por un lado, y hubo otro grupo de personas que abonan, en parte, la versión del imputado, por el otro. Veamos.

Viviana Bowers vio al policía apuntar y a los de la moto pasar rápidamente (“la moto iría a mitad de cuadra”); en ese contexto, observó que: “iba el chico de adelante agachadito chiquitito y arriba de él iba el de atrás agachadito chiquitito, estaba casi arriba, así como agachadito” (ilustrando en el debate la posición) y agregó: “los vi ya agachados, no vi armas ni nada, como queriendo esconderse; no escuché gritos de ninguno”. También, en el marco del contra-examen, aclaró un dato importante: “venía andando rápido la moto, que

cuando me doy vuelta ya estaba por la mitad [se refiere a mitad de cuadra de calle 9 e/ 53 y 54]], pero cuando escucho el disparo ya se había ido”.

En sintonía con la anterior, Dalma Vanesa Bustamante (sentada en la parte de afuera de “Me Píace” y “de frente a 54”) expresó: “*Salen en las motos para 9, ahí sale el policía, se cruza la calle y efectúa el disparo*”, luego aclaró que ella estaba mirando justo cuando el policía efectúa el disparo y, seguidamente, sostuvo: “*Hasta antes del disparo los estaba siguiendo con la vista a los de la moto. La moto iba a más de mitad de cuadra cuando el policía realiza el disparo. No escuché a nadie decir nada. No los vi darse vuelta a los de las motos. Vi que se subieron a las motos y salieron. Veo que uno iba manejando y el otro iba de espaldas, como abrazado*”; tras preguntas, reafirmó: “*No escuché a los delincuentes decir algo. En la secuencia de huida no vi que le apuntaran con el arma al policía*”.

Conteste con lo anterior, estuvieron los dichos de Vanesa Mariel Tovar y Lucía Fabiana Murga (las dos mujeres que circulaban en el auto por calle 9 de 55 a 54 y que frenaron en la esquina de 9 y 54).

Así, la primera reveló: “*...cuando vamos llegando a 9 y 54 freno para pasar la calle, freno y salen dos motos como de la vereda, que en eso que salen, veo la primer moto que tengo frente al auto, muy cerquita, un chico subiéndose a otra moto. La moto en ningún momento se detiene, se cuelga y salen las dos motos y en eso que salen me quedo ahí porque veo toda esta escena*”, en ese contexto, ve salir a otra persona, es decir, Aguilera (el policía), quien “*sale corriendo y, cuando va corriendo más o menos cruzando la calle, dispara, cuando veo esa secuencia hago marcha atrás. Las motos ya se habían ido y la persona esta sigue corriendo y ahí se para como para disparar*

devuelta, baja una rodilla como para disparar, no dispara y sigue corriendo”; tras lo cual, y frente a preguntas, volvió sobre el instante decisivo: “Como que se cuelga de la moto; me pareció raro la manera en la que se sube a la moto, por eso lo miro, se sube como agarrándose. Siempre me quedo mirando, es más, espero que se vayan las motos y cuando salen las motos ahí sale la persona y dispara. En ningún momento vi que las personas que iban en la moto gesticularan o sacaran un arma, se fueron rapidísimo, no se dieron vuelta. No vi que hicieran para atrás con un brazo. El policía que sale corriendo, cuando efectúa el disparo, estaba como cruzando la calle ahí nomás, estaba cerca de mí, yo estaba en la senda peatonal. Él efectúa el disparo corriendo” y completó: “Las motos ya estaban llegando a la esquina cuando escucho el disparo”. Lucía Murga, por su parte, comenzó diciendo que, cuando su amiga frena (“veníamos por calle 9 llegando a 54”), “veo una moto que se sube un chico corriendo a la moto y arrancan rápido. Estas motos van huyendo por calle 9 hacia 53, sería. Y detrás, unos segundos después, sale un policía de la zona de la derecha, sería como del restaurante. Cuando ella frena, mire qué es lo que estaba ella mirando, y era una moto que se estaba yendo rápido y un chico que se sube a la moto y salen rápido con la moto. Adelante había una moto, pero no se veía muy bien porque me tapaba la moto del último que se subió; no se llegaba a ver qué moto era ni a qué distancia estaba. Ese lo vi perfecto porque nos agarró miedo, se sube un chico que parecía muy jovencito, se sube corriendo, así que quedó medio colgando, se agarró fuerte para no caerse. Parecía una situación de robo o algo así y me dio miedo. Después de eso, sale de la zona de la derecha del restaurante un hombre corriendo con un arma en la mano, corre unos pasos y dispara, siempre corriendo con un arma en la mano, corre unos pasos y dispara, siempre corriendo y a mitad de cuadra hace como un gesto como apuntando con el arma

