



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

P-126714-1

"BAIGORRIA, Raúl Horacio

s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal -en lo que interesa- hizo lugar parcialmente al recurso incoado por el Defensor Oficial en favor de Raúl Horacio Baigorria, casando la sentencia en el rubro agravantes disminuyendo la pena impuesta al imputado, fijándola en trece años y diez meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con homicidio agravado por el uso de arma de fuego (fs. 161/180).

II. Contra dicha resolución, el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, (el cual fue admitido parcialmente por el *a quo*, solamente en el rubro inaplicabilidad del art. 41 *bis* al art. 79 del CP) (fs. 199/214vta).

Esrime el recurrente que la decisión del Tribunal de Casación que confirma la aplicación del art. 41 *bis* del CP a la figura del homicidio del art. 79 del mismo cuerpo legal, tanto consumado como en grado de tentativa, vulnera la prohibición de doble valoración que se deriva del principio constitucional de *ne bis in idem*.

En este sentido señala que el elemento "arma de fuego" está contenido en la figura del abuso de arma de fuego que resulta interferida por el acaecimiento del resultado muerte (conf. art. 104. 2do. párrafo del CP). Es decir, se trata de un elemento típico que ya ha sido

desvalorado por el legislador.

Aduce que por tal razón la aplicación del art. 41 *bis* del CP a los supuestos de homicidio cometido con arma de fuego importa volver a computar un elemento que ya se encontraba desvalorado en la figura penal interferida. De ese modo se vulnera la prohibición de doble valoración que, más allá de la previsión específica del segundo párrafo del art. 41 *bis* del CP, se encuentra contenida en el principio constitucional de *ne bis in idem*.

III. El recurso extraordinario interpuesto no pueden ser atendido, pues resulta improcedente el único motivo de agravio que ha sorteado el control de admisibilidad de la instancia de origen.

Elo así pues advierto, en primer lugar, que el recurrente reedita en su presentación ante esta sede, en términos prácticamente literales, el agravio llevado al tribunal intermedio, sin ocuparse de rebatir la respuesta que el planteo recibiera en la decisión del *a quo*, que se remitió a lo resuelto en el Plenario de fecha 19 de abril de 2013 celebrado en esa instancia (v. fs. 175/vta).

La técnica recursiva empleada es, entonces, ineficaz y el reclamo debe ser rechazado por insuficiente (doct. art. 495 CPP).

Sin perjuicio de ello, debo destacar que lo resuelto por el tribunal intermedio sobre el punto coincide con la doctrina legal de esa Suprema Corte que, en reiteradas oportunidades, ha reconocido la aplicación conjunta de los artículos 41 *bis* y 79 del Código Penal (P. 109.090 del 17/08/2011; P. 108.170 del 02/11/2011; P. 113.398 del 09/05/2012 y P. 103.713 del 27/06/2012, entre otros).



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

P-126714-1

En el primero de los antecedentes de ese Superior Tribunal mencionados (P. 109.090) se destacó que: *"La ubicación del precepto, a continuación de los arts. 40 y 41 -que establecen las "reglas" para la determinación judicial de la pena- no debe llevar a interpretar que se trata la examinada de una pauta "agravante" (no "neutra") propia de este acápite. Consiste, en verdad, en una figura calificante de los tipos a los que se integra, modificadora de la escala punitiva respectiva, lo cual conlleva la necesidad de "construir" su relación de especialidad respecto de cada delito con el que se vincula".*

De igual modo, al momento de resolver en causa P. 102.647 el 19/08/2009, esa Suprema Corte sostuvo que: *"Así la violencia es inherente al delito de homicidio -apartado primero del art. 41 bis- y, de otro lado, su ejecución a través del empleo de armas de fuego no está expresamente establecida como elemento fundante o calificante del tipo penal.// El delito de homicidio ha sido particularmente uno de los tenidos en mira por el legislador al dar fundamento a la incorporación de esta circunstancia agravante en la Parte General del Código. Así, al defenderse en el Senado la sanción del art. 41 bis el miembro informante dijo, invocando como fuente ciertas estadísticas que daban cuenta del aumento de la utilización de armas de fuego en la comisión de delitos con violencia o intimidación, que uno de tales ilícitos era el homicidio, pues el 95% de ellos se comete con armas de fuego, justificando el fundamento de la agravante en la "mayor contundencia de las de ese tipo y el mayor poder de vulnerabilidad sobre las víctimas (conf. versión taquigráfica de la 42ª Reunión -15ª Sesión ordinaria, de 9-VIII-2000, Orden del día 742)".*

