

"PETIZCO HECTOR OSCAR PETIZCO JONATHAN ISMAEL Y NUÑEZ FLOREANA LETICIA - HOMICIDIO EN RIÑA EN PREJUICIO DE GONZALO ACEVEDO Y LESIONES GRAVES EN RIÑA EN PREJUICIO DE WALTER D. QUIROGA S/ RECURSO DE CASACION"

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA,
Procurador General, a V.E. digo:

I.- Contra el fallo de la Sala de Casación de Concordia, (fs. 304/317), confirmatorio del de Instancia, (fs. 142/248 vta.), que condenó a Héctor Oscar Petizco y Jonathan Ismael Petizco, por los delitos de Homicidio y Lesiones en Riña, en concurso ideal, a la pena de Tres años y Ocho meses de prisión y accesorias legales, arts. 45, 54, 85 y 95 CP, se alza la Defensa de ambos, (fs. 327/335; mejora de fundamentos de fs. 353/356; 359/365vta.).-

La coautora de estos ilícitos, e igualmente condenada Florencia Leticia Nuñez, consintió el fallo Casatorio al no recurrir.-

II.- Como hemos dicho en casos semejantes, la impugnación extraordinaria provincial adelanta en sede local la conclusividad de los juicios penales como expresión de soberanía política no delegada al Estado Federal, en lo que antiguamente era la admisibilidad de la vía Federal, amén del control

de nomofilaquia.-

Como dijo V.E. en numerosos precedentes, la "impugnación extraordinaria no tiene por objeto corregir -como si fuera otra instancia ordinaria- las sentencias equivocadas o que se reputen tales por los recurrentes, sino que fue prevista para salvaguardar el adecuado respeto de las garantías constitucionales de los justiciables y asegurar sobre todo que las decisiones jurisdiccionales estén suficientemente fundadas y sean una derivación razonada del derecho vigente. (confr. por todos, "MARTINEZ, Exequiel Maximiliano s/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y LES.LEVES - RECURSO DE CASACIÓN/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA", 28/10/2016); idem "BONAFEDE, Giuliano - Abuso sexual sin acceso carnal agravado - IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", 17/12/18; idem "MARTINEZ, Exequiel Maximiliano -ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL y LES. LEVES s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA", 21/11/19, entre muchas).-

III.- Tal como sostiene la Querella, -a cuyos argumentos nos remitimos en aras a la brevedad-, la Defensa insiste en su tesis de arbitrariedad pero sin aportar ningún elemento que contradiga la refutación del fallo del Magistrado Dumón ni su revisión amplia en Casación.-

Así persiste la Defensa en sindicar como autor -único-, al tal Maxi López, o que sus defendidos no portaban armas ni "pusieron manos" sobre las víctimas, y en un reiterado

equivoco conceptual, que la Acusación debió probar que las heridas letales de Gonzalo Acevedo o las lesiones en Quiroga fueron causadas por sus asistidos.-

Luego del autocontradictorio fallo anulado por la Sa. I de la Casación, (fs. 114/125), y celebrada la nueva audiencia de Juicio, el Magistrado Dumón llega a la conclusión de certeza forense no solo de la existencia material de la riña y de su resultado letal para Acevedo y lesiva para Quiroga, -algo nunca cuestionado-, sino en que los ahora impugnantes Héctor y Jonathan Petizco, -junto a la mencionada Nuñez- , eran los que -como reza la norma "*habían ejercido violencia*" contra las víctimas.-

En ese hontanar decisorio el Vocal analiza los dichos claramente incriminantes de la víctima herida, Walter Darío Quiroga, quien relató como fueron provocados y que los condenados fueron quienes los golpearon, mientras él y el occiso se defendían con sus cintos, espalda con espalda, reconociendo en la audiencia el video del Reconocimiento en Rueda de personas y la Reconstrucción del suceso, -aclarando que no existía luz al momento del ilícito.-

