



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

P-128960-1

"Guzmán, Walter Esteban
s/ recurso de casación"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso homónimo interpuesto por la Defensa Oficial en favor de Walter Esteban Guzmán, quien había sido condenado por el Tribunal en lo Criminal N ° 5 del Departamento Judicial de Quilmes a la pena de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor responsable del delito de robo agravado por el resultado de muerte, y por su comisión con arma de fuego (fs. 98/104 vta.).

II. Contra esa decisión, la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 111/118 vta.).

La recurrente denuncia la errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal en relación al delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 de igual cuerpo legal). Sostiene que la cuestión planteada gira en torno al aumento del reproche fundado en una norma que no debió ser aplicada al caso, ya que la figura en cuestión crea un tipo penal distinto del contemplado en el supuesto básico, desplazándose -la circunstancia de la utilización de un arma de fuego- del ámbito de la determinación de la pena hacia la integración del injusto.

Aduce que el art. 165 del digesto de fondo contiene, dentro del tipo, la utilización de armas de fuego, y que cuando el

legislador ha querido agravar los modos comisivos del homicidio, lo ha hecho expresamente en el art. 80 del Código Penal. Manifiesta a continuación, que en la figura del art. 166 inc. 2 ° del digesto de fondo ya está contemplado el uso de armas de fuego, alegando en consecuencia que rige la excepción del último párrafo del art. 41 bis de igual legislación, solución que extiende al ámbito de aplicación de la figura contemplada en el art. 165 del Código Penal atento que el dolo de homicidio se perfecciona con la afectación de la vida, estimando que poco interesa cuánto se elevó ese riesgo si, en definitiva, el tipo legal se configura con la realización del riesgo en el resultado.

De igual modo, y con referencia a lo fallado por ese Superior Tribunal en la causa P. 113.790, solicita se case la sentencia impugnada y se deje sin efecto la agravante referida.

En forma subsidiaria, plantea la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal.

Sostiene que la decisión del Tribunal de Casación Penal consagra la conculcación del principio de legalidad establecido constitucionalmente, al aplicar al *sub examine* la agravante genérica contemplada en la norma mencionada, la que fuera sancionada por el legislador en franca violación de la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Cita, en apoyo de su postura, los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación; 9 de la C.A.D.H.; 15, apartado 1 del P.I.D.C. y P.; 11, apartado 2 de la D.U.D.H.; 11 y 25 de la Constitución provincial. Asimismo, alude al precedente "Mussotto" de la Corte Suprema de Justicia de



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

P-128960-1

la Nación.

Por otro lado, alega que del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 25.297, que introdujo la norma cuestionada, surgía que el propio legislador nacional había dejado en claro que dicho proceso legisferante estaba encaminado a consagrar una ley que no respetaba parámetros constitucionales, sino a brindar respuesta a la necesidad de detener la ola de inseguridad que afecta al país, al igual que se expuso que no se podía modificar delito por delito sino que, para una mejor sistematización, debía ser tratado en la Parte General del digesto de fondo.

Expresa que ante el claro reconocimiento de la violación del límite de estricta legalidad, se vulnera el art. 18 de la Carta Magna y lo prescripto por el derecho internacional de los derechos humanos al respecto. Finalmente, alega que resulta irrazonable una disposición que aumenta las escalas penales por el peligro que importa el uso de armas de fuego, agregando que el delito de homicidio en ocasión de robo no puede agravarse por el peligro -concreto o abstracto- de su utilización.

Peticiona se declare la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal.

Por último, la recurrente denuncia la arbitrariedad del pronunciamiento por ausencia de fundamentación del monto de pena. Cita la doctrina legal de esa Corte en causas P. 81.527, P. 83.260 y P.90.327 y denuncia violación al art. 18 de la Constitución nacional.

Manifiesta que, aunque no se hayan computado

atenuantes, la pena que impuso el tribunal de origen a su asistido resultaba excesiva. Afirma que el órgano revisor convalidó la sanción sin analizar la culpabilidad del procesado, violentando a su vez el principio de proporcionalidad de las penas.

III. El Tribunal de Casación concedió el recurso (v. fs. 119/120) y las actuaciones fueron remitidas por esa Suprema Corte a esta Procuración General, a los efectos de emitir dictamen.

IV. Los planteos no pueden tener acogida favorable.

Respecto a la denunciada errónea aplicación del art. 41 bis del digesto de fondo, cabe decir que el órgano casatorio -por mayoría- determinó que la agravante es aplicable a todas las figuras típicas de la parte especial de la ley sustantiva, agregando que: "el artículo 165 del C.P. no hace referencia alguna ni al género `armas' ni a la especie `de fuego' y por tal motivo el ilícito en tratamiento no se encuentra atrapado por la excepción que -en el segundo párrafo- contempla la citada norma. Por lo demás resulta evidente que el empleo de un arma letal -en el caso de calibre 9- revela en el homicidio resultante cierto grado de preordenación, incrementa las posibilidades de éxito de la empresa e implica finalmente disposición de medios para delinquir" (v. fs. 102).

