



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

P-128955-1

"Zeballos, Gustavo Ezequiel.
Recurso Extraordinario de
Inaplicabilidad de Ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. El Tribunal en lo Criminal nro. 4 del Departamento Judicial Morón, con integración unipersonal y en el marco del juicio abreviado aprobado en la causa, condenó a Gustavo Ezequiel Zeballos a la pena de trece años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil y coautor del delito de robo con resultado muerte, en concurso real (ver fojas 207/237).

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal, por mayoría, rechazó el recurso de la especialidad presentado para impugnar ese fallo (ver fojas 279/288).

Frente a esa decisión, la Defensora Oficial Adjunta ante el órgano intermedio presentó recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, cuya admisibilidad fue resuelta favorablemente en esa instancia (ver fojas 298/303 y 310/312, respectivamente).

II. La recurrente sostiene que el fallo dado es arbitrario, en tanto se basó en afirmaciones dogmáticas que no abastecen el requisito de fundamentación de los pronunciamientos judiciales, de

conformidad con la doctrina legal de la Corte Federal y de VVEE.

Asimismo, aduce errónea aplicación del artículo 41 bis del Código Penal en relación al artículo 165 del mismo cuerpo normativo.

En forma subsidiaria, propicia la inconstitucionalidad de la norma mencionada por violación del principio de legalidad y razonabilidad (arts. 1, 18, 28, 31 y cnc. de la CN).

Dando contenido a sus reclamos, destaca que el análisis realizado por la mayoría de la Casación no brinda respuesta satisfactoria a sus planteos. Agrega que ello no constituye una mera discrepancia sino que los argumentos dados no dan respuesta a sus planteos.

Tras recordar lo dicho por la Casación para mantener la aplicación de la agravante contenida en el artículo 41 bis del Código Penal, la Defensa indica que en el caso no sólo se afectó la propiedad sino que ese plus del empleo de armas de fuego fue el que determinó el encuadre del supuesto fáctico en función del art. 166 inciso 2 ° del Código sustantivo. Agrega que el empleo de esa particular violencia y el resultado lesivo constatado -el homicidio- que llevaron a subsumir el hecho en los términos del artículo 165, da cuenta de la plural afectación de bienes jurídicos, por la que la aplicación de una norma compleja como es la prevista en la última norma mencionada, debe ser analizada siempre en correlación con el particular robo que fuera del contexto (léase motivo u ocasión) en el marco



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

P-128955-1

del cual resultara el homicidio.

Afirma que no puede escindirse un tramo del otro -como erróneamente lo aduce la Casación- porque además de lo dicho, el hecho juzgado no es un homicidio agravado o uno simple en concurso real con el referenciado robo calificado, sino en un único evento, calificado en los términos del ya mencionado artículo 165.

Refiere que la mayoría de la Casación distingue, arbitrariamente, cuando no corresponde hacerlo, ya que donde la ley no lo hace no debe hacerse.

Luego de hacer mención al voto de la minoría del revisor, sostiene que además de la referida superposición de agravantes, se advierte con el criterio erróneo sostenido por los Magistrados, la superposición que aquellos niegan pues, sea aquella absoluta o relativa, en modo alguno resulta admisible por conculcar la prohibición de múltiple persecución penal.

En forma subsidiaria, la impugnante propicia la inconstitucionalidad del artículo 41 bis del Código Penal, por afectar al principio de legalidad (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 9 de la CADH; 15.1 del PID y P; 11.2 de la DUDH y 11 y 25 de la C.Pcial.).

Señala que la norma en cuestión contiene un texto indeterminado y general que no satisface las exigencias de precisión derivadas del Estado Constitucional de derecho y del principio de culpabilidad, siendo la

técnica legislativa utilizada imprecisa, inexacta y desprolija al trasladar al ámbito de la tipicidad aquello que se analizaba al momento de la determinación de la pena. Así pues, dice, al contemplar una cláusula general que remite a la parte especial, incorporando un elemento típico (arma de fuego) y elevando los marcos de las escalas penales.

Completa su análisis con consideraciones vinculadas a la máxima "nullum crimen nulla poena sine lege certa".

III. En mi consideración, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por la Defensora Oficial Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal a favor de Gustavo Ezequiel Zeballos, no puede prosperar.

