

Superior Tribunal de Justicia
Viedma

En la ciudad de Viedma, a los 6 días del mes de febrero de 2023, finalizado el Acuerdo celebrado entre los miembros del Superior Tribunal de Justicia señoras Juezas Liliana L. Piccinini y M^a Cecilia Criado y señores Jueces Ricardo A. Apcarian, Sergio G. Ceci y Sergio

M. Barotto, para el tratamiento de los autos caratulados "UFT N°1 (VICT. R.V.J.) C/ HUICHAQUEO, MARIO ANDRÉS S/ HOMICIDIO AGRAVADO" - IMPUGNACIÓN

EXTRAORDINARIA ART. 242 (Legajo MPF-VI-03847-2019), teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES:

Mediante sentencia del 11 de abril de 2022, el Tribunal de Juicio del Foro de la I^a Circunscripción Judicial (en adelante el TJ) resolvió declarar la responsabilidad de Mario

Andrés Huichaqueo por el delito de homicidio calificado por el uso de arma de fuego, cometido en ocasión de los arts. 34 inc. 6° y 35 del Código Penal en exceso de la legítima

defensa (art. 79 en función del 41 bis CP), y condenarlo a la pena de cuatro (4) años de prisión.

En oposición a lo resuelto, la defensa y el Ministerio Público Fiscal dedujeron sendas impugnaciones ordinarias ante el Tribunal de Impugnación (TI en lo sucesivo), que rechazó la

primera por unanimidad y por mayoría la segunda. En atención a ello, el representante de la

acusación pública solicitó el control extraordinario de lo decidido a su respecto, cuya denegatoria motivó una queja ante este Cuerpo, a la que se hizo lugar.

Celebrada la audiencia prevista por el art. 245 del Código Procesal Penal con la presencia de las partes, quienes produjeron los alegatos respectivos, y realizada la deliberación correspondiente, se ha decidido plantear las siguientes

CUESTIONES:

1^a) ¿Es procedente la impugnación extraordinaria?

2^a) ¿Qué pronunciamiento corresponde adoptar?

CONSIDERACIONES

A la primera cuestión la señora Jueza Liliana L. Piccinini dijo:

1. Agravios de la impugnación extraordinaria

Como primer punto de agravio, el Ministerio Público Fiscal, representado en la instancia previa por el Fiscal Jefe Juan Pedro Peralta y la Fiscal del Caso Yanina Estela Passarelli, expone que en el caso se materializa uno de los supuestos en que correspondería la

interposición del recurso extraordinario federal (art. 242 inc. 2° CPP), concretamente por la

fundamentación aparente del fallo, que se traduce en una sentencia que adolece de arbitrariedad.

El desarrollo argumental de sus planteos se circunscribe a dos agravios principales:

por un lado, alega la existencia de un análisis arbitrario de los hechos contenidos en la acusación fiscal que deriva en la segmentación del suceso; por el otro, como derivado del

anterior, considera que el TJ efectúa una errónea aplicación del principio iura novit curia,

aspectos que han sido convalidados por el voto mayoritario del TI.

Así, con relación al primer agravio, en su presentación cuestiona los argumentos que ha tenido en consideración el TJ para analizar de modo separado un evento histórico que

contenía claras notas de continuidad. Sobre el particular, entiende que los señores jueces han

segmentado la plataforma fáctica para que prosperara la causal de justificación que finalmente

impusieron sin el debido litigio de las partes.

Discrepa con el voto mayoritario del TI en cuanto le achaca al Ministerio Público

Fiscal no haber acusado por los hechos ocurridos en la plaza y afirma que la acusación quedó

debidamente acreditada, más allá de no tener configurada la tipicidad del delito de abuso de

armas. Además, remarca que cuando comunicó que la Fiscalía no iba a acusar por el abuso de

armas, se debía tener presente todo lo sucedido como una sola conducta, es decir, sin

solución

de continuidad.

Insiste en que la segmentación del suceso busca suprimir el elemento de la falta de provocación suficiente, para posteriormente colocar a Huichaqueo en una situación donde

resultara procedente la legítima defensa. Agrega que el voto mayoritario del TI se contradice

cuando pretende sostener este aspecto de la sentencia, en tanto reconoce que V. se dirigió a

la casa de la madre de Huichaqueo a continuar con el conflicto.

Entiende que el órgano revisor se aferró a la teoría de la escisión de los hechos -y, por tanto, que Huichaqueo habría sido sorprendido por V. y sus amigos en el domicilio de calle

Miranda-, interpretación que sustenta en la declaración del licenciado Battcock en cuanto a

que se observaron dos emociones distintas muy marcadas en el acusado: ira en la plaza y

temor en la vivienda. De modo contrario, el Ministerio Público Fiscal aduce que Huichaqueo

sintió temor con posterioridad al fallecimiento de la víctima y no antes, es decir, se trató de un

temor a las represalias.

Critica los postulados que brindan el TJ y el TI con respecto a que no se acusó por los hechos de la plaza, que jurídico-penalmente se encuadraron en abuso de armas, pues en modo

alguno ello habilita una segmentación de la plataforma fáctica como finalmente ocurrió.

Explica que, tras el desarrollo del debate, la Fiscalía entendió que no estaban reunidos los

elementos objetivos del tipo penal y por ello decidió no acusar por aquel delito.

Por otra parte, fundamenta el agravio que le causa a esa parte el cambio de calificación legal dispuesto por el sentenciante -y que avala el órgano revisor-, calificando tal proceder

como un arbitrario uso del principio iura novit curia que afecta el debido proceso legal, teniendo en consideración que las partes litigaron teorías del caso distintas de la

asumida en
resolución cuestionada.

En lo particular, indica que su Ministerio formuló acusación por un hecho cometido con dolo eventual y que la defensa particular de Huichaqueo argumentó durante todo el proceso que el suceso fue el resultado de un obrar imprudente, por lo tanto, cuestiona que el

TJ haya resuelto el caso sin que exista debate alguno sobre la existencia de una causal de
justificación.

Manifiesta que toda la información introducida a través de la producción de la prueba estuvo orientada a corroborar la mecánica del hecho, esto es, un homicidio doloso agravado

por el uso de armas en la tesis de la Fiscalía y un homicidio culposo en la de la defensa particular, pero en modo alguno profundizaron en aspectos propios de una causal de justificación ni en sus elementos constitutivos, como parece interpretar el TJ.

En ese sentido, objeta que se hayan tenido por probados ciertos aspectos que resultan cruciales para determinar si efectivamente existió un caso de legítima defensa, lo que colisiona con los principios que rigen el proceso penal acusatorio adversarial al forzar los

alcances de lo estipulado en el art. 191 del Código Procesal Penal. Cita doctrina que estima de

aplicación al caso y denuncia una afectación al principio de congruencia.

Concluye su expresión de agravios al sostener que tal actuación implica, en definitiva, una absurda valoración de la prueba colectada en el proceso, que se traduce en una falta de

motivación suficiente y que materializa la existencia de una sentencia arbitraria (arts. 189 inc.

4º, 228, 231 incs. 1º y 2º y 240 CPP; 200 C.Prov. y 18 C.Nac.).

2. Contestación de traslado de la defensa

Al contestar el traslado, el letrado Damián Torres entiende que la impugnación extraordinaria no puede prosperar en su admisibilidad formal, puesto que el recurrente reedita

planteos analizados por el TI que, además, consisten en una mera discrepancia subjetiva con

la decisión mayoritaria adoptada. Insiste en la inexistencia de cuestión federal y de un supuesto de arbitrariedad, por lo que descarta la procedencia en los términos del art. 242 inc.

2° del rito.

Argumenta que la Fiscalía centra su agravio en considerar que se trató de un hecho único, pero que desde el control de acusación sostiene la existencia de dos momentos distintos. Por lo tanto, prosigue, si finalmente en el debate se decide no acusar por uno de ellos, implica desistir de la imputación de un hecho y no de un delito en términos normativos.

En ese sentido, acuerda con los fundamentos del fallo del TJ, que el voto mayoritario del TI convalida, y refiere que los jueces lo explican en sus votos de manera fundada de acuerdo con la prueba producida, descartando de tal modo la existencia de una interpretación irrazonable o arbitraria.

Por otra parte, con relación a la calificación legal aplicada, sostiene que, si bien difiere de aquellas litigadas y pedidas por las partes durante el juicio, se ajusta a las previsiones del art. 191 del código adjetivo teniendo en consideración que la normativa solo dispone que sea en beneficio de la defensa y que tenga la posibilidad de refutarla.

