



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

P-128113-1

"GRASSO, Marcelo Gabriel y
otro s/ Recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal rechazó los recursos interpuestos por la Defensa Oficial en favor de Marcelo Gabriel Grasso y Martín Bernardo Olguín, contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial de La Matanza que había condenado a ambos imputados a la pena de treinta y dos (32) años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautores penalmente responsables del delito de homicidio cometido en ocasión de robo agravado por la participación de un menor de edad (fs. 127/140).

II. Contra esa decisión interponen recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación en favor de Martín Bernardo Olguín y el defensor de confianza de Marcelo Gabriel Grasso (fs. 146/158 vta. y 173/186 vta. respectivamente).

La mencionada Sala del Tribunal de Casación concedió parcialmente los recursos (fs. 193/198).

El Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación interpuso recurso de queja, receptado por esa Suprema Corte de Justicia, que concedió la totalidad de los agravios planteados por el impugnante (fs. 106/108vta).

III.1.a- Recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley interpuesto en favor de Martín Bernardo Olguín.

Denuncia el recurrente, en primer lugar, errónea aplicación del art. 41 *quáter* del Código Penal y violación a las garantías del debido proceso, del juez natural y del principio de inocencia.

Aduce que la defensa no sostuvo que los jueces del Tribunal Criminal no sean los naturales para aplicar el art. 41 *quáter* del Código Penal, sino que lo reclamado es que, con carácter previo, la participación de B en el hecho por el que se condenara a Olguín debe ser determinada fehacientemente por los jueces naturales del menor.

Señala que la intervención penalmente relevante de un menor en el hecho, debe constituir alguna de las formas de participación reguladas en los arts. 45 y 46 del Código Penal, las cuales deben estar probadas con certeza para poder hacer aplicación del art. 41 *quáter* del mencionado código sustantivo. No es posible que se afirme legalmente que un sujeto -aún cuando corresponda que sea juzgado en otro fuero y justamente por ello-, ha sido coautor o partícipe de un delito (arts. 45 y 46 del CP), sin que ello se haya establecido previamente en un juicio llevado a cabo conforme a la ley.

Sostiene que, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, dicha intervención debe ser verificada con carácter previo a la aplicación de la agravante, por el juez natural del menor.

En segundo lugar alega el recurrente violación a los artículos 40 y 41 del Código Penal.



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

P-128113-1

Expresa, en cuanto a la agravante relacionada con la "nocturnidad", que para que esa circunstancia opere como agravante de la sanción, debe probarse en la causa que la misma fue deliberadamente elegida por los autores del hecho, para llevar a cabo el mismo, de modo de que pueda afirmarse con ese sustento que ello es demostrativo de una mayor peligrosidad.

Por último denuncia el Defensor errónea revisión de la sentencia de condena en cuanto a la ausencia de fundamentación del monto de la pena, errónea aplicación de los arts. 40, 41 del CP, arts. 106, 210 del CPP y 171 de la Constitución Provincial y violación de la doctrina legal de la Corte federal en la materia.

Señala que la evaluación de las circunstancias agravantes y atenuantes tampoco debe confundirse con la fundamentación que debe explicitar el tribunal respecto de por qué establece una pena de determinado monto dentro de la escala penal, para lo cual no puede recurrir a explicaciones genéricas, sino que debe explayarse sobre cuáles son las causales por las que es necesario que la pena alcance tal o cual tiempo de duración.

Añade que el habitual procedimiento de: "¿existen atenuantes?, ¿existen agravante?, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?" no supe la fundamentación autónoma de por qué se resuelve la imposición de una condena de, en este caso, treinta y dos años de prisión, sino que es necesario que sea cuantificado el significado que a cada

pauta se le atribuyó y explicadas las razones para cada imputado en particular. Pues no se trata de una operación traducible en términos aritméticos al estilo "tantos agravantes, menos tales atenuantes, igual a treinta y dos años para Olguín", sino que es menester la exteriorización de los fundamentos pertinentes para precisar el modo en que cada pauta agravó o atenuó el monto, y para el monto final en sí, como reflejo de los principios de culpabilidad y proporcionalidad para cada imputado.

Expresa que nada de ello ocurrió y a ello apuntó la crítica llevada en el recurso, y el Tribunal de Casación consideró que la sanción impuesta no resultó irracional ni desproporcionada, dando como todo argumento que el sistema legal no impone al juzgador, para fijar la pena, partir del mínimo legal del delito de que se trate, dado que no existe punto de ingreso a la escala penal, sino que se optó por dejar este punto a la "decisión" de los jueces.