Ello así, pues la posición expuesta por la mayoría de la Casación resulta coincidente con la doctrina legal de esa Corte en la materia.

Inicialmente, la señora Ministro, doctora Kogan, con el acompañamiento del doctor Soria, sostuvo que *"resulta claro que se está en presencia de una figura compleja y que por tanto, ambos bienes jurídicos se encuentran bajo su protección por igual. Ubicada a continuación del tipo básico robo simple (art. 164, CP), sus elementos constitutivos resultan ser el 'robo' y el 'homicidio', éste resultante en el marco del primero. En ese sentido, el art. 165 hace referencia al tipo básico, pues alude a 'con motivo u ocasión del robo' y no 'de un' robo, remitiendo a la acción*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

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

P-128955-1

base descripta en el art. 164 del Código Penal, sin relevar más elementos típicos que los allí estipulados. De igual modo lo hacen las distintas hipótesis de los arts. 166 y 167, que si bien no son de naturaleza 'compleja', también resultan figuras dependientes de aquél. El elemento 'arma de fuego' no se encuentra absorbido por la figura 'robo con resultado homicidio'. Prueba de ello es que el robo con resultado homicidio puede ser cometido sin armas. De ahí que ambas figuras sean independientes en cuanto a sus elementos configurativos, sin perjuicio del modo como concurran en el caso particular (...) debe destacarse que la circunstancia de que el robo se haya gestado con armas de fuego de su legítima ponderación como medio utilizado para la ejecución del homicidio cuando -como el caso de autos-, así ocurra y que tal circunstancia repercuta en la pena, no obstante el perfeccionamiento del complejo del art. 165 del Código Penal. Por el contrario, resulta ilógico a la luz de la doctrina de esta Corte 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 perpetrado con tales armas (doct. arts. 41 bis, 79, CP; P. 102.647, sent. del 19/8/2009, e/o)" (cfr. P. 108.548, sent. del 27/11/2013, voto de la Dra. Kogan).

En esa misma oportunidad incorporó la señora Ministro un argumento adicional de particular relevancia al destacar la clara asimetría que se verificaría entre los arts. 165 y 79, en función del 41 bis (un caso de homicidio con arma de fuego) pues "el robo con homicidio parte ya de un piso inferior (diez años) al mínimo de la escala penal establecida para

el art. 79, en función del 41 bis (diez años y ocho meses)" (cfr. P. 108.548 citado).

Esta postura fue minoría en aquella oportunidad, pero fallos posteriores han revertido la situación, y actualmente se ha convertido en doctrina legal de esa Suprema Corte al ser apoyada mayoritariamente en los precedentes P. 111.421, sent. del 18/06/2014; P. 117.092, sent. del 13/08/2014; P.113.164, sent. del 03/12/2014; P. 117.819, sent. del 19/02/2015; P. 112.049, sent. del 18/03/2015 y P. 119.265, sent. del 26/10/2016, entre otras.

Así entonces, al igual que lo hizo la mayoría de la Casación considero aplicable al caso la agravante, teniendo en cuenta que en autos se encuentra debidamente acreditada la utilización de un arma de fuego en la ejecución del hecho cuya participación se les atribuye a los imputado y que la figura del artículo 165 del Código Penal aplicada para encuadrarlo legalmente no contempla en su estructura el uso de ese tipo de armas como exigencia típica.

El planteo subsidiario, vinculado con la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal por afectación del principio de legalidad, tampoco puede prosperar.

Ello así pues, al dar tratamiento a ese agravio, la mayoría de la Casación indicó que: "... nuestro más Alto Tribunal Provincial en la causa P. 103.838 (sent. del 09-IX-09) al sostener que "...la sola



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

P-128955-1

circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación a los tipos penales pertinentes de la Parte Especial, no constituye una afectación del principio de legalidad..." (ver fojas 287vta.).

Frente a esa fundamentación, la impugnante se limita a reiterar los argumentos esbozados en la etapa intermedia, desentendiéndose de la respuesta que le diera la Casación para desechar su planteo, circunstancia que reviste de insuficiente este tramo de la queja (conf. dct. arg. 495 del CPP).

IV. Por lo expuesto, considero que esa Corte debe rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la Defensora Oficial Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal a favor de Gustavo Ezequiel Zeballos.

La Plata, 4 de junio de 2017.
JUAN ANGELO DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