hacia delante pero no dispara esta vez” y agregó: “Me quedé mirando las motos. No vi que alguien de la moto tuviera un arma. Nadie se dio vuelta, el chico se subió medio mal, entonces se sostuvo. En las manos de él no había nada. Era al que vimos de frente. Él que iba manejando iba de espaldas, no le vi las manos. Al que iba corriendo se las vi hasta que agarró al que manejaba, pero no le vi un arma. Cuando escucho el disparo, la moto ya había alcanzado la esquina, más o menos, sino más. Salieron muy rápido. Me refiero a la esquina de calle 9 y 53”; tras lo cual, en el marco del contra-examen, aclaró: “había otra moto, no la llegaba a ver, pero sé que estaba. La moto que me quedo viendo es la que queda atrás y me tapa la que está adelante. La que queda atrás es la que subió el chico”, ratificando nuevamente que no observó que los de la moto hicieran algún gesto o tengan un arma, y recordando que una de las motos estaba más adelantada que la otra, siendo que “la última estaba siendo abordada por un chico”.

Hasta aquí los testigos contradicen el descargo del imputado y, bajo ningún aspecto, es posible conceder que existía amenaza o peligro alguno sobre bienes fundamentales. Desde esta perspectiva, como es obvio, no hay espacio para la exculpación.

Ahora bien, las dos señoras que se encontraban sentadas dentro del local “Me Píace” –y desde allí apreciaron la secuencia– agregan algunos datos.

Zulma Noemí Naya empezó relatando que unos sujetos (“unos muchachitos, se los veía jóvenes, muy jóvenes”, detalló más adelante) entraron a robar (añadió que en una mano vio un revolver y en la otra una especie de guante: “no sé qué era, pero no era un revólver”) y que, en un momento dado, aparece el policía diciendo “Alto Policía” “y los muchachos que estaban robando se dan vuelta y empiezan a salir y el policía los sigue con el revólver [aclaró que creía

que lo llevaba apuntando hacia abajo]", a partir de allí, explica que en la puerta había dos motos (con un conductor en cada una y esperando a los que estaban robando) y que los dos atracadores que ingresaron al local abordan una moto cada uno y emprenden la huida, y en ese contexto *"la moto que queda última, el de adelante le gritaba 'tira, tira' y el que iba atrás se daba vuelta y tiraba"* (*"casi le podría decir que sentí el ruido"*, agregó [refiriéndose al *"click click del revólver"*]); posteriormente, volvió sobre su afirmación inicial: *"El que iba adelante manejando la moto gritó 'tira, tira', iban por calle 9 hacia 53. La persona que iba atrás con el revólver hizo más de una vez como para tirar"* (precisó su posición visual: *"yo estaba en la misma mesa, se veía perfectamente, siempre adentro"*). En ese momento, el policía estaba en la puerta de *"Me Piacé"* (ora en la vereda, ora en el cordón sobre la calle; no pudo precisar), *"después el chico tira [refiriéndose al policía]"* (*"vi todo"*, añadió), tras lo cual el Fiscal le pregunta: *"¿en qué momento?"* y la testigo responde: *"Después de que pasa todo lo que acabo de contar, el policía tira a la moto. Tiró para abajo [como apuntando a la rueda", añadió con posterioridad] y fue un poquito más adelante como siguiendo a la moto"*. Siguió el examen directo y el Fiscal le preguntó: *"¿Y en el momento en el que el policía dispara ahí Ud. escuchó algo por parte de estas personas, de los que iban en la moto?"*, a lo que con seguridad la testigo afirmó: *"No, no, no escuché nada"* y así le reafirma al Fiscal que *"la secuencia de "tirale, tirale" fue antes que el policía tire"*, de modo que el Fiscal le repregunta qué hace en ese momento el policía (es decir, tras la secuencia del *"tirale, tirale"*) y la testigo sostuvo: *"estaba llegando, no hizo nada"*, ahí es cuando el Fiscal insiste (*"¿y después de eso qué ocurre, en ese momento... 'tirale, tirale', se da vuelta uno y el policía está llegando y no hace nada, cómo sigue la secuencia?"*) y la testigo afirma: *"y el policía los sigue y tira"*.

Nilda Guarnieri, la otra señora, contó que, en plena producción del atraco, escuchan “*policía, policía*” y los chicos salieron corriendo hacia la salida (“*por el mismo lugar donde habían entrado*”), el policía los corre, los chicos se suben a la moto y gritan “*tirale, tirale*”, al tiempo que uno de ellos se dio vuelta y apuntó para el lado donde estaba el policía, tras lo cual las motos arrancaron y se fueron, y en ese momento el policía apuntó en dirección a las motos. Tras contestar que no escuchó ningún disparo por parte de los sujetos activos del atraco, dijo literal: “*Escuché cuando le decían ‘disparale, disparale’ y uno de los chicos se dio vuelta y lo apuntó, y ahí arrancaron y se fueron, se fueron por calle 9, y cuando arrancaron y se fueron, ahí fue cuando tiró el policía*”; el fiscal insistió sobre el momento en que el policía dispara y la testigo completó: “*Una vez que dijeron ‘tirale, tirale’, no me acuerdo de haber escuchado tiros, pero lo que sí sentí es que ya se habían ido y era una cosa terminada y punto*”, aclaró que cuando le dicen “*tirale, tirale*” la moto ya estaba en movimiento, que “*el disparo no fue cerca, las motos ya habían arrancado*” y tratando de graficar la ubicación añadió que –cuando se produce el disparo (según su percepción, el policía “*estaba un poco bajando el cordón, cerca de la senda peatonal sobre calle 54*”)– las motos “*estaría a mitad de cuadra, pero no tanto tampoco*”.

