



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal-
s/ Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala IV del Tribunal de Casación Penal -por mayoría- casó el pronunciamiento del Tribunal en lo Criminal N° 4 de La Matanza a nivel de la calificación legal y, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del Código Penal, condenó a David Ezequiel Leguiza a la pena de 20 años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el empleo de arma de fuego (v. fs. 56/68).

II. Frente a lo así decidido, el señor Fiscal ante dicho tribunal interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 73/85).

Denuncia la errónea aplicación del art. 79 del Código Penal y la inobservancia del 80 inc. 2 del mismo ordenamiento legal.

Luego de traer a colación la materialidad ilícita imputada y los fundamentos del tribunal de mérito, al igual que lo dicho al respecto por la mayoría del órgano revisor a la cuestión, denuncia que en autos se ha efectuado una errónea interpretación del art. 80 inc. 2 del Código de fondo (alevosía), así como también que varios pasajes del fallo en crisis resultan auto-contradictorios colisionado con el debido proceso, agregando que el mismo resulta arbitrario en virtud de apartarse de las constancias de

autos (art. 18 de la CN).

Destaca que el tipo calificado en cuestión no requiere preordenación en el aspecto subjetivo, bastando que el autor obre sobre seguro sin el riesgo que puede significar para su persona la reacción de la víctima o de terceros que puedan acudir en su defensa.

Manifiesta que de la sentencia del órgano de juicio se advierte que se configuraron en el evento ambos elementos exigidos por la figura: tanto el aprovechamiento de la indefensión del damnificado (que se encontraba de espaldas al agresor), como el procurar un actuar sobre seguro (configurado en el caso por la imposibilidad de la víctima de huir del ataque u oponerse al mismo o de terceros respecto de lo último dicho), sumándose la oportunidad en la que se cometió el delito, esto es, cuando el damnificado se encontraba tomándose a golpes de puño con un tercer sujeto, desprendiéndose de ello que el acusado procuró y aprovechó que ninguna persona pudiera ejercer una defensa de la víctima lo hiciera.

En lo tocante al estado de indefensión de la víctima, alega que la mayoría del órgano casatorio sostiene que antes de que Leguiza disparara, Fabián Benítez le habría gritado "*no le tires*" al imputado, agregándose que por los dichos de Cuellar existió una circunstancia que pudo haber advertido al damnificado de un ataque de una tercera persona, expresando el recurrente que dichas conjeturas se apartan de las constancias de la causa a tenor de que el mismo tribunal intermedio concluye al analizar el elemento objetivo que "*sin perjuicio de lo antedicho, y aún cuando la víctima*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

no haya podido escuchar los dichos de Fabián Benítez que podrían haberlo alertado, y siguiendo con el análisis del hecho, no encuentro probada la alevosía en el accionar del incuso".

Asimismo, el apelante menciona que en verdad Benítez expuso en su testimonio *"para chuqui no bardees"*, pero que ni bien terminó de decirlo mientras se acercaba por detrás del acusado para pararlo, el citado le apuntó a la víctima mientras se encontraba parado y de espaldas, y le disparó, estimando que la frase señalada de por sí podría haber provocado en la víctima comportamientos equívocos si se considera la circunstancia en la que se encontraba.

De igual modo, el recurrente cuestiona lo dicho por el juzgador en cuanto afirmó *"que el estado de indefensión estaría discutido desde quien se somete a una riña asume una situación de riesgo y actúa prevenido frente a posibles agresiones"*, a tenor de que el sentenciante olvida que la contienda se generó entre Nacho (víctima) y *"Arenita"*, sin que el primero hubiera podido advertir el embate del procesado que lo abordara por la espalda. Se pregunta, además, si aún dando crédito a la hipótesis no real de que la víctima escuchara algo sobre un posible ataque de Leguiza armado, qué posibilidades de defensa podría haber emprendido ante la desproporcionalidad de los medios si se tiene en cuenta que el damnificado se encontraba desarmado.

