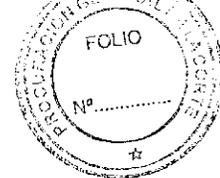




PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA



P-127553-1

"Gamarra, Rubén Gabriel

s/ recurso de casación"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala IV del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso de la especialidad deducido por la defensa oficial contra la decisión del Tribunal en lo Criminal N° 5 de La Matanza, que condenó a Rubén Gabriel Gamarra a la pena de veintidós años de prisión, accesorias legales, costas y declaración de reincidencia, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo con resultado homicidio agravado por su comisión con arma de fuego. Sin costas en esa instancia (v. fs. 64/73 vta.).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el señor Defensor por ante el Tribunal de Casación (v. fs. 93/112 vta.), ante lo cual el órgano intermedio decide conceder el remedio sólo en lo atinente a los agravios vinculados con la errónea aplicación del art. 41 bis al 165 del Código Penal y la inconstitucionalidad de la primera norma de fondo mencionada (v. fs. 131/136 vta.).

III. En mi opinión, el recurso no puede tener acogida favorable.

El recurrente denuncia la errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal en relación al delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 de igual cuerpo legal). Sostiene que la cuestión planteada gira

en torno al aumento del reproche fundado en una norma que no debió ser aplicada al caso, ya que la figura en cuestión crea un tipo penal distinto del contemplado en el supuesto básico, desplazándose -la circunstancia de la utilización de un arma de fuego- del ámbito de la determinación de la pena hacia la integración del injusto.

Aduce que el art. 165 del digesto de fondo contiene, dentro del tipo, la utilización de armas de fuego, y que cuando el legislador ha querido agravar los modos comisivos del homicidio lo ha hecho expresamente en el art. 80 del Código Penal, manifestando a continuación que en la figura del art. 166 inc. 2º del digesto de fondo ya está contemplado el uso de armas de fuego, alegando en consecuencia que rige la excepción del último párrafo del art. 41 bis de igual legislación, solución que extiende al ámbito de aplicación de la figura contemplada en el art. 165 del Código Penal atento que el dolo de homicidio se perfecciona con la afectación de la vida, estimando que poco interesa cuánto se elevó ese riesgo si, en definitiva, el tipo legal se configura con la realización del riesgo en el resultado.

De igual modo, y con referencia a lo fallado por ese Superior Tribunal en la causa P. 113.790, solicita se case la sentencia impugnada y se deje sin efecto la agravante referida.

En forma subsidiaria, plantea la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal.

Sostiene que la decisión del Tribunal de Casación Penal consagra la conculcación del principio de legalidad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-127553-1

establecido constitucionalmente, al aplicar al *sub examine* la agravante genérica contemplada en la norma mencionada, la que fuera sancionada por el legislador en franca violación de la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Cita, en apoyo de su postura, los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación; 9 de la C.A.D.H.; 15, apartado 1 del P.I.D.C. y P.; 11, apartado 2 de la D.U.D.H.; 11 y 25 de la Constitución provincial. Asimismo, alude al precedente "Mussotto" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otro lado, alega que del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 25.297, que introdujo la norma cuestionada, surgía que el propio legislador nacional había dejado en claro que dicho proceso legisferante estaba encaminado a consagrar una ley que no respetaba parámetros constitucionales, sino brindar respuesta a la necesidad de detener la ola de inseguridad que afecta al país, al igual que se expuso que no se podía modificar delito por delito sino que, para una mejor sistematización, debía ser tratado en la Parte General del digesto de fondo.

Expresa que ante el claro reconocimiento de la violación del límite de estricta legalidad, se vulnera el art. 18 de la Carta Magna y lo prescripto por el derecho internacional de los derechos humanos al respecto. Finalmente, alega que resulta irrazonable una disposición que aumenta las escalas penales por el peligro que importa el uso de armas de fuego, agregando que el delito de homicidio en ocasión de robo no puede agravarse por el peligro -concreto o abstracto- de su utilización.

Peticiona se declare la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal.

III. Los planteos no pueden tener acogida favorable.

Respecto a la denunciada errónea aplicación del art. 41 *bis* del digesto de fondo, cabe decir que el órgano casatorio determinó que dicha norma "...es aplicable a todas las figuras típicas de la parte especial de la ley sustantiva (...) el artículo 165 del C.P. no hace referencia alguna ni al género 'armas' ni a la especie 'de fuego' y por tal motivo el ilícito doloso en tratamiento no se encuentra atrapado por la excepción que -en el segundo párrafo- contempla la citada norma" (v. fs. 69 vta.)

A ello agregó que: "Por lo demás resulta evidente que el empleo de un arma letal -en el caso de calibre 32 largo- revela en el homicidio resultante cierto grado de preordenación, incrementa las posibilidades de éxito de la empresa e implica finalmente disposición de medios para delinquir (cfr. causa 9195 'Otegui'). En lo demás, tal criterio ha quedado plasmado ahora con el Acuerdo Plenario de este Tribunal -causa 36.328- de fecha 19 de abril de 2013, donde se resolvió que dicha agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal resulta aplicable a la figura tipificada en el art. 79 del mismo cuerpo legal (...) postulo el rechazo del presente agravio" (v. fs. 69 vta./70).