Esta versión fue considerada "*veraz, creíble, coherente y consistente*" por el Judicante, idéntica a la que dió internado, durante la IPP, incluso destacando que no vinculó en el ataque a Carlos Javier y Juan Carlos Petizco.-

También basó su contestación afirmativa a la premisa fáctica en los dichos del testigo Capurro, ajeno a los

hechos e imparcial , quien vió el inicio de la reyerta con todos los imputados y como se fueron alejando mientras atacaban a los dos, y que los vió regresar corriendo.-

Pero el Magistrado también halla confirmación al juicio afirmativo en los dichos parciales de la parienta de los Petizco, Nélica Pérez, quien pese a todo los ubica tomando parte activa en la riña; al igual que Jesica Petizco y Juliana Villarreal. Estas, como asimismo las imputadas Daiana Petizco y Leticia Nuñez, ubican en la riña a los referidos encartados, -hoy condenados-.-

Certeramente el Juzgador argumenta que a pesar del intento de testigos o coimputados de favorecer a parientes o a sí mismos, mantienen a los ahora impugnantes como intervinientes en la riña y ejerciendo la violencia que, como no existió duda nunca, culminó con la muerte de Acevedo y lesiones de Quiroga.-

Pero en toda esta profusa prueba convergente queda también demostrado de modo enfático que el mencionado "Maxi" López en ningún momento intervino en la gresca, *"...quedando así demostrada la falsedad en que incurrieron los impugnados cuando utilizaron tal argumento para descargar responsabilidades propias..."*, (confr. fs. 235/236).-

Con toda claridad lo explicó, -una vez mas-, el Sr. Fiscal Coordinador Dr. Bèherán en la audiencia Casatoria, -como se puede apreciar en su videograbación-, en el

sentido que al inicio de la investigación descubrieron que la familia de los encartados se había puesto de acuerdo en sindicarse a esta persona como autor de los ilícitos, falsedad que por burda quedó descartada, de allí que no fue llevado siquiera a Juicio.-

No obstante, la Defensa, con dudosa buena fe procesal, lo sigue manteniendo pese a las contundentes refutaciones de ambos fallos. Es obvio que la Defensa a tout court no supone ningún deber de veracidad, pero también lo es que la falsedad de esos dichos genera el deber de tolerancia del demérito de esas inexactitudes, lo que la antigua doctrina de la prueba, aún con la insuficiencia que se vislumbra hoy en la filosofía de la argumentación, mentaba como "indicios de mala justificación".-

Es decir, más allá de los ilícitos de falsedad testimonial en allegados, y de la atipicidad del autoencubrimiento, la construcción concertada de falsas imputaciones a terceros constituye un elemento cargoso cuando se demuestra dicha falsedad, y con ello debe cargar el acusado que lo lleva a cabo, como en el "*sub examine*".-

IV.- En su exhaustivo fallo Casatorio, la vocal ponente Dra. Gallo analiza los agravios de las Defensas, -idénticos a los que ahora plantea la letrada Angerosa-, conforme a la teoría del mayor rendimiento revisor posible, y llega a la misma conclusión sobre la autoría de los encartados y la adecuación correcta en los ilícitos de Homicidio y Lesiones en riña, con cita de jurisprudencia de V.E., -fallo "*Kranewitter*", y al conocido

precedente "Antiñir", de nuestra CSJN, -voto de Zaffaroni-.-

De modo contundente la Casación desecha los confusos agravios defensivos y concluye en la calidad de intervinientes en la pelea de ambos hermanos Petizco, y de Nuñez, de su agresión violenta a las víctimas que se hallaban espalda con espalda y que el "*...no hallazgo del elemento punzo cortante no acarrea consecuencias toda vez que se ha acreditado su uso conforme surge de los informes médicos y testimoniales brindadas por los profesionales de la salud, no cuestionados por las partes...*"

Hace algunos años tuvimos ocasión de referirnos al delito previsto en el art. 95 y 96 CP, -Homicidio y Lesiones en riña, para el Código Comentado, que dirigieron Baigún y Zaffaroni, (confr. T.III, pag. 891 y sig. ed hammurabi).-