Agrega que la impugnación extraordinaria de la Fiscalía reitera agravios que ya fueron desechados oportunamente por el TI y que, sobre este punto, la sentencia presenta un adecuado tratamiento de los presupuestos de la legítima defensa, con lo cual descarta la existencia de arbitrariedad, y concluye que la expresión de agravios deja en evidencia una discrepancia subjetiva con esa decisión.

Por lo manifestado, solicita se declare la inadmisibilidad de la impugnación y formula reserva del caso federal.

3. Alegatos en la audiencia

3.1. En la audiencia de impugnación extraordinaria del art. 245 del Código Procesal Penal, el señor Fiscal General Fabricio Brogna expone en primer lugar el agravio relativo a la arbitraria valoración de la prueba. En tal cometido, se vale de una serie de imágenes con

la
finalidad de ilustrar la ubicación de la víctima, del acusado y de los diferentes testigos
en el
lugar donde ocurrieron los hechos.

Identifica cuatro puntos específicos, a saber: la casa de la madre de Huichaqueo
ubicada en la calle Miranda (1), la plaza de Juan Manuel de Rosas y Lamadrid donde se
hace

presente Huichaqueo para luego disparar sobre la oreja de V. y a su perra (2), el
acontecimiento de calle Miranda donde el acusado es recibido a pedrazos por parte de
V.

(3), y por último ubica temporo-espacialmente cuando V. huye y recibe el disparo
mortal

sobre la esquina de calle Liniers y Juan Manuel de Rosas (4).

En su análisis sostiene que los acontecimientos ocurren entre las 3.48 y las 4.44 am y
que la secuencia ha sido arbitrariamente comprimida o descomprimida por el
sentenciante,

decisión que ha sido arbitrariamente avalada por el TI. Al fundar este punto, entiende
que el

TJ separó las circunstancias de la plaza (2), por lo tanto, sitúa a Huichaqueo (3) en
situación

de agredido, pero lo agrupa con el segmento (4).

Añade que, luego de que se le encasquillara la bala, el acusado sacó el cargador de su
arma, la destrabó y volvió a colocarlo para finalmente dar el disparo mortal. Es decir,
continúa, existe una separación temporal entre los puntos que identifica en su
exposición

como 3 y 4.

Luego señala determinados elementos de prueba y argumenta que han sido pasados
por alto tanto por el TJ como por el TI, y hace hincapié en que no se ha valorado
adecuadamente, o directamente se suprimió de la fundamentación, la reconstrucción
virtual

del arquitecto Tonón o la confeccionada por el Perito Balístico Pedro Quilográn, que en
su

declaración dio cuenta de que V. se encontraba en la línea de tiro, de espaldas y a cierta
distancia, lo que significaría que la agresión esgrimida por la defensa del acusado había

finalizado.

Argumenta que la declaración de B.R., a quien califica como "testigo estrella", permite establecer la ubicación y el comportamiento de Huichaqueo en el lugar de

los hechos, dejando sentado que el acusado tomó coraje con la presencia del personal policial

a sus espaldas y fue tras V. por la calle Juan Manuel de Rosas hacia Liniers.

Relaciona lo anterior con el testimonio brindado por el propio acusado cuando relató la secuencia de lo ocurrido y dijo que su intención era la de asustar pero, a criterio del Ministerio Público Fiscal, ese proceder implicó una agresión. En apoyo de su postura recuerda

la existencia de un mensaje de audio que Huichaqueo le envió a su hermano Fabio -que pese

al borrado lograron recuperar- donde le contaba que estaba yendo a la plaza con el rifle y las

balas.

Repasa nuevamente los argumentos del fallo y desarrolla críticas a la interpretación que el juzgador realizó sobre la declaración del licenciado Battcock, quien identificó dos

emociones diferenciadas en el acusado: ira y temor. Entiende que el TJ ha tergiversado el

sentido de la prueba, en tanto el temor no hacía alusión a la situación defensiva en la casa de

su madre en calle Miranda, sino a las represalias posteriores a la muerte de V.

También indica que se ha pasado por alto el informe de la médica Paneta, que explicó que el tiro mortal ingresó por la espalda de la víctima, lo que lleva a afirmar al Fiscal General

que no existía ningún permiso legal para que Huichaqueo actuara del modo en que lo hizo,

pues no tenía derecho a defenderse, ya que la agresión invocada había cesado.

En esa línea argumental advierte que, aun suponiendo que Huichaqueo se defendía, el medio empleado no era el adecuado, hubo provocación suficiente y en modo alguno concurrían los restantes elementos necesarios para que procediera la legítima defensa, por lo

que el TJ segmentó arbitrariamente los hechos y arribó a una solución incorrecta, sentencia

que luego fue confirmada por el órgano revisor.

Por otra parte, refiere al agravio que le causa al Ministerio Público Fiscal la decisión del TJ de aplicar una calificación jurídica que las partes no propusieron en sus teorías del caso

y, por lo tanto, se vieron privadas de alegar durante el juicio. Así, plantea que existió un uso

incorrecto del iura novit curia, toda vez que en el proceso penal acusatorio la verdad la construyen las partes y no los jueces, quienes tienen vedada la posibilidad de escoger una

opción que se encuentre fuera del menú.

Añade que no existió una mera variación en la calificación legal, sino también en el hecho, e identifica en esa dirección la reconstrucción de los sucesos que relató el TJ en su

sentencia, a la vez que cuestiona la incorporación de elementos que no fueron tenidos en cuenta por las partes.

El Fiscal General manifiesta que no se discutió la proporcionalidad del medio empleado ni la distancia temporal y física entre el acontecimiento de la casa de la madre y el

desenlace posterior a la persecución, lo que evidencia una sorpresa.

Invoca que el principio iura novit curia tiene que recaer sobre hechos que sucedieron y que fueron controvertidos por las partes y, seguidamente, funda su punto de agravio en las

previsiones del art. 191 del rito, que en su primer párrafo estipula las limitaciones a dicho

proceder, lo cual interpreta que constituye una prohibición expresa. Luego, en la segunda

parte del primer párrafo, la excepción procede cuando se cumplan dos circunstancias: cuando

sea más favorable al imputado y cuando la defensa haya podido controvertir en el juicio, circunstancias que advierte como no satisfechas en el caso.

Denuncia así una afectación al debido proceso legal y abona su postura con doctrina específica que considera de aplicación a la causa, sin perjuicio de estar relacionada con

el

Código Procesal Penal Federal acusatorio.

Concluye su exposición solicitando la anulación parcial de la sentencia en relación con la existencia de una causal de justificación y que este Superior Tribunal confirme la condena

en la instancia, reenviando al solo efecto del trámite de cesura. En caso de que no se acoja tal

pretensión, pide que se haga lugar al recurso, se anule parcialmente y se reenvíe el legajo para

que se resuelva conforme a derecho.

3.2. En su contestación, el letrado Damián Torres manifiesta que, si bien es cierto que la estrategia de la defensa fue invocar la comisión de un homicidio culposo por parte de Huichaqueo y la Fiscalía por un homicidio doloso, la pena impuesta no le causa agravio. Seguidamente, ingresa al tratamiento de la alegada absurdidad en la valoración de la prueba y sostiene que en su teoría del caso discutió el robo en la casa de la madre de Huichaqueo y lo ocurrido posteriormente en la plaza, ocasión en que su asistido fue a amedrentar a V. También alega que en un principio la Fiscalía negaba que la víctima hubiera tirado piedras y que esa parte invocó oportunamente que se había efectuado una cantidad de disparos alrededor del auto situado en calle Miranda.

Con respecto a la ponderación de la declaración del testigo B.R., aduce que no se trata de hechos distintos, en tanto la agresión sufrida por su asistido cuando estacionó su vehículo y los disparos efectuados en la esquina de la calle Liniers resultan ser

un mismo acontecimiento y no dos hechos separados.

Estima que los hechos valorados por el TJ son los mismos que planteó la defensa en su teoría del caso, más allá de aplicar una calificación jurídica distinta, y agrega que no hay una

sorpresa para la Fiscalía y que la circunstancia de agresión se pudo controvertir en el debate.

Además, entiende que el Ministerio Público Fiscal evidencia una discrepancia subjetiva respecto del testimonio del licenciado Battcock y la sensación de temor que habría

sufrido Huichaqueo en la casa de calle Miranda, lo que, a su criterio, no es un elemento que el

TJ haya valorado arbitrariamente.

En el análisis de la provocación suficiente, tilda de contradictoria a la parte acusadora porque solicita que se fragmente una parte y no otra. Añade que el TJ tuvo por probado que

Huichaqueo se retiró de la plaza y por lo tanto allí finalizó esa situación, lo que va en línea

con la teoría expuesta durante el debate por la Fiscalía, en cuanto identificó la existencia de

dos momentos bien diferenciados.

Se pregunta si, cuando le tiraron piedras, el acusado tenía derecho a defenderse, y considera que, tal como sostuvo el TJ, existe un exceso en la causa de justificación.

Interpreta

que los hechos han sido discutidos por las partes y así se plasma en la página 49 de la sentencia del TJ, es decir, conforman la teoría del caso de la defensa más allá de la significancia jurídica. Cita doctrina legal que considera de aplicación sobre un exceso intensivo y extensivo en la causal de justificación.

En el desarrollo de su exposición manifiesta que el uso del principio iura novit curia no implicó una afectación al debido proceso, ya que los hechos fueron los planteados por la

defensa y el tipo penal aplicado por el TJ es el mismo que solicitó en su alegato la acusación,

pero con el exceso en la causal de justificación.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo de la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal y formula reserva del caso federal.

4. Solución del caso.

4.1. Previo a adentrarnos en el análisis de los agravios expuestos en la impugnación extraordinaria, cabe recordar que el Ministerio Público Fiscal atribuyó a Mario Andrés Huichaqueo "haber sido quien el día 02 de noviembre de 2019 entre las 04.00 y las 04.30

horas aproximadamente se acercó en su vehículo particular marca Chevrolet modelo CORSA

dominio HIL 177 color dorado 'champagne' a la plaza ubicada en la calle Juan Manuel de

Rosas entre Estomba y Lamadrid de la ciudad de Viedma, se estacionó en el lugar,

descendió

del mismo, y entonces valiéndose de su arma de fuego reglamentaria tipo pistola semiautomática marca TANFOGLIO modelo FORCE calibre 9x19 número AC12059 efectuó

-al menos tres disparos hacia un grupo de jóvenes que estaban en el interior de la plaza sentados sobre un banco de cemento- entre quienes se encontraba R.V.- Luego HUICHAQUEO subió a su vehículo y se retiró del lugar hasta el domicilio de su madre en

calle Miranda nro. 296 de Viedma -esquina Juan Manuel de Rosas- donde se estacionó.

Seguidamente, en esa esquina se encuentran HUICHAQUEO y V., entonces

HUICHAQUEO comienza a efectuar más disparos -estimados 7 al menos- con el mismo

arma, hasta la esquina de Juan Manuel de Rosas con Linares, contra la persona de V., quién huía corriendo por calle Juan Manuel de Rosas en dirección a calle Liniers donde dobló

hacia su derecha y es a la altura del numeral 218 de esa calle donde V. se desvanece y queda tirado en la vereda como consecuencia del impacto de uno de los proyectiles disparados

por HUICHAQUEO que, previo rebote -probablemente en la pared-, ingresó en región posterolateral del tórax a nivel de la noveno arco costal, que laceró lóbulo izquierdo del hígado, atravesó el lóbulo inferior izquierdo pulmonar, ingresó a corazón por ventrículo izquierdo y salió por el derecho, y se alojó en el saco del pericardio; lo que le ocasionó la

muerte por shock hipovolémico, ello en ocasión en que era trasladado por ambulancia desde

dicho lugar al Hospital Zatti de Viedma".

Tanto la Fiscalía como el defensor letrado del acusado coinciden en el desarrollo de tramos fácticos del hecho materia de juzgamiento, pero plantean hipótesis jurídicas que difieren puntualmente sobre el aspecto subjetivo del tipo penal, esto es, la intención de Huichaqueo al momento de cometer el hecho. Así, mientras la acusación describe la comisión

de un homicidio simple agravado por el uso de armas de fuego cometido con dolo eventual, la

defensa alega que se trató de un homicidio imprudente.

Como se verá, para el desarrollo de dichas hipótesis comienzan a debatir diversas concepciones fácticas imbricadas entre sí que tienen que ver tanto con los elementos subjetivos involucrados como con los propios de la causal de antijuridicidad que luego aparece en la decisión jurisdiccional, pero que no es expresamente indicada por ninguna de las partes.

Los jueces y la jueza de grado se apartaron de lo requerido por las partes en sus alegatos y subsumieron legalmente el hecho en el tipo penal de homicidio calificado por el

uso de arma de fuego cometido en exceso de legítima defensa (arts. 34 inc. 6º, 35, 41 bis y 79

CP) y le impusieron a Huichaqueo una pena de cuatro (4) años de prisión.

4.2. Sobre la arbitrariedad

Al interponer tanto la impugnación ordinaria como la extraordinaria, el Ministerio Público Fiscal insiste en que funda adecuadamente la vulneración del debido proceso legal

producto de una errada y arbitraria decisión del TJ que luego fue confirmada por el TI, que

rompe con principios básicos del sistema acusatorio adversarial. Además, relaciona lo anterior

con una arbitraria determinación de las circunstancias fácticas necesarias para subsumir los

hechos en un caso de legítima defensa y alega que nunca podría arribarse a una sentencia de

condena en los términos del art. 35 del Código Penal.

Así, tal como se expresó al habilitar la queja, los planteos de la acusación pública deben ser sometidos al control extraordinario de este Superior Tribunal de Justicia, los que

entrelazan ciertas temáticas que involucran tanto aspectos de motivación, como de límites en

la actividad jurisdiccional atento los principios de congruencia, iura novit curia y alegatos de

las partes.

Al ingresar al primer agravio, esto es, la absurdidad en la valoración de la prueba y

defectos en la motivación, lo que arrojaría la existencia de una sentencia arbitraria contraria al

derecho que el apelante funda en esa regla, se impone la necesidad de analizar el razonamiento del TJ y su posterior confirmación merced al fallo aquí impugnado.

Tengamos presente, además, que la parte acusadora denuncia que la sentencia contiene una fundamentación aparente y que tal yerro ha sido omitido y/o arbitrariamente avalado por

el TI, lo cual tendría consecuencias directas sobre la calificación jurídica y el respectivo reproche recaído sobre el acusado.

Asimismo en tanto, dice, no podía la jurisdicción recoger una tesis alternativa a la sostenida por las partes.

Entonces, comenzaré por reproducir ciertos pasajes de la argumentación del TJ y posteriormente del TI para brindar claridad y facilitar la comprensión de los defectos de motivación en que podrían haber incurrido ambos tribunales -el segundo en su función revisora-.

Luego de identificar los principales elementos probatorios reproducidos en el juicio oral y aquellos convenidos por las partes, el Juez Carlos Reussi -voto al que adhieren el Juez

Marcelo Chironi y la Jueza Daniela Zágari- refiere que la relación de causalidad fáctica, es

decir, el enlace entre la acción de Huichaqueo y el resultado del fallecimiento de la víctima se

encuentra acreditado suficientemente, "no así el dolo con el que la Fiscalía dice que actuó", al

considerar que "hubo una intención de defenderse en el imputado, que al momento de ser

ejercida, superó los límites en exceso, situación por la que deberá responder" (pág. 41).

Seguidamente, el magistrado cuestiona las teorías del caso de las partes, en tanto a su criterio se produjo una segmentación de lo ocurrido y ello lleva, en el caso del Ministerio

Público Fiscal, "a provocar un sesgo que afecta el recto entendimiento de los hechos", mientras que la defensa plantea la posibilidad de que Huichaqueo haya actuado con una culpa

consciente y asegura que tal postura deja de lado que en el momento en que Huichaqueo

produjo el disparo que quitó la vida a V., "lo hacía en una defensa que estaba inicialmente

habilitada por la ley, pero de la que luego se excedió provocando con ello el supuesto del

art. 35 del C.P." (pág. 45).

En su decisión, el TJ reconoce que el imputado se dirige a la plaza decidido a confrontar a V. por la supuesta sustracción en la casa de su madre y da por cierto que "tomó

el arma de fuego provista reglamentariamente por su empleadora, y dos cargadores y de allí se

dirigió a la plaza donde se encontró con V. y B."