Alega que lo que aquí se cuestiona no es el medio utilizado sino la posibilidad de ejercer defensa, pues no estamos

simplemente ante un sujeto que dispara un arma de fuego, sino que lo hizo ante una víctima desprevenida y por la espalda, procurando un obrar sobre seguro y aprovechándose de dicha situación.

En referencia al aprovechamiento, menciona el quejoso que el órgano casatorio expuso que la situación de ventaja que tuvo el sujeto activo por sobre el damnificado se originó a raíz de la reyerta entre los contendientes que coloca a Benítez de espaldas a su agresor, y que la misma se generó de modo espontáneo, siendo que en dicha circunstancia no fue posible entender que Leguiza haya actuado con el dolo especial del tipo penal. El impugnante señala que se ha recortado la secuencia de los hechos, pues la testigo Galarza manifestó en el debate que el acusado le dijo unas horas antes del evento *"hoy te vas a quedar sin novio, porque hoy le voy a meter un tiro a tu novio"*. Se pregunta si no sería suficiente para acreditar el elemento subjetivo la circunstancia citada que evidencia el dolo de matar y, luego, aprovecha la situación de desventaja en que se encontraba la víctima -peleando con un tercero y de espaldas- para cumplir con su objetivo, es decir, matar de un modo alevoso.

De igual modo, cuestiona lo dicho por el sentenciante respecto de que el ilícito requiere al menos una preordenación, alegando que ello no surge de la norma regulada en el art. 80 inc. 7 del C.P. y además no incide en la significación jurídica si la decisión del autor fue más o menos sopesada, si existió una planificación previa o si surgió durante la ejecución, citando doctrina legal de esa Suprema Corte en su apoyo (P.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

116.689 y P. 117.613).

Manifiesta que existen datos que deben ser considerados al momento de resolver, tales como que Leguiza era considerada una persona violenta, a quien se le adjudican varios homicidios (según testigos Galarza y Benítez, entre otros); y que las personas que en aquel momento acompañaban a la víctima expusieron que la misma al sentir el disparo salió corriendo y el acusado lo siguió para seguir disparándole, hasta que el damnificado se refugió en un domicilio (testigos Cuellar y Chamorro). Teniendo en cuenta lo dicho, aduce el recurrente que se aparta de las constancias de la causa lo afirmado por el órgano casatorio en relación a que el autor se representó en su intelecto determinados riesgos en su actuar, desde que el damnificado se hallaba en presencia de al menos cuatro personas a su lado que podían haberlo alertado o intervenido en su defensa. Expone que no existe prueba alguna que avale la aseveración de que la víctima podía ser auxiliada, razón por la cual resulta arbitraria y dogmática la afirmación del tribunal señalada.

Asimismo, cuestiona lo dicho por el tribunal casatorio en referencia a que el órgano de juicio no efectuó análisis alguno de los diferentes elementos de la agravante, estimando el quejoso que un análisis conglobado de la sentencia de primera instancia no permite refrendar lo afirmado si se tiene en cuenta que la materialidad ilícita no fue recurrida y que el tribunal de primera instancia destacó que el ataque de Leguiza hacia Benítez fue artero al expresar que aprovechó la pelea y lo sorprendió por

detrás evitando cualquier intento de defensa y actuar sobre seguro.

De igual modo, estima que en autos los elementos objetivo y subjetivo de la alevosía fluyen del accionar del acusado antes contextualizado, lo que hace ineludible la consideración de tales circunstancias por el autor a la hora de emprender la acción.

Cita la causa P. 111.735, donde se expresó que deben tenerse en cuenta los hechos probados y no hacer juicios hipotéticos o especulaciones no verificadas, y concluye afirmando que el órgano de juicio incurre en arbitrariedad y falta de fundamentación, que descalifican al fallo como acto jurisdiccional válido.

Solicita, en definitiva, se case el pronunciamiento y se califique el evento en los términos del art. 80 inc. 2 del Código Penal.

