



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

P-128558-1

"Yfran, Alejandro Javier s/
Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió rechazar por improcedente el recurso de casación interpuesto por la Defensora Oficial contra el pronunciamiento dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial La Plata que condenó a Alejandro Javier Yfran a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, como autor culpable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (fs. 58/63 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento, la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 70/90 vta.).

III. El Tribunal de Casación Penal resolvió conceder parcialmente el recurso extraordinario de inaplicabilidad, sólo en lo que respecta a la denuncia de la indebida aplicación del art. 41 bis del C.P. al caso, quedando excluido el planteo subsidiario vinculado a la inconstitucionalidad de esa disposición legal (fs. 94 vta.).

IV. En el motivo de agravio declarado admisible, denuncia que la resolución atacada resulta arbitraria por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 41 bis del C.P., en función de lo normado en el art. 79 del mismo cuerpo legal, lo que afectó las garantías de defensa en juicio y debido proceso sustantivo (art. 18, CN).

Expone que aplicar el art. 41 bis al delito de homicidio provoca una confrontación con el principio de legalidad, desarrollando la recurrente su respectivo alcance conforme normas de rango internacional y nacional, jurisprudencia y opinión doctrinaria (fs. 84 vta./86 vta.).

Al entender de la recurrente, si lo relevante a nivel típico es la concreción del deceso del sujeto pasivo, la exclusión de la agravante del art. 41 bis del C.P. es ineludible, pues si la norma traslada a nivel típico lo que antes se valoraba en ocasión de la determinación de la pena mal podría concluirse que no resulta de aplicación la regla de exclusión contenida en el segundo párrafo del art. 41 bis del C.P., pues el delito de homicidio no contempla dicha circunstancia a nivel típico, toda vez que ello implicaría un razonamiento contradictorio del juzgador.

Señala que otro argumento a favor de la postura que propugna es aquel derivado del grado de afectación del bien jurídico lesionado que la figura penal releva, dado que la vida no acepta lesiones graduables, por lo que el resultado típico es la constatación del mayor daño imaginable contra las personas; entonces, ninguna agravación de la escala penal in abstracto puede sustentarse en la comisión del evento mediante el empleo de arma de fuego, por cuanto el tipo base ya ha valorado el peligro en que se sustenta la imaginaria necesidad legisferante de introducción de la calificante en cuestión (fs. 88).

Concluye que si el grado de disvalor



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

P-128558-1

representado por la naturaleza del medio empleado, o por las circunstancias del modo y lugar en que se produce, tal operación no puede realizarse sino a la luz de la vía genérica del art. 41 del C.P.

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

Ello así pues advierto, en primer lugar, que la recurrente reedita en su presentación ante esta sede (v. fs. 86 vta./88) el agravio llevado al tribunal intermedio (v. fs.40 y vta.), 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 celebrado en esa instancia y otros precedentes de esa Sala (v. fs. 62/62 vta.). Así, 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, sent. de 17/8/2011; P. 108.170, sent. de 2/11/2011; P. 113.398, sent. de 9/5/2012; P. 103.713, sent. de 27/6/2012, entre otros).

En el primero de los antecedentes mencionado (P. 109.090) se destacó que: "[l]a 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 19/8/2009, esa Suprema Corte sostuvo que: "[a]sí 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: "[d]e 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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

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

P-128558-1

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 del 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. 2º, C.P.); cuando el 'medio' empleado fuere idóneo para crear un peligro común (art. 80 inc. 5º, C.P.); cuando tuviere lugar 'con el concurso premeditado de dos o más personas' (art. 80 inc. 6º, C.P.); o el homicidio se fundare en móviles abyectos, v. gr. 'por placer, codicia, odio racial o religioso' (art. 80 inc. 4º, 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, 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)".

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

VI. En virtud de lo expuesto, considero que VVEE deberían rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado por la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal a favor de Alejandro Javier Yfran (art. 496. CPP).

La Plata, 22 de agosto de 2017.


JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General