Así, sostiene que lo que debió hacer el *a quo* es adentrarse al estudio de si verificaba o no la falta de fundamentación del monto de pena, si correspondía alejarse del mínimo legal y por qué razones, cuáles eran las circunstancias tenidas en cuenta para ese alejamiento, y si ellas resultaban debidamente fundamentadas. En definitiva, verificar la ausencia o no de fundamentación de la pena calificada como excesiva, desproporcionada e infundada por parte de la defensa.

III.2. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en favor de Marcelo Gabriel Grasso.



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

P-128113-1

Expresa, que tal como fuera oportunamente solicitado por el Defensor en oportunidad de interponer el recurso de casación, la agravante tipificada en el artículo 41 *quáter* del Código Penal no debe ser aplicada de manera automática y asistemática, pues hacerlo implicaría una violación al principio de inocencia y a las garantías constitucionales del debido proceso y juez natural, artículo 18 de la CN y ley 13.634.

IV. En mi opinión el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación en favor del imputado Olguín no puede ser acogido favorablemente en esta sede.

El primero de los motivos de agravio no puede ser atendido, toda vez que el Tribunal intermedio descartó el planteo de incompetencia, que ahora reedita el recurrente señalando que para que opere la agravante establecida en el artículo 41 *quáter* del Código Penal, sólo se requiere la participación del menor en el hecho delictivo y no así que sobre el mismo haya recaído una sentencia que declare su culpabilidad (fs. 136 vta.).

Esta consideración es acertada y no es rebatida adecuadamente por el impugnante, resultando evidente que el texto legal no exige la existencia de un pronunciamiento firme que fije los alcances de la activa participación de un menor de dieciocho años de edad en el hecho.

Cabe destacar, en este sentido, que la norma del art. 41 *quater* del CP interpretada en los términos propuestos por el recurrente

se tornaría inoperante en los casos en los que el menor de edad que participara en los hechos tuviera menos de 16 años, o en aquellos casos en los que se trate de delitos por los que no pueden ser penados los menores de 18 años de edad (cfr. art. 2 ley 22.278), supuestos en los que un pronunciamiento condenatorio previo como el pretendido por la defensa en autos sería incompatible con las normas del fuero de la responsabilidad penal juvenil (cfr. ley 13.634). La propuesta de la defensa llevaría a negar, siguiendo la misma línea argumental, la posibilidad de condenar a un imputado por los delitos de los arts. 80 inc. 6, 167 inc. 2 o 210 del Código Penal -por citar sólo algunos- si no se cuenta con un pronunciamiento condenatorio firme que fije los alcances de la intervención de los integrantes del concurso, banda o asociación, hipótesis francamente insostenible.

Respondiendo a las concretas objeciones formuladas, debo señalar que la activa intervención del menor Brandan en los hechos no es una cuestión que esté "en duda", como alega el impugnante, sino que es un extremo que ha sido determinado por el tribunal de mérito con la certeza exigible para la acreditación de todos aquellos extremos fácticos que puedan asumir alguna relevancia típica.

En relación a ello, tal como lo señaló el Tribunal de mérito: "*...la presencia del aludido menor de edad en el 'locus delicti comissi' se encuentra debidamente acreditada*", y ello se desprende del reconocimiento en rueda positivo de Luciana Solange Parodi, las manifestaciones aportadas por el propio R R B -en cuanto



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

P-128113-1

acepto haber estado dentro del vehículo desapoderado en las circunstancias que rodearon su posterior aprehensión-, todo ello sumado a la fuga ensayada por el menor (fs. 27/28).

Por último, como el propio recurrente lo sostiene, en caso de que una sentencia posterior establezca lo contrario respecto de la participación del menor, el recurrente tendrá la opción de una posterior acción revisión para enmendar esa eventual contradicción (art. 467 inc. 1 del CPP). La afirmación sobre la incompatibilidad de esta opción con el régimen republicano es dogmática, pues no resulta evidente ni ha sido acompañada de una argumentación que la sustente, circunstancia que amerita el rechazo del reclamo por insuficiente (doct. art. 495 del CPP).

Tampoco puede ser atendido el motivo de agravio relacionado con la la consideración de la "nocturnidad" como agravante.

En este sentido señaló el órgano revisor: *"...que la nocturnidad resulta a mi juicio, incuestionable su valoración como pauta agravante de la pena, toda vez que, en el caso (cometido a las 23:00hs) su concurrencia aumentó el grado de injusto por el hecho cometido, dado que el obrar al amparo de las sombras incrementó las posibilidades de evadir la acción de la justicia y del éxito de la expresa delictiva y, paralelamente, mayor indefensión de la víctima (...). Además el art. 41 inc. 2 del CP autoriza a sopesarla cuando de modo expreso se refiere a las circunstancias de tiempo...que demuestren su mayor o menor peligrosidad"* (fs. 138/vta).