Dejando de lado la circunstancia que Naya haya escuchado que uno de los asaltantes accionara –sin éxito– su arma, esto es, “*el click, click del revólver*” (en rigor, no lo afirma sino que lo supone: “*casi le podría decir que sentí el ruido*”), algo que jamás pudo haber escuchado si estaba sentada dentro del local “Me Piace” y, por tanto, con independencia de si la puerta estaba o no abierta, rodeada de toda la estructura edilicia –y en un contexto caótico– que impide captar un sonido de baja calidad como el que se produce cuando se gatilla un arma sin que se dispare (no estoy diciendo que la testigo

haya mentido, las situaciones de estrés como la que vivió son propicias para activar la fantasía), lo cierto es que, tanto aquella como su amiga, afirmaron haber percibido que, quien conducía una de las motocicletas le gritó a su compinche de atrás *“tirale, tirale”*, a la par que este último se dio vuelta y apuntó o bien hizo un movimiento compatible con lo inducido por aquel. Sin embargo, hay un dato clave que se desprende de ambos testimonios, cual es, la existencia de un hiato, mínimo pero valorativamente suficiente, para concluir que, de acuerdo a la versión de las citadas, hubo solución de continuidad entre la conducta de los asaltantes consistente en *“tirale, tirale”* del conductor y el darse vuelta apuntando –o gesticulando como haciéndolo– del otro que iba atrás de aquel, y la respuesta del policía que apareció una vez fenecida aquella situación, cuando las motos ya habían arrancado, se habían alejando en forma considerable de la puerta de “Me Piace” y estaban emprendiendo la huida; en concreto y para que quede claro: Naya expresó que cuando se escucha el *“tirale, tirale”* el policía *“estaba llegando, no hizo nada”*, y luego de aquella secuencia es que *“el policía los sigue y tira”*; a la par que Guarnieri dijo: *“Escuché cuando le decían ‘disparale, disparale’ y uno de los chicos se dio vuelta y lo apuntó, y ahí arrancaron y se fueron, se fueron por calle 9, y cuando arrancaron y se fueron, ahí fue cuando tiró el policía”*, al punto tal que, una vez que escucha *“tirale, tirale”*, ella sintió *“que ya se habían ido y era una cosa terminada y punto”*.

Sentado lo anterior, turno de abordar lo dicho por el testigo predilecto de la Defensa. Agustín Alejandro González (trabaja en “Me Piace”) empezó afirmando que, cuando el policía dispara, estaba situado sobre la calle en la esquina de 9 y 54, agregando que él corre detrás del policía cuando este sale a la calle persiguiendo a los asaltantes. A partir de allí expresó: *“El delincuente gira arriba de*

la moto, iba una moto adelante y otro atrás. El que iba en la moto de atrás, gira y apunta, y ahí el policía le tira”, amplió diciendo que solo escuchó el disparo del policía “y ningún otro disparo” (incluso aclaró que no escuchó a los de la moto proferir frase alguna [léase “tirale, tirale”] ni ruido similar al que se produce cuando se gatilla un arma sin que se dispare) y agregó: “el que no manejaba se da vuelta apuntando, yo lo veo” (también aclaró que solo vio apuntar y que no advirtió ningún otro gesto), “vi un brillo cuando le apunta, como de un arma, yo en ese momento me quede”. Sin embargo, cuando comenzó a efectuar mayores precisiones, se advierte la circunstancia apuntada con motivo del análisis de los testimonios de Naya y Guarnieri. Concretamente, cuando él sale del local y llega a la esquina (téngase presente que aun el policía no disparó, de lo contrario no podría haberlo visto realizar tal conducta), “yo ya los veía yéndose en la moto”, es más, cuando ve el instante en que el sujeto se da vuelta y apunta, “la moto estaba mitad de cuadra, un poquito más adelante” y la distancia existente entre el policía y la moto era “mitad de cuadra”; con lo cual, en todo caso, este testigo no hace otra cosa más que confirmar que el policía no dispara cuando le apuntan, sino en un momento posterior, esto es, cuando los atracadores ya estaban huyendo velozmente del lugar a bordo de la motocicleta (“media cuadra de distancia” –según González– es la que había entre Aguilera y la moto cuando se produce el disparo), por cierto, fue el testigo que se ubicó más cerca del imputado (“cuando sale a la esquina, cruzo la esquina con el policía. Yo corro detrás de él, fue una reacción”), y no oyó ni el “tirale, tirale” ni el “click, click” del arma del ladrón.