III. Sostendré el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8 y 14 de la ley 14.442 y 487 del Código Procesal Penal), pues considero con el impugnante que el tribunal intermedio ha inobservado lo dispuesto por el art. 80 inc. 2 del Código Penal.

En efecto, la mayoría del órgano casatorio, luego de mencionar diversa doctrina sobre la materia (v. fs. 58 vta./59 vta.), expresó que *"...se presenta inequívocamente concurrente la oportunidad de examinar 'el estado de indefensión de la víctima' (...) a través de los testimonios de Alberto Cuellar y Arnaldo Chamorro, la víctima se hallaba de espaldas al*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

victimario. Pero no por esa mera circunstancia el obrar del sujeto debe ser agravado por alevosía (...) De la prueba valorada por el Tribunal se advierte que en el momento y lugar de los hechos se encontraban al menos Brian Ignacio Benítez (víctima), Alberto Cuellar, Ramón Benítez, Rubén Morales y Arnaldo Chamorro. En ese interín es que se presentan al lugar el acusado junto a Fabián Benítez y Gabriel Sánchez (...) Cuellar expresó que ante la llegada de éstos se saludó con Fabián Benítez. En ese preciso instante Brian Ignacio Benítez, conocido como 'Nacho', comenzó a pelearse con Gabriel Sánchez apodado 'Arenita'. El deponente relató que mientras los dos contendientes reñían, 'Chuqui' Leguiza se acercó hacia 'Nacho' por detrás y le disparó. Asimismo, agregó que antes de que disparase, Fabián Benítez le dijo al encartado 'no le tires'. Finalmente, en lo que interesa, el testigo dijo que estaba a un metro de distancia de Nacho" (fs. 59 vta./60).

A ello agregó que "...el estado de indefensión estaría discutido desde que quien se somete a una riña asume una situación de riesgo y actúa prevenido frente a posibles agresiones, pero lo cierto es que la contienda se generó entre 'Nacho' y 'Arenita' sin que el primero pudiera advertir a la vista el embate de Leguiza quien lo abordó por la espalda. De esta manera, la indefensión de la víctima contra el ataque del agresor estaría acreditada, al menos, en principio. Digo en principio, toda vez por los dichos del testigo Cuellar existió una circunstancia que pudo haber alertado a la víctima de un ataque por una tercera persona (...) Lo que se ha podido comprobar es que 'Nacho' no pudo ver a Leguiza porque éste lo abordó desde

atrás. Ahora, a partir del dato que aportó Cuellar se aduna un elemento que no fue tenido en cuenta por el juzgador. Es decir, los dichos de Fabián Benítez a Leguiza diciéndole 'no le tires' que pudieron ser escuchados por la víctima tal como fuera percibido por Cuellar quien estaba a un metro de distancia de Brian Ignacio Benítez (...) el hecho de que la víctima haya podido tomar conocimiento -por vía auditiva- de la proximidad de una agresión llevaría a razonar que el estado de indefensión no era tal" (fs. 60).

Seguidamente, manifestó que: "[a]lgunos podrían pensar que aun cuando la víctima haya podido escuchar algo referente a un plausible ataque por un tercero armado, la posibilidad de defensa se habría disminuido ostensiblemente dada la desproporcionalidad de los medios desde que Leguiza se hallaba muñido de un arma y Benítez se encontraba desarmado (...) el estado de indefensión no requiere una anulación total de defensa sino que exige una manifiesta disminución en la capacidad de defenderse (...) aún cuando la víctima se haya podido alertar del ataque de Leguiza lo cierto es que nada podía hacer dada la desproporción del medio que contaba el agresor, por lo que el requisito del 'estado de indefensión' se encontraría cumplido en el caso. Entiendo que ese razonamiento no es correcto. Es evidente que el sujeto que se encuentra muñido con un arma de fuego tiene una superioridad manifiesta como también una capacidad ofensiva mayor que la de su contrincante desarmado. Pero no debemos caer en el automatismo de pensar que ante cualquier ataque con un arma de fuego estaríamos en el caso de un homicidio alevoso" (fs. 60



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

y vta.).

Asimismo, expresó que "...está fuera de discusión la desproporción del medio utilizado para dar muerte (arma de fuego) pero lo que entra en el debate no es el medio sino la posibilidad de ejercer defensa (...) Lo que debe evaluarse en este elemento objetivo es la capacidad de defensa del agente y no el medio empleado por el atacante. Pues aquí no se analiza un mérito de los medios utilizados para dar muerte. Es erróneo detenerse en que el aumento del poder de agresión del sujeto activo implica 'per se' una disminución en la capacidad de defensa de la víctima, pues lo que debe analizarse efectivamente es si el sujeto pasivo estuvo en condiciones físicas o psíquicas de poder ejercer algún acto tendiente a repeler el ataque (...) el empleo de un arma de fuego implica, por un lado, un mayor poder vulnerante en el atacante que se traduce en un mayor éxito de conseguir el resultado perseguido, aunque, por otro lado, esa modalidad de ataque no significa que el sujeto pasivo no tenga capacidad de ejercer actos defensivos (...) Sin perjuicio de lo antedicho, y aún cuando la víctima no haya podido escuchar los dichos de Fabián Benítez que podrían haberlo alertado, y siguiendo con el análisis del hecho, no encuentro probada la alevosía en el accionar del incuso" (fs. 60 vta./61).

Mencionó a continuación que analizaría el otro elemento vinculado con la ausencia de riesgo para el autor, que "...tiene una interrelación con el aseguramiento del resultado muerte, que a su vez se vincula con la ausencia de posibilidades de defensa de la víctima, pues actuar

luego de colocar al sujeto pasivo en una posición de indefensión o desprevenida, ello instaura una forma de asegurar el resultado sin correr el riesgo que implica la conducta lesiva (...) la situación de ventaja que tiene el sujeto activo por sobre la víctima se originó a partir de la reyerta entre los contendientes, que pone a Brian Ignacio Fernández de espaldas a su agresor (...) La víctima es abordada por la espalda en el momento en que se hallaba peleando con un tercero. Los testigo fueron constates en expresar que la pelea duró menos de un minuto hasta incluso treinta segundos (...) La pelea entre 'Nacho' y 'Arenita' se dio en el marco de que aquel le preguntara al último si le quería pegar un tiro. De ahí se fundó la reacción de Gabriel Sánchez en golpear a Brian Ignacio Fernández comenzando así la reyerta (...) se generó de forma inmediata dada la reacción de uno con el otro, en ese marco de situación, por cierto, espontáneo y muy dinámico, es que se forjó la agresión de Leguiza contra la víctima" (fs. 61 y vta.).

Asimismo, manifestó que "...no logro encontrar posible que el sujeto activo haya actuado con el dolo especial que requiere la figura (...) No hay dudas que en el accionar de Leguiza, éste se representó matar a Benítez, eso no entra en discusión, pero en las figuras de homicidio calificado se requiere un plus en el obrar del agente, es por ello que se habla de un dolo especial, que en el caso no encuentro abastecido (...) Paula Anabela Galarza [...] postuló en el juicio que al exhibirse unas fotos de un celular horas antes del hecho, el encausado manifestó que iba a matar a 'Nacho' (...) dicha secuencia mencionada en el veredicto por el sentenciante



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

no pone de resalto más que el dolo de matar a quien a la postre fuera víctima, pero ello no tiene incidencia respecto al elemento subjetivo del art. 80 inc. 2° del C.P. (...) el Tribunal no ponderó dicha versión al momento de fundar la calificación legal, como así tampoco hizo siquiera un análisis de los diferentes elementos de la agravante a los que se hizo alusión anteriormente (...) El delito de homicidio alevoso no requiere de una premeditación pero sí de una preordenación. En el caso, a partir de los datos que se han corroborado en el proceso, no es posible acreditar el tipo subjetivo diferente del dolo..." (fs. 61 vta./62).

De igual modo, expresó que *"...no se ha demostrado que el acusado haya trazado un plan para llegar hasta la víctima con un arma previamente escogida para matarla, sabiendo que se iba a pelear con otro sujeto, que le iba a dar la espalda y que iba a aprovechar esa situación (...) Más bien se dio una situación espontánea, desde ya reprochable en todo sentido, en la que el encartado aprovechó esa contingencia pero -en mi opinión- no se representó la posibilidad de que el perjudicado pudiera tener una defensa ya sea propia o de sus compañeros, por lo que el elemento subjetivo de la alevosía se hallaría ausente (...) el dolo propio de este tipo penal no sólo exige el conocimiento del estado de indefensión, sino que se aduna el aprovechamiento de esa circunstancia para la obtención del resultado sin riesgo alguno. Sin embargo, si el autor admitió la posibilidad de sufrir riesgos queda excluida la agravante (...) no es posible pensar que el autor no se haya representado en su intelecto determinados riesgos en su*

actuar, siendo que los mismos efectivamente existieron, desde que Brian Ignacio Benítez se hallaba con la presencia de al menos cuatro personas a su lado que podrían haberlo alertado o bien podrían haber intervenido en su defensa. Ello independientemente de la desfavorable posición en la que se encontraba la víctima y del medio empleado por el sujeto activo. Aquí lo que se discute es si el agresor al actuar tenía ante su conducta riesgos que asumir" (fs. 62 y vta.).

Alegó que "...de la prueba analizada, los dos testigos presenciales del hecho, que declararon en el plenario, percibieron el accionar del encartado desde el momento en que se inició la conducta hasta el momento en que la consumó (...) en el caso en estudio, los terceros que estaban al lado de la víctima no se hallaban imposibilitados, el accionar del sujeto activo acarrió la presencia de riesgos, que independientemente de su existencia, no mermaron la conducta ilícita (...) los riesgos que se presentan ante una realidad fáctica deben de analizarse bajo una perspectiva 'ex ante', pues se podría incurrir en el traspié de razonar que si el resultado se configuró de todos modos a pesar de existir riesgos para el sujeto activo se podría deducir que los mismos no eran de una entidad tal, dado que la conducta antijurídica se cometió a pesar de ello (...) la alevosía se genera cuando el agente aprovecha una determinada situación fáctica para obrar sin riesgo para sí mismo, elemento que en el 'sub lite' no se encuentra presente en la media que había otras personas en el lugar del hecho que podrían haber obstaculizado, alertado o impedido el ataque del incuso sin perjuicio de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

modalidad con la que el acusado agredió a la víctima (...) el accionar de Leguiza queda al margen del art. 80 inc. 2° del C.P., manteniéndose remanente la figura básica del art. 79 del mismo cuerpo legal" (fs. 62 vta./63 vta.).

Ahora bien, de la materialidad ilícita firme y descripta en la instancia de mérito, en donde se indicara que: *"...en las primeras horas del día 28 de julio de 2013, un sujeto masculino que se encontraba presenciando una pelea callejera (...) para poder actuar sobre seguro y aprovechar el momento adecuado en donde su víctima no pudiera defenderse, se aproximó a uno de los contrincantes (el que resultaba ser menor de edad) y tras acercarle un arma de fuego a la espalda, descerrajó un disparo que se introdujo en la región lumbar provocando así su óbito" (fs. 7 vta.), surge evidente un actuar alevoso por parte del imputado, tal como lo determinara en su momento el tribunal oral.*

Allí se expresó que: *"[n]o caben dudas que el ataque de Leguiza hacia Benítez fue artero. Aprovechó la pelea entre Gabriel Sánchez ("Arenita) y la víctima, la que por otra parte sabía que sucedería, para intervenir en el momento en el que Benítez menos lo esperaría. Además, acercándose por su espalda no solo lo sorprendió, sino que evitó cualquier intento de defensa (por oponerse al ataque o huir de él), asegurando que ningún riesgo correría por su actuar.- Actuó sobre seguro" (fs. 12 y vta.)*

Entiendo entonces, en la misma línea que el representante de la vindicta pública, que el encuadre legal impuesto por el

Tribunal de Casación es incorrecto y que la sentencia atacada se sustenta en afirmaciones dogmáticas que no surgen de ningún elemento probatorio obrante en autos.