El TJ continúa con el análisis y sostiene que "llegamos entonces a ese momento de la madrugada en que Huichaqueo se dirige a la plaza, y encara a V. y a B., que estaban juntos bebiendo. Al llegar, a bordo del vehículo Corsa baja con el arma en la mano, y enfrenta

a los nombrados, en una acción imposible de avalar, desde la prudencia, o desde el saber

policial, o desde el lugar que le correspondía como ciudadano víctima de un delito" (pág. 46).

Agrega que "se produce un momento de tensión cuando el imputado acerca el arma junto a la cabeza de V., y dispara, lo que hace en dos ocasiones. Y encima, produce un tercer disparo, con el que hiere a la perra de Jorge, causándole el daño ya referido en la convención probatoria de las partes, más sobre el cual el Ministerio Público Fiscal ha decidido

no actuar" (pág. 46).

En su argumentación afirma que cuando Huichaqueo llegó a la casa de su madre, para encontrarse con sus familiares, y acompañarlos tras el hecho sufrido, y luego de su desacertada actitud en la plaza, se encuentra con que "V. y sus compañeros lo estaban esperando y lo agreden con piedras contra él y su auto. Paralelamente, él comienza a disparar,

y lo hace en una postura que él dice disuasiva". Reitera que luego del conflicto en la plaza el

acusado se dirigió a la casa de su madre en calle Miranda y que "al mismo tiempo, V. salió

corriendo junto con otros jóvenes de la plaza, rumbo a su casa" (pág. 47).

En este punto, el TJ entiende que luego del suceso de la plaza "se presenta una nueva situación, diametralmente diferente a la anterior", e interpreta que cuando Huichaqueo llega a

la casa de su familia, "el supuesto anterior había culminado. Ya su iniciativa de ir a recriminar

a V. había cesado, y también con ello cualquier posibilidad de reacción del joven, por los

hechos de los que fuera víctima". En esa línea, considera que al llegar a la casa de calle Miranda, y encontrarse con los piedrazos de V. y sus compañeros, "empezó una secuencia

en la que recibe una agresión ilegítima por parte de aquellos, con peligro cierto e inminente

contra su integridad personal, o incluso la de sus familiares que estaban dentro de la casa"

(págs. 47/48).

A lo anterior suma que "ahí empezó un enfrentamiento en que claramente V. lo fue a buscar a Huichaqueo, que le tiraba piedras de gran tamaño y con potencial lesivo evidente,

desde el mismo momento en que estacionó el auto frente a su casa. Que el embate era contenido por Huichaqueo mediante disparos de arma, respecto a los cuales diferentes testigos

coincidieron en señalar que no apuntaba, que tiraba reiteradamente" (pág. 48).

A diferencia de lo que postula el Ministerio Público Fiscal, considera que no hubo una persecución extrema contra el joven por parte de Huichaqueo, sino que se aprecia un disparar

sin objetivos precisos. Y reflexiona que este accionar de perseguirlo lejos está de querer acribillarlo.

Por su parte, el TI -cuyo voto mayoritario estuvo integrado por la jueza Custet Llambí y el juez Mussi- concluye que la sentencia condenatoria no se observa como arbitraria. Luego,

coincide con el TJ en cuanto a que existe una división en dos momentos: los hechos de la

plaza y los hechos en la vivienda de la mamá de Huichaqueo.

En esa dirección, sostiene que "acierta el Tribunal en considerar dos hechos distintos, puesto que fue así como los presentó la fiscalía, dos momentos diferenciados a tal punto que por uno no acusó (plaza) y por el otro sí. Sostener lo contrario es afectar la doctrina de los propios actos. No puede la acusación trabajar todo como dos hechos distintos y luego pretender que todo se convierta en uno, en función de su conveniencia, puesto que esto hace a la objetividad" (pág. 15).

Seguidamente, manifiesta que son dos secuencias distintas y divisibles no solo en el tiempo sino también en el modo y las circunstancias que las rodearon. Por ello, desliza que acierta el TJ al considerar que el hecho inicia "con el acercamiento de la V. y varios amigos al domicilio de la mamá de Huichaqueo, donde se producen los hechos que culminan con el desenlace fatal" (pág. 16).

Entonces, expone, "el primero que agrede de manera ilegítima es V., quien lo espera con piedras de potencial agresivo, conforme se observó en el parabrisas del auto y el lateral derecho del mismo, piedras de un importante tamaño como se pudieron observar en el debate a través de las declaraciones de los vecinos de Huichaqueo, de las fotos exhibidas por el Lic.

Castillo e incluso por los daños que provocaron en la vivienda como pudo observarse con el

Lic. Quilobran, estos dos últimos testigos que fueron introducidos por la propia fiscalía" (pág. 16).

Dicho razonamiento llevó al TI a coincidir con la conclusión del TJ con relación a que los hechos que llevan a este a establecer la existencia de una agresión ilegítima por parte de la

víctima junto con sus amigos "fue parte de la discusión que se dio en el debate sin existir

sorpesa al respecto", ello relacionado con que la agresión en la plaza había cesado. De la breve transcripción de los fundamentos de la sentencia condenatoria y de su posterior confirmación surge sin mayores esfuerzos un arbitrario e inadecuado tratamiento de los elementos probatorios que han sido reproducidos en el debate oral, propio de una motivación parcializada por parte de los jueces en cuanto a su interpretación de la plataforma fáctica que el Ministerio Público Fiscal desarrolla en su presentación. Esta infundada determinación de convalidar un recorte temporal tornó procedente, en términos jurídico-penales, la figura de la legítima defensa que finalmente impuso el Tribunal, aspecto que se analizará en acápite siguientes.

La contradicción argumentativa sobre la cesación o continuidad de los hechos se hace evidente en numerosos pasajes de la sentencia del TJ y el TI no cumple acabadamente con su función revisora, lo que se evidencia en los fundamentos de aquel cuando utiliza términos que denotan la existencia de un conflicto sin interrupciones temporales, pero luego determina que el primer suceso finaliza en la plaza.

A diferencia de la tesis acusatoria y de la propia defensa, el juzgador escinde la agresión de Huichaqueo en la plaza de la escena posterior ocurrida en la casa de la madre ubicada en calle Miranda y Juan Manuel de Rosas. Entonces, tenemos que el TJ asume la existencia de dos momentos diferenciados en tiempo y espacio, razonamiento que, como se verá luego, tiene consecuencias jurídicas determinantes, específicamente para valorar el requisito vinculado a la falta de provocación suficiente por parte del imputado, como elemento necesario para la procedencia de la legítima defensa.

Para la determinación de esta cuestión de hecho, el voto rector del fallo condenatorio presenta una ostensible contradicción, en tanto por una parte pretende fundamentar la finalización de la agresión de Huichaqueo en la plaza, pero por el otro sostiene que "al mismo

tiempo", V. salió corriendo junto con otros jóvenes de la plaza rumbo a su casa (pág. 47) y

esa misma incompatibilidad argumentativa se reitera en el voto mayoritario del TI, que tenía a

su cargo la revisión. Tal contemporaneidad es totalmente relevante, como se verá, a los fines

de desestimar la causal de antijuridicidad sobre la que luego se predica un exceso.

Durante todo el proceso la Fiscalía ha sostenido la misma descripción fáctica de los hechos, sin perjuicio de identificar una diversidad de tipos penales que se habrían cometido

tanto en la plaza como en la casa de calle Miranda, aspecto que se rige por las normas del

concurso de delitos.

Los magistrados han interpretado que el hecho de que la Fiscalía no acusara por el evento de la plaza donde Huichaqueo increpó violentamente a V. y disparó cerca de su oreja, que fue calificado oportunamente como abuso de armas, deja entrever que el propio

Ministerio Público Fiscal litigó el caso identificando dos momentos distintos. En esa línea de

pensamiento concluyen que, ante el resultado adverso, no procede el agravio en virtud de la

doctrina de los actos propios.

Empero la circunstancia de que la Fiscalía no haya formulado acusación por el delito de abuso de armas al considerar que no se encontraban reunidos los elementos del tipo penal,

criterio motivado por una decisión estratégica y objetiva luego de transcurridas las distintas

etapas del juicio oral (sobre lo que no expreso opinión), no implica en modo alguno que esto

la obligue a dejar fuera del factum los eventos allí ocurridos a los fines de descartar un caso de

legítima defensa. Entonces no hay error de actividad en no plantear determinada calificación

jurídica sobre determinada realidad natural y de todos modos considerar que parte de

ella (que se desarrolló previamente) era útil para conceptuar la antijuridicidad de desarrollo posterior.