Obviamente, no deja de llamar la atención que esta secuencia advertida por Naya, Guarnieri y González (contestes en “el darse vuelta y apuntar del ladrón”), no haya sido percibida por Viviana Bowers, Dalma Vanesa Bustamante, Vanesa Mariel Tovar ni

por Lucia Fabiana Murga. Bien es verdad que González tenía la mejor ubicación, pero pifió en algo básico cuando aseguró que el policía disparó “quieto”, a contramano del propio Aguilera que afirmó categóricamente haber disparado a la carrera. Quizás lo que une armónicamente todas las piezas sea, precisamente, aquella separación entre una conducta y la otra, de modo que unos testigos vieron la secuencia completa y otros solo percibieron el segundo momento, esto es, la moto distanciándose velozmente de Aguilera, sus ocupantes bien agarrados y el disparo de aquel; quizás el movimiento que consistió en “darse vuelta y apuntar” fue tan raudo e insignificante que no pudo ser notado o advertido por algunos testigos.

Por ello, aun aceptando –por beneficio de la duda– que, en ese contexto, existió algún tipo de peligro, este no fue de tal magnitud para permitirle a Aguilera exonerarse por vía del estado de necesidad exculpante (ya hemos aclarado las razones por las cuales es jurídicamente inviable justificar la conducta de quien imputablemente mató a una persona inocente que nada tenía que ver con la agresión primigenia). Insisto: dado que la víctima fallecida fue totalmente ajena al curso causal dañoso originario (imposibilidad de trasladar los costes de su eliminación hacia el tercero ajeno y con un saldo que no es positivo ni prepondera de modo relevante), el peligro base de la exculpación ha de ser “normativamente considerable” para exonerar al sujeto que infringió el deber de respeto al proyecto de quien nada hizo de continuar con su existencia.

Más aún, ello es así, porque el destinatario de la imputación es, aquí, el titular de un rol especial, un policía que se encontraba en el momento de los hechos de servicio (v. al comienzo de su declaración, fs. 77vta. *in fine* y s.), lo cual restringe todavía más el ámbito de la exculpación.

Tratándose de un deber institucional, el policía ha de asumir los peligros unidos a su actividad profesional, caso contrario, la institución perecería y decaería la garantía en el aseguramiento de las expectativas comprometidas (cfr. JAKOBS, *PG*, 2da. ed., 20/12 y 20/13). Es que, no es la presión motivacional la que determina *per se* la exculpación, de lo contrario un soldado podría desertar por miedo a la muerte o el bombero que es llamado podría negar la asistencia para evitar el peligro que implica estar cerca de las llamas (cfr. FERNÁNDEZ LORENZO, *El destinatario de la imputación jurídico-penal*, en *Revista de Derecho Penal* [dir. Donna], Runinzal-Culzoni, 2018-2, p. 781, allí se explica que dicha situación está contemplada expresamente en el § 35 (1) 2, StGB [Código Penal alemán], y si bien no sucede lo mismo con el CP argentino, lo cierto es que la doctrina nacional contemporánea –ver las citas realizadas en la nota al pie n° 43– ha visto la vertiente normativa del problema).

Por ello, no es posible apelar al plano motivatorio cuando una institución solo puede ser garantizada no tomando en cuenta esas dificultades, dado que existen deberes especiales de tolerar el peligro (cfr. CÓRDOBA, Fernando, *De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad*, en AMBOS/MALARINO/PASTOR, *Prevención e imputación*, Hammurabi, 2017, ps. 48/49); dicho en otros términos: dado que las instituciones han de tener primacía, no hay posibilidad de que el titular de los respectivos roles profesionales (en el caso, un policía de seguridad) pueda sustraerse de la responsabilidad, quedando sin pena, en casos de peligros específicos, derivados de sus tareas: “[e]n este sentido, se descarta una apelación al estado de necesidad exculpante” (cfr. PAWLIK, *Una teoría...* cit., en *InDret* 4/2015, p. 19).

Entonces, y volviendo un poco más atrás, aun aceptando –por vía de la duda– que existió algún tipo de peligro (cf. lo descripto

por Naya, Guarnieri y González), en todo caso, se trató de un peligro específico de la actividad y unido al rol de Aguilera, algo que asumió voluntariamente al decidir co-participar de la institución que hasta ese momento representaba.

Es evidente que, si todos los policías de seguridad están expuestos a riesgos de esa clase y si el rol ha sido voluntariamente asumido (el propio Beltrame nos dijo: “*Yo salgo todos los días y quiero volver a mi casa, aunque soy policía y sé que me puede pasar, la muerte es una posibilidad sin duda*”), hay un deber especial del titular del rol de aceptar todos los peligros derivados de sus tareas (ROXIN, PG, t. I, § 22, Nm. 41, informa que, según jurisprudencia del BGH [Tribunal Supremo alemán], “un agente ejecutivo de policía debe ‘en determinadas circunstancias arriesgar su vida cuando interviene en la detención de un delincuente armado o en la represión de una revuelta’”); de modo que, un relajamiento de las exigencias, desembocaría en un cambio drástico: o bien la institución perece, o bien transforma su identidad y “el preservar vidas inocentes” dejaría de ser el cometido principal de la institución.