Decíamos allí que desde su origen en el Proyecto Tejedor, o en los antecedentes hispanos, el legislador ha pretendido suplir con esta criminalización un problema de imputación, a saber: la dificultad de determinar con certeza quien ha provocado la muerte o lesiones en casos de riña o agresión.-

De allí que, -a diferencia de otras legislaciones-, no existe en la nuestra el delito de riña o agresión sino que estos tipos supeditan la prohibición a los resultados lesivos previstos como realización del riesgo en el resultado.-

La simple riña o agresión sin consecuencias lesivas –salvo que se dé la tipicidad del art. 104 in

fine CP- podrá, eventualmente, constituir una contravención.-

No se discute en la causa la existencia de la riña, toda vez que el propio Quiroga admite que reaccionó ante la provocación -flatulencias imitadas con la boca- volviéndose contra quienes lo hacían aceptando la gresca con dicho grupo de gente que inmediatamente salió.-

Podemos aceptar entonces la génesis –especialmente italiana o española- del *"acometimiento súbito, recíproco, es decir de ataque y defensa de los sujetos, en el que intervienen por lo menos tres personas, y sin concierto previo .-*

La idea de acometimiento recíproco -riesgo desaprobado- con las características ya enunciadas , excluye la compatibilidad con la legítima defensa para alguno de los bandos contendientes, ya que en ambos existe el principio de ocurrencia u ocasionamiento que aleja las buenas razones que fundamentan la norma permisiva. No se requiere ningún elemento especial de autoría, es decir estamos al decir de Jakobs ante un tipo de competencia por la organización, o como decía Roxin, de dominio.-

Como es sabido, el aspecto mas conflictivo es el que refiere a la falta de determinación del autor del homicidio o lesiones, y la posible afectación del principio de culpabilidad que ello conlleva, crítica que ha provocado la supresión de un texto similar en el nuevo código penal Español, y su reemplazo por un tipo de peligro, de intervención en riña.-

Este problema ya se presentaba en los

antecedentes legislativos pues como relata Donna, la exposición de motivos del proyecto de 1891, criticaba al código de 1887, por la presunción amplia, por el mero tomar parte, pero que no la eliminó sino solo la restringió a aquellos que lo hicieran activamente en el despliegue de violencia respecto del ofendido, con lo cual no desapareció la ficción de autoría.-

Claramente se ve que la "ratio legis" de la prohibición ha sido siempre la dificultad probatoria sobre quien ha propinado el golpe final o definitivo, de modo que cualquiera de las soluciones han significado en realidad un intento por escaparle a la prueba de la autoría. Es obvio que estas tipicidades son subsidiarias —es decir en concurso aparente- de los tipos de homicidio o lesiones cuando se produce el desplazamiento de las figuras no bien se identifique al autor o coautores de éste injusto.-

Lo que se ha hecho es construir un concepto a partir de lo que se desconoce en la imputación. Es vez de operar de modo inverso —propio de un Derecho Penal de acto y de culpabilidad- que sería la punibilidad menor del acometimiento recíproco violento y grave, en base a una norma que prescribiera la prohibición de esta conducta por el riesgo para la integridad física y aún para la vida que ello significa, tipicidad que sería desplazada por especialidad cuando se pudiese comprobar una realización dolosa de algún tipo mas grave, se intenta partir del resultado lesivo para que en caso en que se desconozca el autor,

endilgárselo a todos, -sistema del código Tejedor, o de un modo restringido en el sistema actual a quienes han ejercido violencia.-

Para una dogmática rudimentaria fundada esencialmente sobre la causalidad en el resultado, los problemas de imputación en lo que ahora se denomina "realización del riesgo en el resultado" significaron una ardua cuestión, debido entre otras cosas a todo lo que de "naturalismo" tienen ya los tipos de lesión, a lo que se sumaban los déficits tecnológicos en materia probatoria.-

No es este el único caso en que el legislador parece haber previsto casos de infracciones progresivas como modo de cubrir eventuales lagunas de punibilidad probatorias, o incluso aventar la impunidad del desistimiento de la tentativa, a las que debe interpretarse de un modo "continuador del derecho" para salvar la racionalidad del mensaje normativo. Así ocurre por ej. con la distinción problemática de la tipicidad de peligro del disparo de armas con herida, art. 104 CP y la tentativa de homicidio con dolo eventual, o con la igualmente dificultosa diferenciación entre la omisión impropia de homicidio y el abandono seguido de muerte, art. 106 y 107 CP, etc.(exhaustivamente, Sancinetti, en "Teoría del delito y Desvalor de acción., 1991, ed. hammurabi; idem. Zaffaroni, III, 156; IV, 437; DP, 505.-)

Un criterio racional de política criminal lleva a la conclusión de que la participación en riña o acometimientos recíprocos conforma no solo el riesgo de la integridad física de los

contendientes, sino también el riesgo de la desproporción en las consecuencias lesivas más allá de las tenidas como probables por los autores en el momento del inicio del tumulto –en esto fundaba Carrara la esencia subjetiva de la riña-.-

En la llamada riña tumultuaria el interviniente no solo tiene que contar con su propia violencia agresiva, sino con la acumulativa de los restantes y con la incontabilidad de las violencias ulteriores.-

De allí que sea admisible que la muerte o lesión de alguno de los contendientes pueda ser considerada como una condición objetiva de punibilidad, por razones de política criminal, ante la incapacidad e inconveniencia para un Derecho Penal de última ratio de procesar todos los supuestos en que existiera desvalor de acto completo. (antiguo art. 154 del CP Español, 588 del Cód. P. Italiano; 227 del CP. Alemán-).-

Una interpretación restrictiva del elemento típico citado, a fin de que contenga una magnitud de riesgo considerable, como fundante de imputación objetiva, permite aventar la objeción constitucional al principio de culpabilidad.-

Así Roxin, criticando la excesiva laxitud con que la doctrina ha considerado la condición objetiva de punibilidad del parágrafo 227 StrGB, señala que *“La participación en una pelea insignificante que no haga temer consecuencias lamentables, no merece una pena de prisión de hasta tres años, sino que lo que quiere el legislador cuando vincula la punibilidad a*

la causación de una muerte o de una lesión grave, es castigar de modo específico la participación en agresiones o riñas especialmente peligrosas, y a ese respecto parte de la base de que esa peligrosidad se desprende típicamente de las consecuencias graves. Pero si esto es así, entonces el resultado grave pertenece al injusto típico y la culpabilidad del autor ha de extenderse a los factores que son constitutivos de la peligrosidad; es decir: el sujeto al menos debe poder prever que la riña podía tener una de las consecuencias mencionadas en el par.227" (Roxin, C., Parte General, I, pag. 974; similar Hirsch, en "Los delitos calificados por el resultado" en Obras completas", II, ed. rubinzal)

También Jeschek señalaba a la consecuencia grave de la riña como una "impropia condición objetiva" de punibilidad, que encierra materialmente una causa de agravación de la pena, en que el comportamiento base *"abrazado por la exigencia de culpabilidad, ya manifiesta un cierto grado de merecimiento de pena..."* por el peligro; pero advierte que como la pena es notablemente mayor que la culpabilidad de la conducta base, este principio debe salvaguardarse en la medición de la pena manteniéndola el juez en su grado mínimo cuando el autor no podía prever la producción de dicha condición objetiva. (Jeschek, Lerhbuch, II, 776, 3^a.ed., 1978, con la anotación de los traductores Mir Puig y Muñoz Conde-ed. Bosch).-

Para Jakobs en cambio no se trata de una cualificación por el resultado, sino de un tipo de peligro que se

realiza aún cuando la muerte se ocasione después de la intervención del autor, pues el óbito solo es condición objetiva de punibilidad.-

