



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

P-128923-1

"Moreno, Juan Guillermo  
s/ Recurso extraordinario  
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa de Juan Guillermo Moreno contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial Quilmes, que lo había condenado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio en concurso real con homicidio *criminis causae*, ambos agravados por el empleo de arma de fuego. El órgano revisor disminuyó la pena de prisión a treinta y dos años, declarándolo autor del delito de homicidio cometido con arma de fuego -tres hechos- en concurso real (fs. 91/102 vta.).

II. Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la Defensora Oficial Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal (fs. 105/110 vta.).

En primer lugar, denuncia violación al debido proceso (art. 18, CN), pues el órgano sentenciante al modificar la calificación legal y fijar el encuadre típico en los términos de los arts. 79 y 41 bis del C.P. asumió competencia positiva y, en consecuencia, fijó una pena distinta.

De este modo, afirma que se vulneró la garantía a la doble instancia como revisión amplia del fallo condenatorio, pues no ha

tenido la posibilidad de discutir la pena aplicada a su asistido. Entiende que antes de modificar la pena perpetua aplicada por el tribunal de origen y establecer una pena temporal debió haber reenviado la causa a dicho órgano a fin de que -previo debate amplio de las partes y audiencia con el imputado- evalúe las posibles circunstancias atenuantes sobrevinientes y determine la pena a imponer.

Considera que todo ello afecta el debido proceso, la defensa en juicio y el derecho del imputado a obtener un examen integral de la sentencia condenatoria (arts. 18, 75 inc. 22, CN; 8.2.h, CADH; 14.5, PIDCP).

En segundo lugar, plantea que la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del C.P. al homicidio (art. 79, CP) violenta la garantía de *non bis in idem*, pues el empleo de un arma de fuego está comprendido en el tipo básico del art. 79. Entiende que la interpretación de dicha agravante debe hacerse de modo que respete los principios de máxima taxatividad interpretativa y *pro homine*.

Postula que la excepción prevista en el segundo párrafo del art. 41 bis del C.P. no puede aplicarse al delito de abuso de armas tipificado en el art. 104 del mismo código, pues la utilización de arma de fuego es un elemento del tipo previsto en esta norma. Entiende que tampoco podría aplicarse a los supuestos de homicidio cometido con arma de fuego, pues ello importaría volver a computar un elemento que ya se encontraba desvalorado en la figura penal interferida. Afirma que, de este modo, se



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

P-128923-1

vulnera la prohibición de doble valoración.

Concluye exponiendo que la aplicación de la agravante no solo contraría la interpretación sistemática de las normas de la ley fondal sino que conculca la garantía constitucional y convencional del *non bis in idem*.

III. El tribunal *a quo* declaró admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado (fs. 117/119).

IV. Considero que el recurso interpuesto no puede ser atendido.

El primero de los motivos de agravio, en el que se plantea que debieron haberse reenviado las actuaciones a fin de darle oportunidad a las partes de debatir sobre la pena que en definitiva se le aplicaría al imputado, la defensa plantea una cuestión de índole procesal, referida en particular a la interpretación y aplicación de lo dispuesto por los arts. 460 y 461 del C.P.P., que establecen en qué casos debe el Tribunal de Casación Penal casar la sentencia con reenvío a la instancia de origen y en cuáles puede readecuar el pronunciamiento atacado ejerciendo competencia positiva.

Cabe destacar, en este sentido, que ninguna norma del código de rito establece expresamente que un cambio de calificación legal operado en la instancia de revisión ordinaria obligue al sentenciante a reenviar las actuaciones para que se imponga un nuevo monto de pena en la instancia de origen. La propuesta de la defensa de debatir esa

cuestión en esta sede no es compatible con lo dispuesto por el art. 494 del C.P.P. y la doctrina legal de VVEE, en cuanto tienen decidido que: "[l]a interpretación de las normas procesales que determinan la competencia del órgano revisor rebasan la esfera de conocimiento de esta instancia por medio de la vía de inaplicabilidad de ley" (causa P. 102.924, sent. de 24/10/2012, entre otras).

Esa Suprema Corte provincial ha reconocido que la regla según la cual los agravios vinculados con cuestiones de índole procesal tornan inadmisibles el recurso extraordinario de inaplicabilidad de leycede cuando la transgresión denunciada conculque las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, CN), mas esa situación no puede tenerse por configurada en autos. Ello así, pues la impugnante indica que el debate amplio acerca de la pena a imponer es "*inherente al debido proceso constitucional*", sin demostrar en concreto de qué forma se han visto perjudicados los derechos de su asistido.

En efecto, no tiene en cuenta al denunciar la afectación al derecho de defensa en juicio que fue esa parte la que promovió expresamente en su presentación ante el *a quo* la modificación de la calificación legal en los términos en los que efectivamente fuera alterada en el fallo ahora impugnado, requiriendo expresamente la imposición de una nueva pena (v. fs. 54).

Además, una vez radicada la causa en la Sala II del Tribunal de Casación, la defensa contó con la posibilidad de mejorar los



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

P-128923-1

agravios sometidos al revisor, optando en ese caso por desistir de la realización de la audiencia de informes prevista en el art. 458 del C.P.P. (fs. 73). Es evidente, entonces, que fue la parte ahora agraviada la que promovió la modificación de la calificación legal y la imposición de una pena diferente en casación, optando además por renunciar a la posibilidad de profundizar el debate sobre ese punto en una audiencia ante los integrantes del órgano revisor, respondiendo en definitiva las limitaciones del debate sobre la pena a imponer a su propia actuación, circunstancia que torna inadmisibles sus reclamos (doctrina arts. 421 y 481, CPP).

Por otro lado, el planteo vinculado a la vulneración a la garantía a la doble instancia -al imponerse directamente una nueva pena en casación- es manifiestamente insuficiente (art. 495, CPP). Ello así pues la recurrente se limita a formular una serie de consideraciones dogmáticas, sin indicar qué aspectos de la sentencia atacada -vinculados con la determinación de la pena- pretendía controvertir y, en su caso, por que la revisión ante esta sede extraordinaria no podía satisfacer las exigencias del doble conforme en el caso concreto.

En este sentido, ha expresado esa Suprema Corte que "[r]esulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que la defensa cuestiona la amplitud de la revisión por parte del a quo sobre los agravios planteados -en particular, referidos a la determinación de la pena- si no señala cuáles serían los aspectos del fallo que habrían sido excluidos del control. Sus argumentos referidos a la

*ilegitimidad de las restricciones recursivas se muestran totalmente desvinculados de las circunstancias concretas del caso, ya que de ellos no se advierten desarrollos autónomos que demuestren que el tribunal intermedio haya afectado el derecho al recurso, sino que en rigor se disconformó del contenido de lo resuelto" (causa P. 109.476, sent. de 22/8/2012).*

Considero, por lo expuesto, que corresponde rechazar este primer motivo de agravio.

El planteo vinculado con la inaplicabilidad del art. 41 bis en relación al art. 79 del C.P. tampoco es de recibo.

Ello así, pues la recurrente desarrolla su postura introduciendo una variación argumental respecto del cuestionamiento defensivo esgrimido en oportunidad de expresar agravios ante el juzgador intermedio.

Puede apreciarse, en este sentido, que en el recurso de casación interpuesto por la defensa de Moreno, si bien se cuestionó la aplicación de la agravante de la parte general del código al delito de homicidio, no se planteó la posibilidad de considerar a la figura del art. 104 del C.P. como un tipo de aplicación interferida en el caso, con la consecuente aplicación de la cláusula del segundo párrafo del art. 41 bis del mismo ordenamiento, como ahora lo plantea esa parte.

Por lo tanto, al haber mutado la defensa los motivos de agravio, las razones expuestas por el juzgador intermedio para rechazar las objeciones formuladas en esa sede respecto de la agravante



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

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

**P-128923-1**

mencionada quedan sin refutar y el nuevo planteo articulado en esta instancia resulta extemporáneo y no puede ser abordado por ese Superior Tribunal.

Han dicho VVEE al respecto que si se introduce de manera novedosa ante esa sede un tópico que no ha sido llevado a conocimiento de la instancia revisora, cambiando -de este modo- los motivos de agravio, el planteo formulado ante la instancia extraordinaria resulta intempestivo (conf. causas P. 94.431, sent. de 1/11/2006; P. 90.955, sent. de 20/12/2006; P. 101.265, sent. de 30/3/2011; P. 109.958 sent. de 5/10/2011; entre muchas otras), destacando puntualmente que las pretensiones que son fruto de una reflexión tardía no pueden ser introducidas originariamente ante esa Corte (cfr. P. 109.482, sent. de 11/7/2012 y sus citas).

Sin perjuicio de ello, considero oportuno recordar que ha señalado reiteradamente esta Procuración General que la agravante que prevé el art. 41 bis del C.P. resulta aplicable en los casos en que el tipo objetivo requiere la concurrencia de violencia o intimidación y ésta se concrete mediante el uso de un arma de fuego. El tipo penal del homicidio simple, figura en la que se ha sustentado la condena que viene recurrida, no contempla para su tipificación la utilización de armas, ni de fuego ni de otra especie. Ello resulta indudable no sólo a partir del estudio de la figura básica, sino teniendo en cuenta que en los casos en que el legislador pretendió establecer una figura agravada por el medio empleado para causar la muerte, lo hizo de manera expresa, como surge de los incs. 2 y 5 del art. 80

del C.P.

En consecuencia, la argumentación ensayada por la defensora se sustenta en afirmaciones dogmáticas, omitiendo por completo el análisis de los alcances del último párrafo del artículo 41 bis, en cuanto claramente determina su inaplicabilidad para los casos en que la circunstancia agravante ya mencionada *"se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate"*.

El encuadramiento legal de los hechos bajo juzgamiento en las previsiones del delito de homicidio simple, incrementándose la escala penal correspondiente de conformidad con lo preceptuado por el art. 41 bis, no revela en modo alguno una doble valoración toda vez que -como señalé- la figura básica del homicidio no contiene referencia alguna a la utilización de un arma de fuego.

En el mismo sentido han expresado VVEE: *"[d]ado que la figura contemplada por el art. 79 del C.P. no alude a ningún medio ejecutivo en particular, el empleo de un arma de fuego para cometer el homicidio queda captado por el art. 41 bis, que agrava la escala penal y deja el caso fuera del alcance de la excepción del segundo párrafo"* (causa P. 113.339, sent. de 18/6/2014).

Asimismo, ha dicho esa Corte que: *"[e]l 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*



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

P-128923-1

*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" (P. 120.686, sent. de 24/5/2016).*

Sentado lo anterior, observo que la parte no cuestiona debidamente los fundamentos de la sentencia, exhibiendo su discrepancia sin realizar una impugnación concreta, directa y eficaz de las motivaciones esenciales que contiene el fallo cuestionado. Así, insiste con la inadecuada aplicación de la agravante genérica al delito de homicidio, mas no cuestiona los argumentos brindados por el *a quo* para fundar dicho encuadre legal (v. fs. 101), circunstancia que impone el rechazo de la queja también en este punto.

V. Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa de Juan Guillermo Moreno.

La Plata, 4 de septiembre de 2017.

  
Julio M. Conte-Grand  
Procurador General