Razones de lógica impiden analizar los sucesos ocurridos en la madrugada del día 2 de noviembre de 2019 de modo parcializado.

No existe controversia en que Huichaqueo tomó su arma reglamentaria marca Tanfoglio modelo Force calibre 9 mm con los cargadores, se hizo presente en la plaza y directamente increpó al joven V. quien se encontraba con su amigo B., recriminándole la sustracción de ciertos objetos de la casa de su madre. El acusado, quien a esta altura de la

madrugada estaba bajo la ingesta de bebidas alcohólicas, amenazó a la víctima y disparó en

repetidas ocasiones con su pistola semiautomática a la altura de su oreja y posteriormente

hirió a su perra.

Otro punto sobre el cual los testigos y el propio imputado han dado precisiones radica en el aspecto temporal entre aquel suceso de la plaza y la posterior agresión de V. a Huichaqueo en la casa de su madre. Ningún relato parece indicar la existencia de una finalización del conflicto o la interrupción que forzosamente introduce en su análisis el Tribunal para posteriormente argumentar, en el plano jurídico, la aplicación de la causal de

justificación en exceso.

El licenciado Battcock mencionó en su declaración que Huichaqueo experimentó una sensación de ira al momento de acometer contra V. en la plaza. Tamaña expresión de violencia por parte de un agente capacitado por el Estado para el manejo de armas y la custodia de las personas motivó indefectiblemente la reacción del joven V., con lo cual asumir que los ánimos se apaciguarían con la llegada del personal policial obedece a una

mirada obtusa de lo verdaderamente ocurrido.

La labor del TI se topa con serias limitaciones argumentativas con respecto al alcance que el Ministerio Público Fiscal dio a sus agravios en la instancia previa. No analiza mínimamente las críticas que plantea la Fiscalía con relación a la separación temporo-espacial

de ambos sucesos y tampoco explica qué ocurrió en el ínterin de los episodios A y B,

siendo

que la agresión que comenzó en la plaza necesariamente tuvo su continuidad en la calle Miranda, a la que concurrió V. inmediatamente influenciado por lo que había acontecido.

Entonces, en cuanto a la pertinencia de la causal de justificación aplicada por el TJ y confirmada por el TI, corresponde aclarar que el art. 34, inc. 6° del Código Penal establece

que no será punible el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del

medio empleado para impedirla o repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte del

que se defiende. A su vez, el art. 35 dispone que el que hubiere excedido los límites impuestos

por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito

por culpa o imprudencia.

Tal como se argumentó al momento de analizar las críticas del Ministerio Público Fiscal, la arbitraria segmentación de los hechos impacta en las consecuencias jurídicas del

caso, precisamente sobre el requisito típico de la falta de provocación suficiente como elemento concurrente para que proceda la legítima defensa.

Así de acuerdo con los hechos probados en el caso, Huichaqueo se hizo presente en la plaza para amedrentar a V. con su arma reglamentaria y le recriminó, amenazas y disparos

mediante, lo ocurrido en la casa de su madre. Por lo tanto, la conducta violenta desplegada por

el acusado importa, a los efectos de la norma contenida en el art. 34 inc. 6° de la ley sustantiva, una provocación suficiente que, por lógica, impedía que luego pudiera defenderse

pretendiendo juridicidad en su conducta, de aquello que su accionar había provocado.

La doctrina entiende que "el que provoca suficientemente crea la situación de necesidad de defensa" y que "la conducta defensiva propia en una situación provocada es

antijurídica, y la lesión al bien jurídico que con ella se causa es incuestionablemente dolosa".

Es por ello que se afirma que "siempre que la provocación suficiente excluya el derecho,

habrá un injusto doloso perfecto" (Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal Parte General,

Ed. Ediar, 2002, pág. 626).

La conducta disvaliosa de Huichaqueo operó en este caso como una provocación suficiente que desencadenó la reacción del joven V.. Entonces, puede decirse que la provocación es la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión y que se

desvalora jurídicamente como suficiente cuando es previsible, sin que a este efecto puedan

tomarse en cuenta las características personales del agresor.

Con relación a este tópico se ha dicho que "la inexistencia de 'provocación suficiente' por parte de quien se defiende es uno de los aspectos legalmente requeridos para que opere la

legitimación de la conducta defensiva. Del texto legal surge que resulta una defensa legítima

aquella cuyo autor no provocó suficientemente el ataque antijurídico que repele o impide con

su comportamiento" (Gonzalo Rúa y Lisandro Pellegrini, "Lineamientos del requisito "falta

de provocación suficiente' en la legítima defensa", Revista de Derecho Penal, 2006-2, pág.

230).

El acusado no podía pretender la no punibilidad por defenderse de la agresión que él mismo había provocado en la plaza. A partir de la separación temporal, fáctica y jurídica del

suceso de la plaza y aquel ocurrido en calle Miranda, el TJ sitúa a Huichaqueo en una situación de legítima defensa. Interpreta de modo forzado que el segundo suceso, el ataque

con piedras y amenazas de V. en la vivienda de calle Miranda, lo encontró en una posición

de poder defenderse, sin relación con lo ocurrido previamente .

Para el TJ la escisión tiene como fundamento el cese de la iniciativa del imputado de ir a recriminar a V. y lo hace depender de la orientación de su voluntad. No tiene en cuenta lo

que razonable y previsiblemente podía ocurrir o continuar ocurriendo en el sujeto pasivo, con

motivo de la agresión.

El TI afirma dogmáticamente o sin un análisis crítico de la contraposición

argumentativa del MPF que la provocación en este segundo hecho "es atribuible a la víctima,

quien continuaba provocando al imputado, amenazando, sin temor alguno al poder ofensivo

de un arma. Entonces el tribunal tampoco se equivoca en tal sentido". Así, omite un control

exhaustivo del ítem y se topa con los mismos argumentos que el sentenciante cuando pretende

dar razones para tener por concluido el hecho de la plaza (la provocación suficiente), pero a la

vez sostiene que "al mismo tiempo, V. salió corriendo junto con otros jóvenes de la plaza,

rumbo a su casa".

Luce claro que no existió una interrupción temporal, sino que el evento estaba latente y por tal motivo el Ministerio Público Fiscal lo abordó integralmente en su acusación.

Queda en evidencia -lo adelanto pues es una conclusión que surge de comparar este momento con otro posterior- que, al tratar la provocación, el TJ aplica un criterio "riguroso"

para dar por finalizada, desde un punto de vista tempo-espacial, la agresión de Huichaqueo en

la plaza (las amenazas a V., los disparos al aire, etc.), y luego aplica un criterio "laxo", sin

dar cuenta de la materialidad y la base dogmática utilizada, al analizar lo ocurrido desde el

apedreamiento hasta la producción de los disparos, con el fin de poder ubicar a Huichaqueo

en el exceso del art. 35 del Código Penal, cuando ya había cesado la situación de defensa y

aquel perseguía a V. disparando de modo no disuasorio, sino agresivo.

Fuera de la utilidad del análisis comparativo para cuestionar la escisión inicial, destaco que el análisis crítico también abordará la última parte de la secuencia fáctica reprochada, esto

es, la separación material y jurídica de lo que constituye un exceso temporal en la causal y su

fin, que coloca lo ocurrido directamente más allá de él o bajo una nueva situación de homicidio, ya sin legítima defensa.

Lo antedicho me lleva a concluir que no habría legítima defensa pues el imputado fue provocador suficiente de la víctima.

4.3. Sobre el exceso en la legítima defensa

Ahora bien, avanzando en el análisis del último tramo fáctico en atención a lo discutido en la audiencia y al resultado de la deliberación, las consideraciones que desarrollaré a continuación reafirmarán mi postura descalificante del fallo.

Así, el sentenciante desarrolla varias consideraciones respecto de la percepción subjetiva del riesgo que habría experimentado Huichaqueo. Sin ingresar aquí a analizar en

profundidad si para ello debieron tomarse en consideración datos objetivos tales como su

pertenencia a una fuerza de seguridad y la preparación específica para afrontar situaciones

conflictivas, sí me interesa destacar que esa percepción del riesgo o amenaza hacia su integridad la ubica exclusivamente en la puerta de la casa de la madre (el momento en que

V. lo apedreaba), pero nada dice de lo sucedido posteriormente cuando lo persiguió aproximadamente a lo largo de una cuadra hacia Liniers, donde finalmente impactó el disparo mortal.

El TJ concluye que el imputado, defendiéndose, produjo un efecto lesivo por exceso.

Y añade "que se reunieron en el caso los requisitos de 1. La agresión ilegítima - constituida

por el ataque de V. y sus acompañantes-; 2. La actualidad e inevitabilidad de la agresión

-dado que en cuanto se bajó de su vehículo Huichaqueo se vio sometido a la agresión-;

3. la

necesidad racional del medio empleado (vista y analizada desde el punto de vista del agredido, Huichaqueo, que acudió al elemento defensivo que tenía en ese momento, y 4.

La

falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, al entender que la acción de

V. nada de justificado ni avalado tenía, en cuanto ir a la casa de Huichaqueo a esperarlo y

atacarlo con un grupo de personas".

Entiende el sentenciante que "los daños fueron excediendo los límites legales. Así, porque al momento de ejecutar los actos defensivos, provocó un fallecimiento en exceso a las

necesidades de defensa. Hubo un exceso de la necesidad de defensa en Huichaqueo, quien

haciendo uso de los mecanismos de defensa que contaba, al disparar a mansalva, excedió los

límites de la necesidad y acabó con la vida de V."

En esa línea argumental, el TJ afirma que Huichaqueo "optó por defenderse, válidamente, intentando vanamente neutralizar las piedras con disparos de su arma de fuego

reglamentaria. Y disparando, sin apuntar y a mansalva, provocó un rebote que le causó la

muerte a V. Con lo hecho, se excedió en sus facultades legales de defensa, y provocó una

muerte".

En hipótesis asumiendo discursivamente el corte temporo-espacial entre lo ocurrido en la plaza y en la casa de la madre de Huichaqueo, y situando a este como sujeto que tiene el

derecho a defenderse legítimamente, se aprecia un tratamiento superficial de lo vinculado con

la actualidad de la agresión y su relación con una situación de abuso de derecho, en el que,

superada toda posibilidad de invocar una legítima defensa aun en exceso temporal, la

acción

recobra su primera configuración típica, dolosa y antijurídica.

Esto es, el cese de la actualidad de la agresión ya llevaba al TJ a la necesidad de abordar la temática del exceso extensivo en la causal, siendo insuficiente solo hacerlo sólo por

el intensivo, como se verá.

No solamente el acusado, sino también el abanico de testigos afirma que el episodio donde V. apedreó a Huichaqueo se materializó en Miranda 296, mientras que el deceso de

aquel se produjo en Juan Manuel de Rosas y Liniers, arteria hacia la cual había comenzado la

retirada ante los sucesivos disparos por parte del acusado, de los cuales algunos impactaron en

un árbol y en el paredón, a una altura que, con claridad, tenía potencialidad mortal.

Como se sostuvo, hay una parcialización inicial de la totalidad de la materialidad reprochada hasta obtener la finalización de la provocación suficiente, y una continuidad subyacente -es decir, sin un argumento explícito- para ubicar el disparo que da muerte a la

víctima en el exceso extensivo (el temporal). Además, el único tratamiento se presenta con

respecto al exceso intensivo -el referido a la utilización de un medio más gravoso que el necesario- pero, llamativamente, la problemática del primero de ellos, que era relevante para

resolver el caso, carece de fundamentos.

Se advierte una verdadera ausencia de tratamiento por parte del TJ de un aspecto que resultaba crucial para sostener la calificación jurídica que introduce en su decisión (la existencia de un exceso en la legítima defensa) que recae sobre la actualidad de la agresión y

el tipo de exceso, si intensivo o extensivo. Nótese que en el desarrollo del fallo se hace mención a que Huichaqueo, al hacer uso de "los mecanismos de defensa que contaba", al

disparar a mansalva, "excedió los límites de la necesidad", lo cual indicaría que ha aplicado al

caso juzgado el supuesto de exceso intensivo en la legítima defensa.

Parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que las situaciones alcanzadas por el art. 35 abarcan solo los casos de exceso intensivo, esto es, aquellos atinentes a la selección de los medios empleados, y no los de exceso extensivo, que son los que tienen lugar por fuera del tiempo que dura la agresión antijurídica y que deben tratarse como errores de prohibición indirectos (Daniel Rafecas, *Derecho Penal sobre bases constitucionales*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2021, pág. 568).

Cuando el medio empleado es innecesario en el sentido visto por haberse podido emplear otro seguro y menos lesivo, se produce el denominado exceso intensivo (o propio).

Al mismo, le es aplicable la eximente incompleta. Dicha exención incompleta es inaplicable,

por el contrario, al exceso extensivo (o impropio), es decir, los supuestos de reacción cuando

la agresión ya no es actual o todavía no lo es, pues en tal caso faltan los requisitos esenciales

de la agresión y de la defensa (Diego Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*,

Ed. BdeF, 2ª edición actualizada y ampliada, págs. 559-560).

Es en este sentido que Zaffaroni plantea, en cuanto a los límites temporales de la acción defensiva, que "ésta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se

extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos" (Zaffaroni, *Alagia y*

Slokar, op. cit., pág. 623).

Según la opinión completamente dominante, la justificación requiere, además de los presupuestos objetivos de un tipo permisivo, también un elemento subjetivo. Para la realización de este elemento subjetivo de justificación, no basta con actuar en conocimiento

de los presupuestos objetivos de justificación. Antes bien, el autor también debe querer

actuar

conforme a derecho, esto es, intervenir con voluntad de defensa. El autor que se halla objetivamente en una situación de justificación, pero actúa sin voluntad de defensa, seguiría

siendo punible por delito consumado (E. Hilgendorf y B. Valerius, Derecho Penal. Parte General, traducción de la 2ª edición alemana de Leandro A. Dias y Marcelo A. Sancinetti, pág. 101).

Este Superior Tribunal ha reconocido la posibilidad de incluir al exceso extensivo en la norma mencionada. Se considera que el exceso extensivo se refiere a los casos en los que el sujeto continúa ejerciendo la acción defensiva después de que cesó la situación de peligro objetiva.

De lo señalado por este Cuerpo no es correcto ni se desprende, como se verá, extender sin más los alcances del art. 35 del Código Penal a toda agresión posterior por el solo hecho

de haber tenido como antecedente una situación de justificación. Ello pues "existe abuso en la

legítima defensa y no exceso, cuando el acto tiene su exclusiva génesis en el puro espíritu de

hostilidad, venganza o ira, siempre que tales estados de ánimo no adquieran suficiente importancia como para limitar seriamente el ámbito de determinación del autor" (TCasación

Buenos Aires, Sala II en causa 36.79 "G., W.G."), del 08/10/2009, citado en E. Donna y D.

Styma, La legítima defensa, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 107).

En la doctrina actual hay acuerdo en requerir, para la presencia del delito, que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley. Así, no basta que quien actúa

típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que

su actuación se halla prohibida. Es preciso, en otras palabras, el conocimiento o la posibilidad,

de la antijuricidad del hecho, por lo que, cuando tal conocimiento falta se habla de error de prohibición, que podrá ser vencible o invencible según que haya podido o no evitarse con mayor cuidado (Santiago Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 9º ed., BdeF, pág. 552).

La culpabilidad requiere la comprensión potencial de la criminalidad, es decir, de la conminación penal de la conducta antijurídica, lo que demanda que el autor haya tenido la posibilidad de comprender -en primer término- la naturaleza y entidad del carácter injusto de su acto (Zaffaroni, Alagia y Slokar, op.cit., pág. 733).

De las constancias del caso se desprende que Huichaqueo tenía conocimiento de, o bien se pudo representar con claridad, que la agresión ocurrida en la casa de su madre, mientras se escudaba detrás de su auto, había finalizado. Tanto es así que dicha culminación

de la agresión motivó a que el acusado persiguiera a V. hasta la esquina de Liniers, profiriendo amenazas y disparando en repetidas oportunidades su arma reglamentaria. El exceso en la legítima defensa consiste en una desproporción de la acción con lo legal, lo autorizado o lo necesario. Hay exceso, no abuso o justicia por mano propia, en la acción, pero no diversidad en el fin. El exceso excluye el abuso pues supone que el autor no

abuse de la ley, de la autoridad o de la necesidad, desvirtuándolas objetiva o subjetivamente.

El exceso deja de serlo y se transforma en abuso "cuando se obra sin provecho propio y sólo

por hostilidad, abusándose sustancialmente del propio deber, facultad o necesidad" (Núñez,

Derecho Penal. Parte General, 1987, pág. 423).

Mutatis mutandis, este Superior Tribunal de Justicia ha sentado que, en el contexto fáctico analizado en el caso, "se advierte la proporción inicial entre la conducta lesiva y la

conducta defensiva de realizar el primer disparo para detener el acometimiento de

agresiones

físicas de P.H. Sin embargo, la conducta defensiva que comenzó siendo justificada luego

devino en ilícita por un 'exceso extensivo'. ya que el segundo disparo se realizó cuando [...] la

agresión había cesado hacía unos instantes (Se. 93/09)" (ver STJRNS2 Se. 53/12 "Chávez").

En el precedente STJRNS2 Se. 145/15 "Porfiri", este Cuerpo también ha dicho que este exceso extensivo se admite para los supuestos en que medie una conexión temporal inmediata con la agresión ya concluida; siendo uno de sus supuestos cuando "'la defensa posterior, aun estando retrasada, sigue siendo consecuencia de la drástica puesta en peligro

representada por una agresión que ya no es actual [cfr. Jakobs, G., Derecho Penal, Parte General, pág. 707]' (Esteban Righi, Antijuridicidad y Justificación, Ed, Lumiere, 2002, pág.

132)".

De las constancias del caso surge que el TJ aplica el exceso intensivo pero no lo desarrolla y tampoco brinda argumentos con relación al aspecto temporal, propio del exceso

extensivo, ni de los datos subjetivos que permitirían deslindar una situación excesiva de otra

abusiva, tópico sobre el cual el TI se adelanta y deja en evidencia una notable discordancia,

teniendo en consideración que esta falencia es advertida por el voto minoritario y luego reconocida por el mayoritario que, pese a ello, no se hace cargo de desarrollarlo.

Tengamos presente que, en el análisis de revisión de los elementos constitutivos de la legítima defensa, el TI concluye que la lógica y el sentido común indican que la cantidad de

disparos efectuados fue el resultado de un accionar desproporcionado y no de la imposibilidad

de hacer cesar la agresión por parte de la víctima, de allí la aplicación de la figura del art. 35

del Código Penal en exceso intensivo y extensivo.

Esto es, el voto mayoritario del TI, entiendo que obligado porque el voto de la minoría

se lo advierte, agrega el exceso extensivo para justificar lo resuelto por el TJ, aunque, como se

sostuvo, no lo aborda.

Entonces, la decisión del TI presenta los mismos problemas que la sentencia condenatoria, porque no se hace cargo de fundar válidamente aquellos aspectos nucleares que

hacen a la procedencia de la legítima defensa y el exceso en su ejercicio, pues, más allá de

que pretenda ensayar una explicación del exceso intensivo, nada valioso dice sobre el exceso

extensivo.

Resulta llamativo que solo menciona el exceso extensivo y agrega el dato referido al lugar donde fueron halladas las vainas de los disparos (uno solo en calle Juan Manuel de Rosas y Liniers y fue realizado "al aire", mientras que en un buen número en la intersección

de calle Miranda), cuando esto para nada dilucida el problema, en tanto vuelve la pregunta

inicial no respondida: ¿por qué aun siendo así (la totalidad de los disparos salvo uno en la

última intersección) es dable sostener que cuando dio muerte a V., el imputado se encontraba en el exceso extensivo de su legítima defensa y no en un homicidio ya fuera de

él?. En otras palabras, ¿cuál es este límite, desde el punto de vista fáctico y jurídico? Esto ni

siquiera es mencionado por el TJ y tampoco lo desarrolla correctamente la mayoría, ante la

advertencia de la minoría.

En cuanto a la agresión en la casa de la madre de Huichaqueo, el voto disidente -en lo que aquí interesa- sostiene que la herida de bala que le causó la muerte a V. no ocurrió durante la agresión de la víctima hacia el imputado y que, por lo tanto, dicha circunstancia

desvirtúa por completo el hecho desarrollado por el fallo impugnado y pone de resalto que el

TJ no acredita una extensión de la acción de la conducta de justificación. Basa lo

anterior en
los dichos de tres testigos que refirieron una persecución de V. por parte de Huichaqueo
y
dos imágenes aportadas por el Ministerio Público Fiscal que ubican al tirador en la
intersección ya referida y a la víctima en la otra.
Por todo lo anterior, en conclusiones propias del Cuerpo, se aprecia que la conducta
agresiva de V. había culminado en la calle Miranda y su intersección con Juan Manuel
de
Rosas, lo que motivó que el nombrado se retirara en dirección a Liniers, a la vez que
buscaba
protección de los disparos de Huichaqueo entre los árboles de la cuadra y fue alcanzado
por
un balazo cuando se encontraba en la intersección de calle Liniers.
En ese orden de ideas, se ha dicho que lo decisivo para determinar si una injerencia
antijurídica es o no actual será el punto de vista de un tercero objetivo. Ello quiere
expresar
que la actualidad debe tener una intensidad tal que permita -no solo desde el enfoque del
agredido, sino también de terceros ajenos a la situación de lucha- identificar la
inminencia,
realización o subsistencia de una agresión concreta (Martiniano Guerra, "La actualidad
de la
agresión antijurídica. A la vez un fundamento interpersonal de la legítima defensa", en
Daniel
R. Pastor -dir.- y Nicolás Guzmán -coord.-, Problemas actuales de la parte general del
derecho penal, Ed. Ad-Hoc, pág. 567). Queda claro que la agresión había cesado por lo
que,
para los fines del exceso, era necesario abordar adecuadamente el exceso temporal.
Dicho punto se encuentra ausente en el análisis del TJ y es incorporado por el TI con
las deficiencias argumentativas señaladas.
Ocurre que existe abuso, y no exceso temporal, cuando el acto tiene su exclusivo
origen en el puro espíritu de hostilidad, siempre que tales estados de ánimo no
adquieran
suficiente entidad como para limitar seriamente el ámbito de determinación del autor.
Este es

uno de los principales factores que permiten determinar, con alguna precisión, cuándo una conducta es excesiva, por estar ligada estrechamente con la situación de justificación anterior, y cuándo deja de serlo para convertirse en un mero aprovechamiento de la situación anterior que solo sirve de pretexto para cometer un injusto autónomo. Atento a dicho pasaje, si el autor no está obrando en ningún contexto fáctico de justificación, siquiera excesivo, y actúa en consecuencia, entonces no podrá apelarse a la cláusula del art. 35 del Código Penal, sino que corresponderá afirmar el injusto doloso directamente. El único límite que demarca los alcances del art. 35 en este sentido se da allí cuando dicho exceso ha sido premeditado o buscado o, si se quiere, ha sido de carácter doloso: la cláusula en estudio solo abarca la llamada extralimitación inconsciente en los límites de la defensa. Si en cambio, se trata de una extralimitación consciente, debe reconducirse el análisis del caso al tipo doloso de que se trate, y el autor no podrá beneficiarse con recurrir a la escala penal de la imprudencia (Daniel Rafecas, op.cit., pág. 568). Por las consideraciones vertidas anteriormente corresponde hacer lugar a la impugnación del Ministerio Público Fiscal dado que, en el caso, se verifica que el TI ha dictado una sentencia desprovista de la debida fundamentación y que, consecuentemente, se erige como arbitraria. Al respecto, vale decir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que resulta arbitraria la sentencia "si los magistrados limitaron su tarea a rememorar de manera acrítica los aspectos centrales de la sentencia de su inferior, sin considerar ninguna de las cuestiones que constituían el núcleo de los planteos de los apelantes, cuyo abordaje conceptuaron inasequible en esa instancia, cercenando dogmáticamente una instancia apta para el examen de los motivos de agravio oportunamente presentados por la parte

acusadora,
arribando así a una conclusión meramente formal que no alcanza para brindar certeza sobre la correcta solución del pleito" (CSJN Fallos: 341:161).

Entonces, para los fines de la sentencia, concluyo que el imputado fue provocador suficiente de la víctima y que, además, no hay exceso temporal, sino abuso, lo que permite

desechar la aplicación al caso de los arts. 34 inc. 6° y 35 del Código Penal.

4.4. Sobre la errónea aplicación del principio iura novit curia

Concluido lo anterior no sería relevante para el voto asumir el agravio subsidiario planteado por el Ministerio Público Fiscal quien insiste en su impugnación en que el TJ ha

aplicado equivocada y arbitrariamente el principio iura novit curia y que ello colisiona con el

principio de congruencia como derivación del derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal (art. 18 C.Nac-). Ello en tanto –es obvio- aquí no se recepta una postura intermedia a la de las partes, sino la propia de la acusación.

No obstante ello, a tenor de la deliberación sucedida en el ámbito de este Cuerpo voy a señalar algunas notas que considero pertinentes respecto del tema.

Como punto inicial destaco que la reglamentación procesal de dichas garantías se encuentra prevista en el art. 191 del Código Procesal Penal en cuyos límites se puede expedir

la jurisdicción. Esto es no puede haber una modificación fáctica en perjuicio del imputado (es

decir, un agregado de hechos que agraven su situación o una mutación sustancial que hayan

causado sorpresa a la defensa) y tampoco una subsunción de los mismos en una calificación

jurídica que asuma tales efectos. Siempre los datos a tener en cuenta son el perjuicio y la

sorpresa.

Así, este Superior Tribunal ha dicho que la debida congruencia de la trilogía "hecho intimado, hecho sentenciado y defensa en juicio" corresponde sea irrestrictamente respetada,

pues solo así se da satisfacción al debido proceso legal (acusación, defensa, prueba y sentencia), en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional. Además, con cita de las

Notas de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativas al Principio

de Congruencia, de agosto 2021, se estableció: "En materia penal, la Corte ha sostenido que

cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se

juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su

necesaria actividad acusatoria o defensiva. Si bien en orden a la justicia represiva, el deber de

los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las

calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que jueguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la

ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio' (Fallos 314:333; 315:2969; 319:2959). El cambio de calificación adoptado por el tribunal será conforme al art. 18 de la Constitución Nacional, a

condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole 'formular sus descargos' ('Sircovich', Fallos: 329:4634)" (STJRNS2 Se. 152/21

Ley 5020 "UFT 1", mi voto).

El voto mayoritario en el citado precedente expuso: "Se trata de una temática de profuso tratamiento, a cuyo respecto se ha sentado que cualquiera 'sea la calificación jurídica

que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo

que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico

sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva'

(CSJN Fallos: 329:4634)" (voto del señor Juez Sergio M. Barotto, al que adhieren el señor

Juez Sergio G. Ceci y la señora Jueza M^a Cecilia Criado).

Tal concepto fundamental, derivado del art. 18 de la Constitución Nacional, ha sido seguido de modo reiterado por este Cuerpo, y oportunamente se ha complementado "-en resguardo de la defensa en juicio- con una restricción a las atribuciones del juzgador en cuanto a una brusca mutación del encuadre jurídico que pueda devenir en una sorpresa para la

defensa (STJRNS2 Se. 159/14 'Etchegaray' y Se. 6/16 'Cifuentes Caro')" (STJRNS2 Se. 315/17).

Además, se hizo mención a que la nueva reglamentación procesal de la garantía constitucional en tratamiento traída por el art. 191 del rito conforme Ley P 5020 vino a restringir aún más las posibilidades del ejercicio del principio iura novit curia, en la medida

en que la sentencia no podrá tener por acreditados hechos o circunstancias no descriptos en la

acusación (principio de congruencia en sentido estricto), pero tampoco podrá darles una calificación jurídica distinta, salvo la excepción expresamente referida, esto es, siempre que

sea más beneficiosa para el imputado y que la defensa haya tenido posibilidades de refutarla

(STJRNS2 Se. 152/21 Ley 5020 "UFT 1", voto del señor Juez Sergio M. Barotto).

El respeto irrestricto de la congruencia se relaciona con la necesidad de evitar que la persona sometida a proceso sea sorprendida y no pueda preparar adecuada y eficazmente su

defensa y encuentre limitaciones para oponerse a la acusación; este es el perjuicio concreto

que la forma constitucional quiere evitar, de modo tal que, incumplida, provoca una violación

de la garantía prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional y debe declararse la consiguiente nulidad.

En el precedente STJRNS2 Se. 91/22 "Méndez" este STJ resaltó la jurisprudencia

dominante del alto tribunal, al sostener que es misión de esa Corte -y, agrego, de la magistratura en su conjunto- hacer aplicación del derecho objetivo con independencia de los

planteos de las partes (Fallos 282:208, 261:193 y 263:32, citados en el voto del Juez Eugenio

R. Zaffaroni en Fallos 327:4023). Además, como sostuvo reiteradamente: "es privativo de los

jueces calificar jurídicamente las pretensiones de los litigantes, facultad que deriva de la regla

iura curia novit, cuyo ejercicio no comporta un agravio constitucional (Fallos: 300:1074). Al

respecto, ha dicho el Tribunal que no importa violación al principio de congruencia la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida (Fallos: 321:2453)" (Fallos 329:1787, 323:2456, 322:2525, 312:195, 300:1074, 288:292,

255:21 y 235:606)

Esta es la base teórica de la cuestión y es parte de una doctrina legal constante del STJRN, siendo suficiente aquí convalidar que el uso del principio iura novit curia acogido en

el art. 191 del rito no implica desatender los pilares del proceso penal acusatorio como pretende interpretar el Ministerio Público Fiscal, siendo válido hacerlo conforme a las exigencias que surgen de los varios precedentes citados.

Va de suyo que la argumentación ensayada en este punto por el Ministerio Público Fiscal es ciertamente paradójica para sus intereses en tanto, de seguirse estrictamente su postura, en la eventualidad de haber sido correcta la apreciación fáctica del TJ, la única solución para el caso sería la absolución, en atención a la rigidez del planteo, sin obtener siquiera la condena en los términos resueltos. MI VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces Ricardo A. Apcarian y Sergio G. Ceci y la señora

Jueza M^a Cecilia Criado dijeron:

Adherimos al criterio sustentado por la vocal preopinante, y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión el señor Juez Sergio M. Barotto dijo:

Atento a la coincidencia manifestada en los votos que anteceden, ME ABSTENGO de

emitir opinión (art. 38 LO).

A la segunda cuestión la señora Jueza Liliana L. Piccinini dijo:

Por los motivos desarrollados al tratar la primera cuestión, entiendo que corresponde

a) hacer lugar a la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal, b)

anular la sentencia Nro. 145/22 del Tribunal de Impugnación dictada el 4 de agosto de 2022

en cuanto rechazó la impugnación ordinaria de esa parte, y c) disponer que la Oficina Judicial

de la Iª Circunscripción Judicial asigne el legajo a ese organismo para que –con otra integración- resuelva las cuestiones discutidas, conforme el derecho que aquí se declara.

MI

VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces Ricardo A. Apcarian y Sergio G. Ceci y la señora

Jueza Mª Cecilia Criado dijeron:

Adherimos a la solución propuesta por la vocal preopinante, y VOTAMOS EN

IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión el señor Juez Sergio M. Barotto dijo:

Atento a la coincidencia manifestada en los votos que anteceden, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 38 LO).

En razón de lo expuesto, el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA RESUELVE:

Hacer lugar a la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público

Fiscal y anular la Sentencia N° 145/22 del Tribunal de Impugnación dictada el 4 de agosto de

2022, en cuanto rechazó la impugnación ordinaria de esa parte.

Disponer que la Oficina Judicial de la Iª Circunscripción Judicial asigne el legajo a ese organismo para que –con otra integración- resuelva las cuestiones discutidas, conforme el

derecho que aquí se declara.

Protocolizar y notificar a través de la Oficina Judicial de la Iª Circunscripción Judicial.

Firmado digitalmente por:

APCARIAN Ricardo Alfredo

Fecha y hora:

06.02.2023 08:20:06

Firmado digitalmente por:

BAROTTO Sergio Mario

Fecha y hora:

06.02.2023 08:17:03

Firmado digitalmente por:

CECI Sergio Gustavo

Fecha y hora:

06.02.2023 10:44:21

Firmado digitalmente por:

PICCININI Liliana Laura

Fecha y hora:

06.02.2023 10:10:58

Firmado digitalmente por:

CRIADO María Cecilia

Fecha y hora:

06.02.2023 08:29:43