En efecto, lo alegado por el tribunal intermedio respecto de que el testigo Fabián Benítez le habría gritado la frase "*no le tires*" al sujeto activo segundos antes de que éste disparara y que el sujeto pasivo la habría escuchado, resultan meras conjeturas del órgano casatorio, lo que encuentra refuerzo en la propia mención del tribunal intermedio cuando expresa que "*sin perjuicio de lo antedicho, y aún cuando la víctima no haya podido escuchar los dichos de Fabián Benítez que podrían haberlo alertado, y siguiendo con el análisis del hecho, no encuentro probada la alevosía en el accionar del incuso*".

Además, porque en rigor de verdad la frase fue "*Chuqui no bardees*", más como expresa el quejoso ella -de haber sido escuchada por la víctima- de por sí podría haber provocado en el damnificado comportamientos equívocos si se tiene en cuenta la probada circunstancia de que el damnificado en ese momento se encontraba tomándose de puños con un tercer sujeto. De igual modo, estimo que lo afirmado por el órgano casatorio respecto de que "*el estado de indefensión estaría discutido desde quien se somete a una riña asume una situación de riesgo y actúa prevenido frente a posibles agresiones*" también resulta cuestionable, pues no se hace cargo de que la contienda se generó entre Nacho (víctima) y "Arenita", sin que el primero hubiera podido advertir el embate del procesado que lo abordara



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

por la espalda.

Asimismo, estimo que debe tenerse en cuenta la verdadera secuencia de los hechos, que el acusador denuncia como recortada, si se considera que la testigo Galarza manifestó en el debate que el acusado le dijo unas horas antes del evento *"hoy te vas a quedar sin novio, porque hoy le voy a meter un tiro a tu novio"*. Ello, a tenor de que la circunstancia citada evidenciaría el dolo de matar, a lo que se suma que al momento del evento el sujeto activo aprovecha la situación de desventaja en que se encontraba la víctima -peleando con un tercero y de espaldas- para cumplir con su objetivo, es decir, matar de un modo alevoso.

Por otro lado, el quejoso alega que lo que aquí se cuestiona no es el medio utilizado sino la posibilidad de ejercer defensa, ya que no estamos simplemente ante un sujeto que dispara un arma de fuego sino que lo hace ante una víctima desprevenida y por la espalda, procurando un obrar sobre seguro y aprovechándose de dicha situación. En tal orden, comparto con el impugnante que debe considerarse que según los testigos Galarza y Benítez, entre otros, Leguiza era considerada una persona violenta a quien se le adjudican varios homicidios; y que las personas que en aquel momento acompañaban a la víctima expusieron que la misma al sentir el disparo salió corriendo y el acusado lo siguió para seguir disparándole, hasta que el damnificado se refugió en un domicilio (testigos Cuellar y Chamorro).

Asimismo, estimo que el tribunal revisor se aparta de las constancias de la causa cuando expresa que el autor se representó

en su intelecto determinados riesgos en su actuar, desde que el damnificado se hallaba en presencia de al menos cuatro personas a su lado que podían haberlo alertado o intervenido en su defensa. Ello, a tenor de que no existe prueba alguna que avale la aseveración de que la víctima podía ser auxiliada, razón por la cual resulta arbitraria y dogmática la afirmación del tribunal señalada.

De igual modo, es dable destacar que para que se configure la agravante en cuestión no es necesario que la falta de peligro o la indefensión hayan sido generadas por el sujeto activo, siendo suficiente que el imputado haya aprovechado la situación de indefensión de la víctima desde el primer momento.