También se destacó que: *"... De la circunstancia*

de que la vida, como bien jurídico tutelado, no resulte graduable porque se extingue o perdura, no va de suyo que el modo o medio en que se lleva a cabo un homicidio (esto es la afectación definitiva de la vida de modo violento, para decirlo con las palabras del sentenciante antes transcriptas) no pueda resultar revelador de un mayor contenido de reproche. Nada obsta a que el legislador determine objetivamente ciertas modalidades, medios, fines y móviles de dar muerte a una persona, comprensivas de un comportamiento considerado de mayor gravedad a los fines de justificar una punibilidad diferenciada. // Un claro ejemplo de ello es el art. 80 del Código Penal. Aun cuando todas quedan atrapadas en la descripción del tipo base (art. 79, C.P.), la norma realza algunas circunstancias especiales de comisión como categorías calificantes del homicidio. Así, por el "modo", cuando se matare a otro por "ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso" (art. 80 inc. 2°, C.P.); cuando el "medio" empleado fuere idóneo para crear un peligro común (art. 80 inc. 5°, C.P.); cuando tuviere lugar "con el concurso premeditado de dos o más personas" (art. 80 inc. 6°, C.P.); o el homicidio se fundare en móviles abyectos, v. gr. "por placer, codicia, odio racial o religioso" (art. 80 inc. 4°, C.P.). // El medio empleado puede entonces hallar relevancia para la determinación judicial de la pena en el marco de la escala penal respectiva, mas nada impide que, de otro modo, ese "medio" pueda señalarse como una circunstancia "típica" calificante que eleva en abstracto el contenido de injusto del hecho, cuando esa es la razón de ser de las figuras calificadas que concurren por especialidad con los tipos básicos, en tanto, como se ha dicho "... la realización del tipo especial no es sino una forma específica de lesión de la ley [del tipo] más general" (conf., por todos, Bacigalupo, Derecho penal,



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

P-126714-1

Parte general, Bs. As., 1999, p. 572). Otra cuestión es la razonabilidad de la decisión legislativa de privilegiar esa circunstancia como elemento calificante del homicidio (art. 28, C.N.), a la luz de los argumentos expuestos por el propio legislador: "mayor contundencia" letal de las armas de ese tipo, mayor poder de vulnerabilidad sobre las víctimas, ser el medio más usado en los homicidios, entre otros esgrimidos para justificar ese realce. Ello, sin perjuicio de recordar que el control que al respecto compete a los órganos jurisdiccionales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (conf. C.S.J.N., entre otros, Fallos 308:1631; 323:2409)".

Dichos pasajes, permiten descartar el eje central de argumentación del impugnante deviniendo el presente remedio a todas luces insuficiente (doct. art. 495 CPP).

Por todo ello, considero corresponde rechazar el presente motivo de agravio.

VI. En virtud de lo expuesto, aconsejo a VVEE rechazar el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 23 de diciembre de 2016.

JUAN ANGEL DE OLIVERA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia



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

P-126714-2

"BAIGORRIA, Raúl Horacio
s/ recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal

-en lo que interesa- hizo lugar parcialmente al recurso incoado por el Defensor Oficial en favor de Raúl Horacio Baigorria, casando la sentencia en el rubro agravantes y disminuyendo la pena impuesta al imputado, fijándola en trece años y diez meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con homicidio agravado por el uso de arma de fuego (fs. 161/180).

II. Contra dicha resolución, el Defensor Adjunto

ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el cual fue admitido parcialmente por el *a quo* (fs. 199/214 vta.).

Remitidas las actuaciones en vista a esta Procuración General (fs. 236), se emitió dictamen tratando exclusivamente la parcela del recurso extraordinario concedida por el *a quo* (fs. 237/239), sin tener en cuenta que contra el rechazo parcial del recurso se había articulado queja por denegatoria del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, acogida favorablemente por esa Suprema Corte (fs. 92/94 vta.).

Corresponde entonces, en virtud de la nueva

vista conferida a fs. 247, que me expida en los términos del art. 487 del Código Procesal Penal, respecto de los agravios denegados en la instancia previa y admitidos, con la recepción de la queja, por esa Suprema Corte (fs. 92/94 vta. de la causa P. 126.127 RQ que corre por cuerda).

III. Denuncia el Defensor Adjunto inobservancia de los artículos 40 y 41 del Código Penal y violación al artículo 8.2.h de la C.A.D.H..

En relación a ello expresa que dos son los agravios vinculados a la violación de los artículos 40 y 41 del Código Penal, uno referido a una circunstancia atenuante no valorada, concretamente que el imputado Baigorria *"actuó condicionado y con su ámbito de autodeterminación limitado por las circunstancias personales, económicas y sobre todo las socioculturales de su historia de vida"*, y el otro relacionado con que se haya considerado como un agravante del hecho *"lo sorprendente, súbito e inesperado del ataque"*.

Respecto de la falta de valoración del diminuyente señala el recurrente que, de la lectura del recurso, se advierte que la referida circunstancia atenuante está contenida claramente en el art. 41 inc. 2 ° del Código Penal y se vincula a la menor culpabilidad del imputado, dado que las circunstancias mencionadas estrecharon su ámbito de autodeterminación, aludiendo expresamente a su desarrollo dentro de un modelo familiar disfuncional, a la situación de marginalidad social, a la ausencia de figuras parentales, y a la violencia como modo de resolución de conflictos.



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

P-126714-2

Expresa que, por ello, deviene arbitrario lo afirmado en el fallo en punto a que la defensa no demostró por qué las circunstancias en cuestión debieron operar como minorantes de la pena impuesta.

En cuanto a la agravante mencionada sostiene que, en este punto, la sentencia de casación muestra con claridad el modo en que el tribunal efectuó un razonamiento autocontradictorio y por ende arbitrario, que la descalifica como pronunciamiento judicial válido.

En relación a ello aduce que, toda vez que su asistido fue condenado por un homicidio cometido con dolo eventual o, en lo que aquí interesa, sin un dolo directo, mal puede valorarse como circunstancia agravante una supuesta premeditación, inferida de lo sorpresivo y súbito del ataque, cuando al mismo tiempo se reconoce que esa agresión no tenía como destinatario a quien en definitiva resultó víctima.

De este modo, finaliza el puntual esgrimiendo que estamos ante una sentencia arbitraria, porque la meritación de la referida circunstancia agravante resulta autocontradictoria en relación a la calificación legal atribuida a los hechos, y como tal no constituye la aplicación razonada del derecho vigente a las constancias de la causa.

Por otra parte alega violación al derecho del imputado a ser oído e inobservancia del art. 41 inc. 2 ° *in fine* del Código Penal.

IV. Considero que los motivos de agravio

previamente reseñados no pueden ser atendidos.

En cuanto a la falta de consideración del atenuante propuesto por la defensa, estimo que el impugnante se desentiende de los argumentos dados por el tribunal revisor, apareciendo las críticas esgrimidas en el escrito recursivo como una mera opinión contraria al criterio sustentado, ineficaz para demostrar la arbitrariedad denunciada.

En relación a ello, ha señalado esa Suprema Corte que: *"...El mero disenso, o la señalización de pareceres diversos no importan un medio de cuestionamiento idóneo, desde el ángulo de la técnica del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"* (cfr. P. 120.043, sent. del 12/08/2015).

Señaló con acierto el tribunal revisor, en cuanto a la no valoración del atenuante propuesta, que: *"...la defensa no logra demostrar tampoco de qué modo las limitaciones socioculturales influyeron concretamente en la producción del hecho. Tales circunstancias no implican en absoluto un bill de indemnidad para la comisión de delitos"* (fs.176).

Así, no se advierte que el *a quo* haya incurrido en arbitrariedad al descartar como atenuante de la pena supuestos problemas económicos, sociales y culturales del imputado, si no aparece demostrado -tal como lo señaló el propio Tribunal de Casación- que ellos tuvieran incidencia concreta sobre el ámbito de autodeterminación del agente al momento del hecho y que puedan ser considerados un motivo relevante para mensurar el reproche que cabe formularle por ese acto específico.



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

P-126714-2

El agravio referido a la aplicación del agravante relacionado con lo sorpresivo, súbito e inesperado del ataque tampoco prospera. Ello así pues estimo que no consigue demostrar el esmerador defensor la existencia de una contradicción interna en el sentencia, que la descalificaría en este punto, pues no es incompatible el encuadre del hecho como un homicidio cometido con dolo eventual, con la consideración del carácter súbito e inesperado del ataque.

El recurrente infiere que el carácter sorpresivo o súbito del ataque daría cuenta de una premeditación que, en definitiva, sería la base del criterio adoptado por los sentenciantes al valorar la agravante en cuestión, mas la inferencia es propia y no es la única admisible, pues el tribunal afirmó que su comportamiento -dirigido contra uno de los integrantes del grupo que integraba la víctima pero que ponía a todos ellos en peligro- era "rayano a la premeditación", para indicar luego que de esa forma se "disminuyó todo tipo de articulación defensiva por parte de la víctima". Esta circunstancia, es decir, la reducción de las posibilidades de defensa de todos los miembros del grupo agredido, no es incompatible ni, menos aún, contradictoria, con la previa determinación de la existencia de un dolo homicida eventual respecto de la víctima fatal.