Teniendo en cuenta lo antes transcripto, observo en primer lugar que el impugnante se abstiene de controvertir en forma eficaz



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

P-127553-1

los fundamentos aludidos, oponiendo a lo dicho una simple opinión personal y dogmática que no logra evidenciar la supuesta errónea aplicación legal que denuncia. Media, entonces, insuficiencia (doct. arg. art. 495 del ritual). Por lo demás, es dable destacar que la violencia es inherente al delito de homicidio y que resulta inadecuada la aplicación en el caso de la regla de exclusión prevista en el segundo párrafo del art. 41 bis del Código Penal, pues el tipo penal efectivamente aplicado (art. 165 de idéntico cuerpo legal) no hace referencia expresa al uso de armas de fuego como medio comisivo.

Además, es doctrina vigente de esa Suprema Corte que la figura compleja del art. 165 del Código Penal no contempla como parte constitutiva o calificante de su estructura típica a la violencia o intimidación en las personas conformadas por el uso de armas de fuego, lo cual permite la aplicación del art. 41 bis del Código Penal a aquel ilícito sin incurrir en doble valoración que pueda estimarse incompatible con la garantía del art. 8.4 de la CADH. Este criterio, minoritario en la causa P. 108.548 (sent. de 27-11-2013), ha sido adoptado por la mayoría y se ha consolidado en pronunciamientos posteriores (causas P. 111.421, sent. de 18-06-2014 y P. 116.693, sent. de 01-04-2015; entre otras), circunstancia que impide, a mi entender, el progreso del agravio traído por la defensa.

De igual modo, es preciso destacar que se ha señalado expresamente en pronunciamientos en los que se confirma la vigencia de la doctrina legal citada "...que esta Corte tiene dicho que al homicidio cometido mediante la utilización de armas de fuego le es aplicable

la agravante del art. 41 bis, postura que a su vez coincide con la recientemente establecida en forma plena por el órgano casatorio (doct. arts. 41 bis, 79 del C.P., P. 102.647, sent. del 19/VIII/2009, e.o.; Plenario 36.328 del 22/IV/2013). Con tal razonamiento no resultaría lógico aplicar el art. 41 bis al homicidio cometido mediante la utilización de un arma de fuego, pero no hacerlo cuando el mismo injusto tenga lugar en ocasión de un robo (P. 111.421, sent. del 18/VI/2014; e.o.)" (causa P. 117.049, sent. de 18-03-2015, en el mismo sentido P. 114.298, sent. de 01-04-2015).

Así entonces, considero aplicable al caso la agravante cuestionada por el impugnante, teniendo en cuenta que en autos se encuentra debidamente acreditada la utilización de un arma de fuego en la ejecución del hecho cuya coautoría se atribuye al imputado y que la figura del art. 165 del Código Penal aplicada para encuadrarlo legalmente no contempla en su estructura el uso de ese tipo de armas como exigencia típica.

Finalmente, debo decir que la parte no ensaya explicación alguna del sentido de la mención efectuada sobre lo fallado en la causa P. 113.790, no obstante la manifiesta disimilitud evidenciada entre la situación de autos y la que originó el dictado de aquel pronunciamiento, a través del cual esa Suprema Corte rechazó, por razones de insuficiencia, el recurso de la fiscalía que perseguía la aplicación del art. 41 bis al art. 165 del Código de fondo, sin hacerse cargo de los fundamentos en contrario brindados en esa oportunidad por el órgano casatorio.

Por otro lado, resta mencionar que el planteo por



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

P-127553-1

el cual se solicita la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal resulta novedoso desde que no fue llevado a conocimiento del Tribunal de Casación (v. fs. 25/38 vta. y 52/57 vta.), circunstancia que impide el tratamiento por parte de ese Superior Tribunal (arg. doct. art. 451 C.P.P., conf. op. en causas P. 81525, dict. de 08-04-2002; P. 86962, dict. de 30-05-2005; P. 97852, dict. de 29-11-2006, P. 99030, dict. de 25-06-2007; P. 101126, dict. de 18-02-2008; P. 103609, dict. de 22-05-2009; entre muchos otros; y conf. doct. en causas P. 59379, sent. de 26-10-1999; P. 78901, sent. de 07-11-2001; P. 83921, sent. de 09-10-2003; P. 78264 y P. 81375 ambas con sent. de 10-09-2003; P. 94431, sent. de 01-11-2006; P. 95864, sent. de 04-07-2007; P. 92528, sent. de 28-11-2007; P. 100600, sent. de 09-04-2008; P. 94467, sent. de 07-05-2008; P. 104249, sent. de 13-05-2009; P. 98452, sent. de 30-09-2009; P. 105465, sent. de 10-03-2010; P. 102136, sent. de 14-04-2010; P. 105494, sent. de 09-06-2010 y P. 108290, sent. de 12-12-2012, también entre otras).

Además, especialmente respecto de planteos relativos a la declaración de inconstitucionalidad de normas, ésta resulta ser la actual postura adoptada por ese Superior Tribunal al fallar en las causas P. 107711, P. 105657 y P. 103644, sent. de 6, 13 y 26-10-2010, respectivamente, P. 109650 sent. de 03-11-2010, P. 107282 y P. 106642 ambas sent. de 09-12-2010; P. 111439, sent. de 03-05-2012; P. 109712, sent. de 06-07-2012; P. 109603, sent. de 13-07-2012; P. 108463, sent. de 07-09-2012; P. 105747, sent. de 21-09-2012 y P. 108290, sent. de 12-12-2012; entre otras.

P-127553-1

IV. Por todo lo expuesto, estimo que esa
Suprema Corte debe rechazar la queja traída.

La Plata, 31 de Mayo de 2017.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia