



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

P-128676-1

“Montero, Lucas Emanuel y  
otro s/ recurso de casación”

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala I del Tribunal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso de la especialidad deducido por la defensa de Dante Julián Brizuela y Lucas Emanuel Montero, contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 4 de Morón que había condenado a cada uno de los imputados a la pena de 16 años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlos coautores penalmente responsables de los delitos de robo agravado por el empleo de arma de fuego y por la participación de un menor de 18 años de edad, y homicidio en ocasión de robo calificado por el empleo de arma de fuego y por la participación de un menor de 18 años de edad, en concurso real. En consecuencia, casó el fallo a nivel de la dosificación de las penas computando la juventud de los imputados como atenuante, asumió competencia positiva y redujo la sanción determinada, fijándola en 15 años de prisión para cada uno de ellos (v. fs. 327/343 vta.).

II. Contra lo así resuelto, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el señor Defensor Oficial Adjunto en favor de los procesados (v. fs. 362/377), ante lo cual el tribunal intermedio decidió desestimar por inadmisibles el agravio vinculado con la inobservancia del art. 41 inc. 2 *in fine* del CP y la vulneración del derecho a ser oído (v. fs. 379/380), en tanto que declaró admisible el tramo del remedio donde se denunciaba la errónea aplicación del art. 41 quater, por un lado, y la violación

de los arts. 40 y 41 del digesto de fondo por valorarse como pauta agravante la condena anterior registrada por los acusados, por el otro (v. fs. 380/382 vta.).

III. En el primero de los motivos de agravio concedidos, denuncia el recurrente la errónea aplicación de la agravante contenida en el art. 41 quater del digesto de fondo, por haberse efectuado una interpretación literal y objetiva de su texto. Alega que tal forma de resolver vulnera el principio de culpabilidad en virtud de que se agrava la pena para el mayor de edad simplemente porque intervino un menor en el evento.

Menciona que de la descripción de los hechos de autos surge que la participación del menor se limita a ser coautor funcional y en razón de un plan común con sus asistidos, en los términos del art. 45 del CP. Añade que por ello la figura en crisis exige algo más (y distinto) que la mera intervención del coautor menor que actúa por propia voluntad, ya que de lo contrario se quebrantaría además la prohibición de desvaloración de una misma circunstancia.

Estima que el requisito adicional requerido consiste en que el mayor haya determinado la intervención del menor (art. 45 in fine del Código de fondo) y, además, que ello se diera con la intención de aprovechar esa participación para descargar su responsabilidad por el hecho en el menor. Agrega que la agravante fue sancionada con el fin de prevenir dicho aprovechamiento por el mayor y que halla respaldo en el límite de edad establecido por la ley para considerar a una persona "menor".

Solicita, en definitiva, se declare erróneamente



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

**P-128676-1**

aplicada la figura del art. 41 quater del Código Penal.

En segundo término, denuncia la violación del principio de culpabilidad por el acto, en virtud de haberse valorado -por la mayoría del tribunal intermedio- la condena anterior registrada por los acusados como agravante para fijar el monto de la pena (arts. 40 y 41 del CP), entendiendo que tal modo de resolver se funda o en la peligrosidad del agente o en el modo en que se ha conducido en la vida (arts. 18 y 19 de la CN), tal como lo señalara el voto minoritario.

Se refiere a la "teoría de la advertencia" e invoca el precedente "Maldonado" de la Corte federal en apoyo de su tesis, destacando que el legislador argentino determina una elevación de la pena exclusivamente a partir de una presunción de mayor culpabilidad, que además es incompatible con nuestra Carta Magna, contraviniendo los datos de la experiencia en cuanto a conciencia del ilícito y ámbito de autodeterminación.

Afirma que la ponderación de las condenas previas, fundada en la mayor peligrosidad del sujeto, viola el principio de culpabilidad por el hecho y que toda referencia a la peligrosidad es contradictoria a la Ley Fundamental. A ello suma que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no se mantuvo al margen de dicha consideración, y explica al respecto que la aplicación de una pena con sustento en la peligrosidad constituye claramente una expresión del ejercicio del jus puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de acto o de hecho,

propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

Peticiona, en definitiva, se descarte la agravante ponderada.

IV. Considero que los motivos de agravio que sortearan el control de admisibilidad del *a quo* resultan improcedentes.

En lo que concierne al primer agravio, la mayoría del órgano casatorio estimó que el art. 41 quater del CP exige para su aplicación la intervención de un menor de edad, término que debe entenderse en el sentido amplio de participación (Título VII del Libro Primero de igual cuerpo legal y arts. 45 y 46 del digesto de fondo); y que no surge del texto legal la exigencia de que el mayor de edad haya utilizado como instrumento al menor o que de alguna manera lo haya coaccionado, pues acciones tales como "se valiere", "sirviere" o "determinare", que aparecían en los proyectos legislativos, no se plasmaron finalmente en el texto que se aprobara (v. fs. 338 vta.).

El recurrente insiste, en su presentación ante esta sede, con los argumentos deducidos en el recurso de casación y deja sin rebatir en forma eficaz los fundamentos del pronunciamiento recurrido. Entonces, tal como han sostenido VV.EE., resulta insuficiente el recurso de inaplicabilidad de ley en el que se opone a lo resuelto por el juzgador su propio disenso, método ineficaz para desvirtuar el fallo en contra de sus



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

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

**P-128676-1**

pretensiones (conf. causas P. 69.501, s. del 29/10/03; P. 96.835, s. del 13/07/11 y P. 112.218, s. del 19/12/12).