En este sentido basta con tener en cuenta la materialidad ilícita acreditada en la cual se señala que: "*Raúl Horacio Baigorria, que se movilizaba en bicicleta y portaba un arma de fuego -tipo escopeta cargada y apta para ser disparada- se acercó a Miguel Alejandro*

Jesús Orajovac, a Guillermo Alberto Rodríguez y a José Ariel Miranda con el propósito predeterminado de causarle la muerte a Orajovac. Una vez que los tres integrantes del grupo aludido se encontraban caminando, a unos metros de la intersección de calles Santiago del Estero y Laprida de la ciudad de Tandil a escasa distancia entre ellos, Baigorria intentó cumplir su propósito de matar al aludido Orajovac, apuntó hacia donde estaba éste, al costado del cual se encontraba Rodríguez, teniendo la escopeta con una sola mano y efectuó un disparo -desde una distancia menor a doce metros y mayor a cinco metros-, sin poder consumar su designio, por causas ajenas a su voluntad, al haber apuntado el arma de manera defectuosa. Siendo que al apuntar con dicha arma de fuego cargada y dispararla a la distancia indicada contra el objetivo de su ataque (Orajovac) (...) impactó en Guillermo Alberto Rodríguez" (fs. 165/ vta.).

Con ese contexto fáctico, no advierto exista vicio lógico alguno en la decisión de computar como agravante el carácter sorpresivo del ataque que, como adelantara, el sujeto activo dirigía directamente contra un individuo sabiendo que ponía en riesgo a quienes lo acompañaban, en virtud del medio seleccionado y el modo en que se lo empleó (disparo con una escopeta, a corta distancia y con un proyectil que se dispersa, conforme el extracto del testimonio del Perito balístico Ricardo a fs. 165 vta./166).

Estimo, por lo expuesto, que el agravio es insuficiente -art. 495 del CPP- pues no desarrolla un sustento argumental



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

P-126714-2

adecuado para la denuncia que formula.

Así, esa Corte sostuvo en reiteradas oportunidades que *"el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado"* (conf. sentencia P. 111.869, sent. del 29/05/2013, y muchas otras), circunstancias que claramente no se observan en la presente causa.

En definitiva, la "doble arbitrariedad" denunciada y la violación a la garantía de la revisión amplia, no encuentran sustento alguno, circunstancia que impide considerar también a la errónea aplicación de la ley sustantiva planteada por el impugnante.

Por último, considero que el agravio en el que se plantea la violación al derecho a ser oído del imputado Baigorria, tampoco puede ser atendido.

El reclamo se funda en una serie de consideraciones dogmáticas, desvinculadas de las concretas circunstancias del caso, sin demostrar cuál sería el concreto agravio producido por la falta de celebración de la audiencia *de visu*. Además, el reclamo parece desconocer lo expresado por la defensa técnica del acusado que, contando con una oportunidad procesal idónea para ejercer plenamente el derecho a ser oído constitucionalmente garantizado, expreso a fs.73 *"Que atento la facultad conferida por el art. 458 in fine CPP desisto de la celebración de la audiencia*

de informes...".

En definitiva, estimo que el planteo de la defensa no puede ser atendido pues no se ha demostrado, por un lado, la existencia de un perjuicio concreto derivado de la omisión formal denunciada y, por otro, que el vicio no pueda ser atribuido a la actuación de la propia parte agraviada que, tal como fue destacado en el párrafo anterior, contando con una oportunidad procesal apropiada para concretar el contacto directo de su asistido, peticionó en sentido contrario al que ahora invoca.

Cabe agregar que esa Suprema Corte ha resuelto, ante planteos análogos, que el artículo 41 inciso 2 ° del Código de fondo establece que el conocimiento directo y de *visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho debe hacerse "*en la medida requerida para cada caso*", y de tal modo otorga una facultad al magistrado de estimar sobre la necesidad, conveniencia y medida de ese conocimiento. A ello, adunó que no puede prosperar la denuncia de la vulneración del derecho del imputado a ser oído, en los casos en que ni en el recurso de casación originario, ni en el memorial, la defensa del imputado puso énfasis alguno en la necesidad de que en la etapa de revisión correspondiera citarlo conforme la previsión del artículo 41 *in fine* del Código Penal (conf. doctrina en causas P. 115.612, sent. del 24/09/2014, P. 113.934, sent. del 17/12/2014), por el contrario como ya lo manifesté, esa parte se manifestó por la innecesariedad de la mentada audiencia.

V. Por lo expuesto estimo que esa Suprema



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

P-126714-2

Corte debe rechazar el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La Plata, 21 de junio de 2017.

JUAN ANGELO DE OLIVERA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