Del mismo modo han señalado VVEE que:

"[l]a ponderación de la nocturnidad como agravante de la pena es una circunstancia objetiva que evidencia por sí, mayor peligrosidad (art. 41 inc. 2º del C.P.) ya que quien aprovecha el horario nocturno para consumir un delito utiliza una situación que naturalmente favorece la impunidad de su accionar, sea este aprovechamiento deliberado o no" (P. 113784, sent. 30/09/2014).

Por ende, deviene insuficiente el presente agravio en tanto la defensa se alza frente a la ponderación de la "nocturnidad" como agravante, mas se limita a citar implícitamente la línea jurisprudencial que adscribe a la tesis subjetiva, sin lograr evidenciar que en virtud de las constancias comprobadas de la causa dicha pauta severizante hubiera sido erróneamente aplicada (art. 495 CPP).

El último de los motivos de agravio, relacionado con la falta de fundamentación en la determinación de la pena, tampoco es de recibo.

El *a quo* descartó la violación a los artículos 40 y 41 del CP planteada por la defensa indicando que: *"...siendo el argumento de la parte por el cual se agravia de la pena impuesta un mero criterio subjetivo y de tinte dogmático, que deviene irrelevante a los fines de conmovier lo decidido. Sólo a mejor respuesta del justiciable, debo traer a colación mi posición en lo que respecta a la individualización de la pena que es coincidente con la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia, que*



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

P-128113-1

ha descartado expresamente la obligación de partir siempre mínimo legal de la escala aplicable (...) Por otra parte, debo decir que no hay método alguno que permita transformar los juicios valorativos en cantidades numéricas de modo que, salvo supuestos excepcionales de notoria desproporción o irracionalidad -que en el caso no se evidendencia- resulta improcedente el recurso casatorio que se limita tildar de excesivo el monto de la pena escogido por el a quo" (fs. 136 vta. /137).

En este sentido, advierto que la crítica del impugnante se sustenta, en definitiva, en una visión diferente sobre la manera de efectuar la confirmación de la determinación de la pena por parte del *a quo*, técnica ineficaz para demostrar la violación a los arts. 40 y 41 del CP que denuncia, pues el digesto sustantivo no contiene un determinado sistema legal para llevar a cabo la dosimetría, ni un punto de ingreso a la escala penal prevista para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad.

La crítica no sobrepasa, entonces, la mera disconformidad en como la casación confirmó la determinación de la pena que había efectuado el Tribunal de mérito, resultando aplicable la doctrina de esa Suprema Corte que establece que el mero criterio divergente de la parte respecto de la incidencia sobre el *quantum* de la pena a aplicar de las pautas meritadas por el tribunal, resulta ineficaz para demostrar que en la determinación punitiva el juzgador hubiera incurrido en la transgresión de las reglas de los arts. 40 y 41 del digesto sustantivo (conf. P. 109.584, sent. del 31/11/2011; P. 86.815 y P. 100.810, ambas del 21/12/2011; P. 109.698, sent.

del 14/3/2012; P. 116.379, sent. del 8/7/2014; P. 116.788, sent. del 22/4/2015, entre otras).

Sin perjuicio de lo expuesto, y en cuanto al punto de ingreso a la escala, estimo oportuno destacar que el recurrente construye su crítica a la sentencia atacada partiendo de una postura incompatible con la doctrina de esa Suprema Corte que, en reiteradas oportunidades, ha dicho que: *"No existe legalmente un punto de ingreso fijo a la escala penal, la única restricción a la cual debe su apego el órgano jurisdiccional se encuentra además de su fundamentación y razonabilidad (art. 1º, CN) en la escala impuesta por el Código Penal, sea para cada tipo en particular o la que resulte de lo normado por los arts. 54 y 55 del mismo ordenamiento"* (P. 98.529, sent. del 15/07/2009; P. 112.407, sent. del 18/6/2014, entre otras).

Finalmente, la pretendida transgresión al principio constitucional genéricamente invocado al formular el agravio -referido a la culpabilidad por el acto-, ha sido articulada en forma dogmática, sin referencias al caso concreto, circunstancia que torna insuficiente a la queja en este punto (doct. art. 495 del CPP).

V. Tampoco puede prosperar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el abogado de confianza del imputado Grasso.

El único agravio que tuvo admisibilidad positiva por parte del *a quo* fue el embate referido a la agravante estipulada en el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

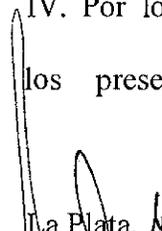
PROCURACIÓN GENERAL DE LA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128113-1

artículo 41 *quáter* del Código Penal, planteo que, por ser del mismo tenor que el efectuado por la defensa oficial en favor del imputado Olguín, no puede ser atendido por las razones consignadas al tratar el recurso traído por el Defensor Adjunto de Casación.

IV. Por lo expuesto, estimo que esa Suprema Corte debería rechazar los presentes recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

La Plata,  de junio de 2017.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

