



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

P-128232-1

"REICHE ALBARRACIN, Rodrigo
Eduardo s/ Recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso homónimo interpuesto por la Defensa Oficial en favor de Rodrigo Eduardo Reiche Albarracín que fue condenado por el Tribunal en lo Criminal N ° 05 del Departamento Judicial de La Matanza a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas, con declaración de reincidencia, por resultar coautor responsable del delito de robo agravado por el resultado de muerte y por su comisión con arma de fuego, y autor del delito de portación ilegal de arma de fuego, ambos en concurso real (fs. 112/137 vta.).

II. Contra esa decisión, la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el cual fue declarado parcialmente admisible por la Sala revisora del Tribunal de Casación (fs. 140/145).

Alega la impugnante errónea aplicación del art. 41 *bis* del Código Penal y vulneración a los principios de estricta legalidad y *ne bis in idem*.

Expresa que *"es erróneo sostener que la agravante del art. 166 inciso segundo del CP, solamente se refiera al atentado contra la propiedad, sin abarcar, para el caso del art. 165, el tramo del injusto relativo*

a la muerte de la víctima" (fs. 144).

Señala que ello es así pues no es posible escindir en dos delitos la descripción legal que contiene el mentado art. 165 del Código Penal, afirmando que se trata, en rigor, de un atentado a la propiedad que, cuando ocurre con el empleo de violencia a través de armas de fuego, constituye un robo en los términos del art. 166 inc. 2 ° del Código Penal. Si, además, se produce el resultado fatal, cobra vigor el art. 165 del mencionado código de fondo, que contiene al homicidio como elemento normativo del delito que, en esencia, es el de robo agravado.

Aduce que el citado art. 165 da cuenta de la plural afectación de bienes jurídicos, por lo que la aplicación de esa norma compleja debe ser examinada siempre en correlación con el robo en cuyo contexto resulta un homicidio.

Finaliza esgrimiendo que, dado que "resultar" no significa "cometer", no resulta aceptable que el delito complejo de robo agravado por el resultado homicidio del art. 165 del Código Penal pueda separarse en tramos diversos para justificar que, en uno de ellos, es posible la aplicación de la agravante del art. 41 *bis* del Código Penal.

III. En mi opinión, el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no puede ser acogido favorablemente en esta sede.

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



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

P-128232-1

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 alguna que pueda estimarse incompatible con la garantía del art. 8.4 de la CADH. Este criterio, minoritario en P. 108.548 (sent. del 27/11/2013), ha sido adoptado por la mayoría y se ha consolidado en pronunciamientos posteriores (P. 111.421, sent. del 18/06/2014, P. 116.693, sent. del 01/04/2015), circunstancia que impide, a mi entender, el progreso del agravio traído por la defensa.

Ello no obstante, es preciso destacar, dando respuesta a la primera línea argumental de la recurrente, 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.)*" (P. 117.049, sent. del 18/03/2015, en el mismo sentido P. 114.298, sent. del 01/04/2015).

Por otra parte, considero estériles las consideraciones de la recurrente en torno a la modalidad particular de concurrencia que

vincularía a las figuras de los arts. 166 inc. 2 °, segundo párrafo, y 165 del Código Penal, pues es claro que en el caso ha operado el desplazamiento de la figura que alude al uso de armas de fuego por otra que no menciona esta circunstancia, de modo tal que no puede operar en el caso la cláusula de exclusión del segundo párrafo del art. 41 *bis* del Código Penal.

En este sentido señaló la mayoría del *a quo* que:

"...un hecho que encuadra objetivamente en las figuras de los artículos 165 y 166 inciso 2° del Código Penal (siempre que el robo y el homicidio hayan sido cometidos mediante el empleo de un arma de fuego), se debe admitir que la aplicación del artículo 41 bis no genera una superposición absoluta con la agravante del artículo 166 inciso 2°, al menos en lo que respecta al tramo del injusto referido al homicidio. El concurso ideal, decía Welzel, está caracterizado por la circunstancia de concurrir simultáneamente diversos tipos en la valoración penal de un hecho, que sólo en su conjunto agotan el contenido de injusto de éste en todo sentido. Esta es básicamente, la idea que subyace detrás de la norma del artículo 54 del Código Penal, y apunta a la necesidad de contemplar en su totalidad el contenido de desvalor jurídico penal de una determinada conducta, para luego elegir, entre todas las sanciones que podrían resultar aplicables, aquella que fijare la pena mayor. En el caso particular que es objeto de este análisis, la única manera de agotar la significación jurídico penal de acontecimiento real atribuido al imputado Reiche es aplicando la agravante genérica del artículo 41 bis para, de ese modo, contemplar el tramo de desvalor de su conducta derivado del



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

P-128232-1

empleo de una arma de fuego, no en el robo, sino como medio para consumar el homicidio" (fs. 131/vta.).

La recurrente no rebate estos argumentos, compatibles con la doctrina legal antes mencionada, circunstancia que impone el rechazo de la queja (doct. art. 495 del CPP)

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La Plata, 30 de mayo de 2017.

PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
LA PLATA, BUENOS AIRES