Solamente, ante un peligro de “muerte segura” podría llegar a plantearse, en casos como el presente, la exoneración por vía del estado de necesidad exculpante: la institución no exige la autoinmolación.

Sin embargo, la situación de riesgo que, en algún tramo de la secuencia fáctica, pudo haber padecido Aguilera, en modo alguno constituyó un peligro de esa especie, al punto tal que si aquel no actuaba se recortaba su propia existencia (aclaración: el peligro se proyectaba sobre Aguilera, si era a él a quien –en todo caso– le apuntaban y “lo buscaban en todo momento” [v. su declaración y CD cit. pista 3, 4.42 y ss.]; el resto de las personas estaban dentro de “Me

Piace” y González –quien salió del local y se situó cerca del policía– terminó diciendo en el debate que, al día de hoy, piensa que “*el policía actuó apresuradamente*”, más allá que en ese momento sintiera temor por su vida como es lógico).

Ciertamente, Aguilera no se encontró ante el dilema de disparar o morir con seguridad.

En primer lugar, no puede soslayarse el contexto del atraco, si bien algún comensal vio un arma en la mano de uno de los asaltantes (por lo menos, Naya), lo cierto es que, dentro del local, no hubo una carga de violencia extraordinaria más allá de la insita en todo tipo de robo (vgr.: no hubo rehenes ni existieron golpes). Es más, si se repara en la hora y la zona en la que se produce el robo, es posible pensar que el plan no era otro que, entrar, recaudar lo más que se podía y huir rápido.

En segundo lugar, porque apenas Aguilera sorprendió a los asaltantes dentro de “Me Piace”, estos rápidamente corrieron hacia la salida y se subieron a las motocicletas que se encontraban en marcha; de modo que, la secuencia hasta aquí muestra que los atracadores no querían otra cosa que escaparse, y en modo alguno dieron señales de que estaban dispuestos a iniciar un enfrentamiento armado en la esquina de “Me Piace”. Además, Aguilera en su relato cuenta que, cuando sale, se sorprende al ver las motos (por lo menos, con una que a primera vista no la había advertido), de allí que, si hubiesen querido ultimarlos (tal como Aguilera dice que gritaban “tirale” y cosas por el estilo), esa hubiese sido una buena oportunidad; sin embargo, pasó lo contrario, las motos arrancaron a toda velocidad para huir por calle 9 en dirección a 53.

En ese momento, en el que las motos ya había arrancado y emprendido su huida velozmente, Aguilera decide correr en

dirección hacia las mismas con su arma reglamentaria en mano, y es ahí cuando, el sujeto que conducía la moto de atrás (olvidémonos de la restante moto pues ya se había alejado considerablemente) le habría dicho a su compinche “tirale, tirale” y este se habría dado vuelta apuntándolo –o bien realizó un movimiento similar–, ello según la versión de Naya, Guarnieri y González (contrapuesta a lo percibido por Viviana Bowers, Bustamante, Tovar y Murga). Sin embargo, quien lo habría apuntado tenía una posición totalmente desfavorable y eso impide afirmar que, en ese momento, Aguilera se encontró ante un peligro que indefectiblemente sería su sentencia de muerte: el asaltante estaba subido a una moto que estaba en movimiento y huyendo a toda velocidad, tenía una posición totalmente incómoda ya que, subió con la moto en movimiento (Tovar y Murga dijeron que “*quedó medio colgado*”), estaba de espaldas y tuvo que girar el tronco superior de su cuerpo para poder apuntarlo, con una mano debía sostenerse para no caerse y cada segundo que pasaba se alejaba aún más de la posición de Aguilera (la velocidad de la moto es mayor al paso del hombre, sea cual fuere).

En síntesis, la situación no fue límite; de suerte que, aun dando por válida esa secuencia observada por algunos testigos y negada por otros, resulta inadmisibile afirmar que aquel movimiento fugaz, en el contexto delineado, haya generado un peligro de tal magnitud frente al cual Aguilera tuviera que disparar o morir con seguridad (nadie le *exigiría* auto-inmolarse).

Es más, si volvemos a reparar en la información que se desprende de lo declarado por Naya, Guarnieri y González, hasta puede concluirse que, en el preciso momento en que Aguilera dispara, el peligro se había disipado, por lo menos de un modo normativamente relevante (al fin de cuentas, repito, González terminó diciendo que al día de hoy cree que Aguilera “*actuó*”).

apresuradamente”); de allí que, objetiva y comunicativamente, la reacción de Aguilera no estaba unida a preservar su existencia (ni la de otros), sino a frustrar la huida de los delincuentes, claro que, en ese devenir, mató a una inocente joven de 18 años y por eso habrá de responder.

A modo de cierre, cuando se apeló a su experiencia y se le preguntó por una situación hipotética, Beltrame llegó incluso hasta expresar: *“Si las personas efectuaron dos disparos, no salieron y se van en moto, si estoy a una distancia que no me permite ser efectivo, no le tiro. Tiro franco es un tiro seguro. Un vehículo en movimiento, a velocidad, no es un tiro seguro; tiene otras variantes eso”*.

Por todo ello, la respuesta a esta segunda cuestión debe ser **negativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción (arts. 34 incs. 2º, 4º, 6º y 7º, y 35, todos *a contrario sensu*, CP; 209, 210, 371 inc. 3º y ccs., CPP).

A LA CUESTIÓN PLANTEADA la Sra. Juez Dra. Cecilia Inés Sanucci dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, pronunciándome por la **negativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Hernán Javier Decastelli dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, pronunciándome por la **negativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

Cuestión Tercera: ¿Se han verificado atenuantes?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Ramiro Fernández Lorenzo dijo:

Únicamente, la Fiscalía postuló “*la carencia de antecedentes*” y “*el buen comportamiento del encausado, incluso durante el debate*”.

Al respecto, más allá de la ausencia de efectos prácticos (los acusadores pidieron el mínimo de la pena que contempla la figura aplicable), debo decir que ambas resultan improcedentes.

La primera, por cuanto, constituye una condición *sine qua non* para co-participar de la institución policial no tener antecedentes penales, de allí que, si el destinatario de la imputación no es aquí un mero ciudadano sino el titular de un rol especial, no se advierte cómo puede desgravarlo parcialmente (atenuante) aquello que resulta un presupuesto ineludible para adquirir la titularidad de dicha posición especial.

La segunda porque, amén que es un deber de todo ciudadano no entorpecer u obstaculizar los procedimientos, está relacionada con la coerción procesal y no con el reproche del pasado propio de la pena.

Por ello, la respuesta a esta tercera cuestión debe ser **negativa**, por ser mi sincera y razonada convicción (arts. 209, 210, 371 inc. 4° y ccs., CPP).

A LA CUESTIÓN PLANTEADA la Sra. Juez Dra. Cecilia Inés Sanucci dijo:

Con relación a la falta de antecedentes solicitada como minorante, entiendo que no corresponde valorar la cuestión en el caso concreto en función del primer argumento del voto que antecede, en atención a la nula incidencia que la misma tendrá en el

caso, por haber sido pedido el mínimo legal de pena por las partes acusadoras y en el entendimiento que el Juez no puede imponer una pena por debajo del mínimo de la escala penal aplicable en el caso concreto, por no poder apartarse de la escala penal en abstracto fijada por el legislador. En el mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia Pcial. en numerosos pronunciamientos, entre ellos ha dicho que: *“El Código Penal no contiene un determinado sistema legal para efectuar la determinación de la pena a imponer, dentro del marco de las escalas previstas para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad por los arts. 40 y 41 del citado ordenamiento”*. (Doctrina de la SCJBA ya consolidada en **P 95068 S 13-2-2008** y en tantas otras en el mismo sentido).

En cuanto a la segunda, adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, me pronuncio por la **negativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Hernán Javier Decastelli dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, pronunciándome por la **negativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

Cuestión Cuarta: ¿Concurren agravantes?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Ramiro Fernández Lorenzo dijo:

Únicamente, la Fiscalía planteó como agravante “el daño irreparable a toda la familia”.

Con la misma aclaración efectuada en la cuestión anterior, debo decir que la agravante postulada resulta improcedente, precisamente porque no hay información alguna que demuestre la existencia de un daño mayor al que genera toda muerte en el seno familiar, de modo que, tal como ha sido planteada, dicha circunstancia ya se encuentra comprendida por el desvalor del tipo aplicable.

Por ello, la respuesta a esta cuarta cuestión debe ser **negativa**, por ser mi sincera y razonada convicción (209, 210, 371 inc. 5° y ccs., CPP).

A LA CUESTIÓN PLANTEADA la Sra. Juez Dra. Cecilia Inés Sanucci dijo:

En cuanto a la agravante de la extensión del daño causado, en función que el Ministerio Público Fiscal petitionó la misma no sólo en relación con el "daño irreparable" de la familia por la muerte, sino también en base a las circunstancias relatadas por la hermana de la damnificada, Viviana Belén Bowers, quien dijo en la audiencia de debate que sufrió a raíz de los sucesos vividos ataques de pánico y por ello tuvo que dejar de trabajar por un tiempo, entiendo que la agravante debe ser valorada sólo por dichos motivos.

En conclusión, por los fundamentos expuestos, me pronuncio por la **afirmativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Hernán Javier Decastelli dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, pronunciándome por la **negativa**, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

V E R E D I C T O

Atento lo que resulta de la votación de las cuestiones precedentes, **EL TRIBUNAL** por unanimidad **RESUELVE** dictar **VEREDICTO CONDENATORIO** respecto de **MAURICIO SERGIO AGUILERA**, en orden al injusto penal acaecido el día 29 de agosto de 2013, en la ciudad de La Plata y en perjuicio de Nélida Soledad Bowers (art. 371, CPP).

S E N T E N C I A

La Plata, 21 de octubre de 2019.

Conforme a lo resuelto en el veredicto que se ha dado en autos y lo dispuesto en el artículo 375 del Código Procesal Penal, corresponde plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

Cuestión Primera: ¿Cómo debe calificarse el injusto culpable acreditado en el Veredicto?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Ramiro Fernández Lorenzo dijo:

El injusto-culpable atribuido a Mauricio Sergio Aguilera en calidad de autor (art. 45, CP), constituye el delito de HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO, en los términos de los arts. 41 bis y 79 del Código Penal.

Ya hemos dado cuenta en el veredicto de todos los extremos de la imputación objetiva-subjetiva requeridos, de modo que allí remito. Solo resta decir que la agravante del arma de fuego, introducida por la acusación con motivo de la ampliación realizada

por esa parte y no objetada por la contraria (art. 359, CPP), tampoco fue materia de discusión por parte de la Defensa; de todas formas, tratándose de un injusto doloso, no hay fundamento alguno para no aplicarla, pues si bien el Estado le otorga al personal policial armas de fuego, lo hace para que la institución cumpla con su cometido básico y no para que mate terceros inocentes.

Así lo voto, por ser mi sincera y razonada convicción (arts. 41 bis, 45 y 79, CP; 209, 210, 375 inc.1º y ccs., CPP).

A LA CUESTIÓN PLANTEADA la Sra. Juez Dra. Cecilia Inés Sanucci dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Hernán Javier Decastelli dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

Cuestión Segunda: ¿Qué pronunciamiento debe dictarse?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Ramiro Fernández Lorenzo dijo:

La trasgresión es, aquí, “voluntad particular” (HEGEL, *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho* [1820] [trad. Paredes Martín], § 99, en: el mismo, *HEGEL II*, Gredos, Madrid, p. 108.), dicho en términos modernos: manifestación que no permite anudar a ella la comunicación de modo permanente (JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad* [2004] [trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez], Universidad Autónoma de Madrid, p. 34); un esbozo

de realidad que debe ser contradicho con la pena, caracterizando al delito como delito y afirmándose contrafácticamente la vigencia de la norma, de manera que el quebrantamiento se encuentra en un mundo equivocado y la propuesta de cambio –en el sentido de un acto evolutivo– no es aceptada, tal como quedó expresado en el veredicto condenatorio.

La pena, sin embargo, no se agota al simbolizar la contradicción del hecho (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Dritte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 113). Dado que el infractor de la norma, a través de su conducta, no solo ha significado algo, sino que a la vez lo ha configurado en el mundo externo (JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena* [1998] [trad. Cancio Meliá], en: el mismo, *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*, Porrúa, 2da. ed., 2006, ps. 651/652), se elige el “dolor” –en cuanto recorte más o menos intenso de la libertad– como símbolo de la manifestación externa de la contradicción: “también la reacción frente al hecho debe suponer una configuración definitiva, lo que significa que debe hacer imposible de modo efectivo que se anude una conducta a este, convirtiéndose de esta manera en permanente en el mundo externo” (JAKOBS, *Ibid.*); brevemente: se trata de contraponer al quebrantamiento de la norma la realidad de la norma (JAKOBS, *Ibid.*).

Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación (JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional* [trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, el título alemán distinto], en: el mismo, *Moderna Dogmática...* cit., p. 4).

Por consiguiente, la medida de la pena ha de regirse por el grado de perturbación social generada por el hecho (JAKOBS, *La pena estatal...* cit., p. 44), lo que, en concreto, alude principalmente al peso de la norma vulnerada y la medida de su vulneración, como a la responsabilidad del autor por su motivación para cometer el hecho, es decir, si esta es completamente asunto suyo, o, por el contrario, puede desgravárselo parcialmente al respecto.

Sentado lo anterior, debe partirse de la idea que el marco punitivo legal suministra una escala de gravedad continua, dentro del cual habrá de clasificarse el supuesto concreto que nos ocupa. Lógicamente, el marco comprende la universalidad de casos posibles, de modo que, el tercio inferior estará reservado para los de mínima gravedad, el superior para los de máxima gravedad y el tercio restante –ubicado entre los otros y construyendo el enlace– para los casos regulares definidos normativamente.

Dado que las partes acusadoras solicitaron el mínimo legal de la escala aplicable, no hacen falta fundamentos ulteriores que respalden el *quantum* punitivo que deviene aplicable; por lo que, habré de fijar la pena en diez (10) años y ocho (8) meses de prisión, con más las accesorias legales (arts. 5, 12, 40, 41, 41 bis, 45 y 79, CP).

Costas a la parte vencida (arts. 29 inc. 3º, CP; 530 y 531, CPP).

La Fiscalía, basándose en la pena peticionada, propició dejar sin efecto la medida morigeradora que actualmente pesa sobre Aguilera y proceder a su detención en los términos del art. 371 –último párrafo– CPP. Coincido aquí plenamente con el Defensor Particular: por un lado, fue la Fiscalía quien reconoció “el buen comportamiento procesal” del encausado y hasta pretendió se lo

valore como atenuante (arts. 146 inc. 2º y 371 último párrafo, ambos *a contrario sensu*, CPP); por el otro, no puede soslayarse que, a la fecha, Aguilera computa más de seis (6) años de tiempo de detención a los efectos del art. 24 –segunda parte– del Código Penal, de modo que ya se encuentra próximo a cumplir con los plazos de la libertad asistida y de la libertad condicional (arts. 13, CP; 104 segunda parte, ley 12.256; 146 inc. 3º y 371 último párrafo *a contrario sensu*, CPP). Por lo expuesto, considero que no corresponde agravar la medida de coerción actualmente vigente (art. 163 inc. 1º, CPP).

Regular los honorarios del Dr. Germán Oviedo (Tº LVI Fº 456, CALP) por su actuación en la instancia, como apoderado del Particular Damnificado, en la cantidad de setenta y cinco (75) *jus*, con más el 10% de ley (arts. 9.I.3.u segunda hipótesis, 15, 16, 51, 54 y ccs., ley 14.967; 12, 14 y ccs., ley 6.716 y modif.).

Finalmente, habrá de diferirse la regulación de honorarios de los letrados defensores, como así también la del letrado patrocinante del Particular Damnificado, por sus actuaciones en esta instancia, hasta tanto dichos profesionales acrediten el cumplimiento de las obligaciones emanadas de las leyes 10.268 y 8.840.

Así juzgo, por ser mi sincera y razonada convicción (arts. 18, CN; 5, 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 41 bis, 45 y 79, CP; 371 *último párrafo a contrario sensu*, 375 inc. 2º, 530, 531, cits. y ccs., CPP; 9.I.3.u segunda hipótesis, 15, 16, 51, 54 y ccs., ley 14.967; 12, 14 y ccs., ley 6.716 y modif.).

A LA CUESTIÓN PLANTEADA la Sra. Juez Dra. Cecilia Inés Sanucci dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA el Sr. Juez Dr. Hernán Javier Decastelli dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Fernández Lorenzo, por ser esa mi sincera y razonada convicción.

POR ELLO, y de conformidad con las disposiciones citadas, **EL TRIBUNAL**, por unanimidad, en causa n° **929/5520**,

RESUELVE:

I. **CONDENAR** a **MAURICIO SERGIO AGUILERA** – *soltero, argentino, DNI 31.783.738, policía, nacido el 01/01/1986 en La Plata, hijo de Roberto Daniel Aguilera y Patricia Marcela Fernández, domiciliado en calle 161 n° 1586 de esta ciudad*– a la pena de **DIEZ (10) AÑOS Y OCHO (8) MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, como autor responsable del delito de **HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO**, según hecho acaecido el día 29 de agosto de 2013, en la ciudad de La Plata y en perjuicio de Nélida Soledad Bowers.

II. **NO HA LUGAR** a la solicitud de agravación de la medida de coerción vigente.

III. **REGULAR** los honorarios del Dr. Germán Oviedo (T° LVI F° 456, CALP) por su actuación en la instancia, como apoderado del Particular Damnificado, en la cantidad de setenta y cinco (75) *jus*, con más el 10% de ley.

IV. **DIFERIR** la regulación de honorarios de los letrados defensores, como así también la del letrado patrocinante del Particular Damnificado, por sus actuaciones en esta instancia, hasta tanto dichos profesionales acrediten el cumplimiento de las obligaciones emanadas de las leyes 10.268 y 8.840.

Rigen los arts. 18, CN; 168 y 171, CBA; 5, 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 41 bis, 45 y 79, CP; 22, 106, 209, 210, 371 –su último párrafo *a contrario sensu*–, 373, 375, 530, 531 cits. y ccs., CPP; 9.I.3.u segunda hipótesis, 15, 16, 51, 54 y ccs., ley 14.967; 12, 14 y ccs., ley 6.716 y modif.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.

Una vez **FIRME**: CÚMPLASE con las leyes Nacional 22.117 y Provincial 4.474; PRACTÍQUESE cómputo del vencimiento de la pena impuesta y liquidación de las costas del proceso. COMUNÍQUESE al Servicio Penitenciario Bonaerense (art. 501, CPP). PRÓCEDASE a la carga en el sistema RUD. FÓRMESE el correspondiente legajo conforme Acuerdo 3688 SCJBA, el que se remitirá al Juzgado de Ejecución Penal Departamental que corresponda a los fines de artículo 25 del ritual, quedando el condenado a exclusiva disposición de su titular.