Asimismo, debo recordar que esa Suprema Corte ha fijado doctrina legal en la materia, rechazando planteos análogos a los formulados en autos y descartando las exigencias interpretativas que el recurrente suma al texto del art. 41 quater del CP, al afirmar que es necesario verificar que en el caso el sujeto mayor haya determinado o se haya valido del menor interviniente para que proceda la aplicación de la agravante.

Así, resultan aplicables aquí las consideraciones formuladas en los precedentes P. 117.092 (sent. del 13/8/2014); P. 111.446 (sent. del 9/4/2014) y P. 122.516 (sent. del 21/09/2016). Allí se precisó que: "Desde el aspecto semántico la interpretación [del art. 41 quater del CP] que reclama la concurrencia de elementos subjetivos es errónea, por cuanto la literalidad de la norma no exige otros condimentos por fuera del conocimiento de cualquier circunstancia que integra el tipo objetivo del delito doloso del que se trate (...) de todas las fórmulas puestas a consideración por los legisladores en los diferentes proyectos que antecedieron a la ley, prevaleció la que expresaba como común denominador la agravación del hecho cuando 'sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad', quedando relegadas las que especificaban el 'valerse' o 'servirse' de un menor, inimputable o no, con el fin de descargar la responsabilidad criminal en él, o las de inducción o instigación (el que determinare a un menor de 18 años directamente a cometer un delito determinado) (...) Ha sido el criterio amplio

el preferido por el propio legislador frente a otras fórmulas más restrictivas que se discutieron en ocasión de sancionarse el precepto, sin que quede alguna duda al respecto (...) Recapitulando: ni de la letra de la ley, ni desde los antecedentes parlamentarios -cuya utilidad para conocer el recto sentido y alcance de la ley ha sido siempre reconocida por la Corte federal (Fallos 321:2594; 323:3386; 325:2386)-, puede refrendarse la interpretación que del art. 41 quáter propone la defensa".

También se destacó que: "Es menester aclarar que desde la fuerza prevalente de la interpretación literal y de la voluntad del legislador, no parece derivarse como conclusión inescrutable que la circunstancia comprobada de la presencia, en el escenario de los hechos, de un menor de edad abastece la agravante sin más, pues debe atenderse al real sentido de los distintos ingredientes que la componen (...) En efecto, la 'intervención' del menor a que alude el precepto, es aquella con significado jurídico penal relevante, lo cual se da cuando éste interviene en el hecho en el cual participa el mayor a través de algunas de las formas de autoría o participación previstas en el sistema penal (arts. 45 y 46, C.P.)".

Por todo ello, resulta insuficiente el presente planteo en el que se atribuye una indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 41 quater del Código de fondo, en tanto las razones vertidas por el recurrente no logran evidenciar que el criterio de interpretación de dicha norma con que -el tribunal de mérito en primer lugar y la mayoría del juzgador intermedio después- justificaran su aplicación al caso, consagre una exégesis irrazonable



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

**P-128676-1**

del texto legal, brindando una respuesta inadecuada para la situación que aquella contempla (conf. doct. art. 495 del Código Procesal Penal).

En lo que atañe al segundo planteo, estimo que el mismo tampoco puede prosperar.

Ello así, conforme la doctrina asentada por esa Suprema Corte que ha sostenido reiteradamente, en línea con lo determinado por el Máximo Tribunal nacional, que el cómputo como agravante de la condena anterior no vulnera los principios aquí invocados (conf., doctrina en causas P. 84.529, sent. del 17/12/2008; P. 100.577, sent. del 22/10/2008; P. 102.267, sent. del 29/12/2008; P. 108.937, sent. del 28/08/2013).

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Gago" -por remisión al dictamen del señor Procurador Fiscal- ha resuelto que "...el desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (Fallos: 311:1451)".

Asimismo, debo decir que sostener que la "advertencia" que supone una condena anterior cumplida no sirva como motivación en el autor para no cometer una nueva infracción penal, y que a su vez no se constató empíricamente la "advertencia" de ese impulso de contención en la condena previa, que genera una presunción de mayor conciencia de antijuridicidad, no es más que una aseveración dogmática desconectadas de las constancias de la causa, pues la decisión del tribunal revisor no indica, de ninguna manera, que se haya computado lo que el

imputado es en lugar de lo que hizo. No se advierte, entonces, la transgresión del principio de culpabilidad denunciada (conf. causa P. 108.937, sent. del 28/08/2013).

Además, el art. 41 del CP prevé expresamente la valoración de los antecedentes penales del sujeto a los fines de determinar el *quantum* de la pena a imponer, con lo cual, registrando los imputados antecedentes condenatorios en su haber, hay en su accionar un mayor grado de culpabilidad en la medida en que fueron advertidos por el Estado y contaban con el conocimiento y comprensión sobre la criminalidad de conductas como las reprochadas en autos, sin ser necesario comprobar "empíricamente" (es decir, subjetivamente) si habían incorporado efectivamente el impulso de contención que surgiría de las condenas previas.

V. En consecuencia, estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 20 de abril de 2017.



**Julio M. Cortés-Gran**  
Fiscal General