Estimo que en el caso se encuentran reunidas las exigencias para enmarcar el hecho juzgado en los términos del inciso 2 del artículo 80 del Código Penal. Así pues, si se considera a la alevosía como el actuar a traición y sobre seguro, siendo la "traición" el aprovechamiento de la indefensión de la víctima (de lo que no hay duda en el caso, dado que el damnificado se encontraba de espaldas al agresor), como el procurar un actuar sobre seguro, es decir la intención del agente de obrar sin riesgos para sí (configurada en el caso por lo súbito e inesperado del ataque que impidió objetivamente la reacción de defensa de la víctima para huir u oponerse al mismo y, en su caso, de los demás testigos presenciales), sumándose la oportunidad en la que se cometió el delito, ésto es, cuando el damnificado se encontraba tomándose a golpes de puño con un tercer sujeto, desprendiéndose de ello que el acusado procuró y aprovechó que ninguna persona pudiera



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129703-1

ejercer una defensa de la víctima lo hiciera.

En el mismo sentido, ha expresado esa Suprema Corte que: *"Hay alevosía cuando la falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima causadas o no por el sujeto activo hubieran sido condición subjetiva del ataque"* (P. 116.537, sent. de 3/9/2014).

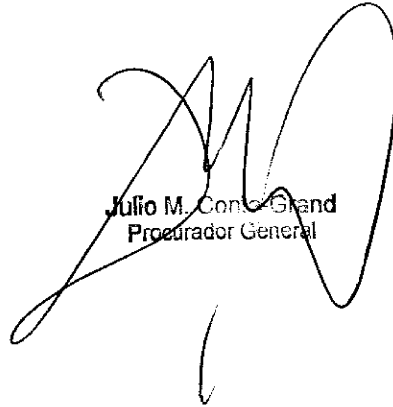
Además, concuerdo con el impugnante en que la exigencia subjetiva de una preordenación en el delito regulado por el art. 80 inc. 2 del C.P. no resulta de su texto, y para ello traigo a colación que en el precedente citado por el impugnante ese Superior Tribunal expuso que *"...el tribunal de casación luego de reconocer que el autor del homicidio alevoso puede provocar o simplemente aprovechar el estado de indefensión de la víctima, exigió que ese aprovechamiento que le permite actuar sin riesgo, sea preordenado. De allí que alegando la eventual alteración emocional momentánea del ánimo, un impulso espontáneo o una reacción automática -que ninguna parte trajo a colación ni se ha probado-, termine por descartar en el caso la procedencia de la agravante del inc. 2 del art. 80 del Código Penal (...) ningún planteo de las partes ni experticia alguna del proceso hizo surgir los estados de ánimo, reacciones o impulsos mencionados por el tribunal (...) en modo alguno la figura del art. 80 en su inc. 2do., exige 'pre-ordenación' en el aspecto subjetivo. En efecto, subjetivamente el tipo sólo requiere que el autor obre sobre seguro, sin el riesgo que puede significar para su persona la reacción de la víctima o de terceros que puedan acudir en su defensa. Ello basta para la configuración del homicidio alevoso"* (P.

117.613, sent. de 1/7/2015).

Considero, por lo hasta aquí expuesto, que el encaje legal propuesto por la acusadora y receptado en primera instancia por el tribunal de mérito resultaba el adecuado, en la medida que se encontraban debidamente acreditados en el caso los extremos que exige la figura del homicidio calificado por alevosía del art. 80 inc. 2 del C.P., norma que ha sido inobservada, en definitiva, por el Tribunal de Casación.

IV. En consecuencia, sostengo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal de Casación Penal y estimo que esa Suprema Corte debe hacer lugar al mismo, casando la sentencia atacada y restituyendo la calificación legal y la pena perpetua fijadas en la sentencia de primera instancia.

La Plata, 21 de noviembre de 2017.



Julio M. Conde Grand
Procurador General