"...(S)e trata de si la participación debe omitirse: 1) porque -de modo cognoscible o no- puede acarrear, sin intervención de otras personas, un resultado de lesiones o 2) ha de hacerse frente también al peligro de que al trabarse la pelea otras personas causen lesiones, o 3) de si también el peligro de no poder aclararse eventuales acciones lesivas está abarcado por el fin de protección" y afirma el ex catedrático de Bonn, en función del fin de protección de la norma, que la consecuencia está condicionada por la acción, o ha surgido antes o después , pero en todo caso durante la misma pelea y a causa del peligro que representaba (Derecho Penal, pag. 408..)

Queda claro que en la reinterpretación de la tipicidad aludida, se exige para la "cualificación por el resultado" que éste sea previsible para el autor, -es decir imprudencia-, con lo cual los arts. 95 y 96 CP contendrían una fórmula de concurso ideal de dolo y resultado imprudente, (preterintención). No creemos que sea objeción determinante la que observa Donna, sobre la existencia del art. 81 inc. b), -homicidio preterintencional-, ya que éste no se refiere a la riña.-

Como fácil es concluir no se trata como pretende la Defensa de que deba demostrarse que alguno de sus asistidos hirió a Quiroga o asestó la puñalada letal a Acevedo, pues sino estaríamos ante el tipo doloso de Homicidio o su tentativa.

Tampoco importa que otros coimputados intervinientes en la riña haya sido absueltos, pues en el peor de los casos, de error en el fallo, ello supondría mas coautores pero nunca una especie de efecto "cascada" absolutorio para los condenados.-

Como dijo con acierto el Dr. Beherán, ante las absoluciones parciales se decidió no recurrir el fallo originario para no alongar mas este proceso, que ya había sufrido una anulación de la anterior sentencia, como vimos.-

Y tal como señala el fallo Casatorio, la calificación atribuida en esta causa se halla en sintonía con la nomofilaquia sostenida por V.E. desde antaño, y continuada por la Cámara de Casación, (confr. por todos el citado "*KRANEWITTER, GERMAN I.- VICHETTI, MIGUEL E. HOMICIDIO - RECURSO DE CASACION*", del 7/4/08 ; antes "*VALLEJOS, Ramón A.-OVIEDO, Juan R.-HOMICIDIO EN AGRESION-RECURSO DE CASACION*", 26/8/99; idem Cam. Casación , in re "*BERON, Leonardo Daniel; AYALA, Samuel Alcides y MILAN, Rodrigo Alexis - Homicidio simple S/ RECURSO DE CASACION*", 29/6/16; y el excelente voto de Zaffaroni en el citado "*Antiñir*", de nuestra CSJN, del 4/7/06.-

Solo resta por agregar a nuestra petición de rechazo, que subsidiariamente y en tres renglones la Defensa plantea se reduzca el monto de la pena impuesta.-

Reedita la recurrente la misma oquedad de fundamentos de su agravio que le fuera advertido por la

Cámara de Casación, (confr. fs. 316/vta.), en el sentido que no efectúa una crítica concreta a la determinación de la cuantificación de injusto y culpabilidad enhebrada por el fallo de Instancia, sobre todo que la ausencia de antecedentes, único tópico que señala y que fue expresamente tenida en cuenta por el Dr. Dumón, (confr. por todos, nuestro dictamen en "LARROSA CRISTIAN ALEJANDRO S- ROBO CON ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO HA PODIDO ACREDITARSE S- RECURSO DE CASACION S/ IMPUGNACION EXTRAORDINARIA"; idem V.E. in re "*DEL MONTE, Daniel Jesús - Homicidio culposo agravado por la conducción antirreglamentaria de vehículo automotor - Recurso de Casación S/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA*", del 3/6/20) .-

VI.- Por todo lo expuesto, es nuestra opinión que V.E. deber rechazar la Impugnación Extraordinaria.-

PROCURACION GENERAL, 7 de septiembre de 2020.