Teniendo en cuenta lo antes transcripto, observo en primer lugar que la impugnante se abstiene de controvertir en forma eficaz los fundamentos aludidos, oponiendo a lo dicho una simple opinión personal y



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

P-128960-1

dogmática que no logra evidenciar la supuesta errónea aplicación legal que denuncia. Media, entonces, insuficiencia (doct. arg. art. 495 del ritual). Por lo demás, cabe destacar que la violencia es inherente al delito de homicidio y que resulta inadecuada la aplicación en el caso de la regla de exclusión prevista en el segundo párrafo del art. 41 bis del Código Penal, pues el tipo penal efectivamente aplicado (art. 165 de idéntico cuerpo legal) no hace referencia expresa al uso de armas de fuego como medio comisivo.

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

De igual modo, es preciso destacar 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 CP, P. 102.647, sent. del 19/08/2009, e.o.; Plenario 36.328 del 22/04/2013). 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 18/06/2014; e.o.)" (causa P. 117.049, sent. del 18/03/2015, en el mismo sentido P. 114.298, sent. de 01-04-2015).

Así entonces, considero aplicable al caso la agravante cuestionada por el impugnante, teniendo en cuenta que en autos se encuentra debidamente acreditada la utilización de un arma de fuego en la ejecución del hecho cuya coautoría se atribuye al imputado y que la figura del art. 165 del Código Penal aplicada para encuadrarlo legalmente no contempla en su estructura el uso de ese tipo de armas como exigencia típica.

Finalmente, debo decir que la parte no ensaya explicación alguna del sentido de la mención efectuada sobre lo fallado en la causa P. 113.790, no obstante la manifiesta disimilitud existente entre la situación de autos y la que originó el dictado de aquel pronunciamiento, a través del cual esa Suprema Corte rechazó, por razones de insuficiencia, el recurso de la fiscalía que perseguía la aplicación del art. 41 bis al art. 165 del Código de fondo, sin hacerse cargo de los fundamentos en contrario brindados en esa oportunidad por el órgano casatorio.

Por otro lado, resta mencionar que el planteo por el cual se solicita la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal



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

P-128960-1

resulta novedoso desde que no fue llevado a conocimiento del Tribunal de Casación (v. fs. 25/38 vta. y 52/57 vta.), circunstancia que impide el tratamiento por parte de ese Superior Tribunal (arg. doct. art. 451 CPP, conf. doct. en causas P. 59379, sent. del 26/10/1999; P. 78901, sent. del 07/11/2001; P. 83921, sent. del 09/10/2003; P. 78264 y P. 81375 ambas con sent. del 10/09/2003; P. 94431, sent. del 01/11/2006; P. 95864, sent. del 04/07/2007; P. 92528, sent. del 28/11/2007; P. 100600, sent. del 09/04/2008; P. 94467, sent. del 07/05/2008; P. 104249, sent. del 13/05/2009; P. 98452, sent. del 30/09/2009; P. 105465, sent. del 10/03/2010; P. 102136, sent. del 14/04/2010; P. 105494, sent. del 09/06/2010 y P. 108290, sent. del 12/12/2012, sent. del 19/02/2015; P. 112.049, sent. del 18/03/2015 y P. 119.265, sent. del 26/10/2016, entre otras).

Además, especialmente respecto de planteos relativos a la declaración de inconstitucionalidad de normas, ésta resulta ser la postura adoptada por ese Superior Tribunal al fallar en las causas P. 107711, P. 105657 y P. 103644, sent. del 6, 13 y 26/10/2010, respectivamente, P. 109650 sent. del 03/11/2010, P. 107282 y P. 106642 ambas sent. del 09/12/2010; P. 111439, sent. del 03/05/2012; P. 109712, sent. del 06/07/2012; P. 109603, sent. del 13/07/2012; P. 108463, sent. del 07/09/2012; P. 105747, sent. del 21/09/2012 y P. 108290, sent. del 12/12/2012; P. 119093 sent. del 05/11/2014, entre otras.

Tampoco puede ser atendido el último de los agravios, pues, a mi modo de ver la recurrente se limita a tratar de imponer su

propia opinión subjetiva, contraria a la del juzgador, sin lograr demostrar que la pena de diecisiete años de prisión determinada resulte -más allá de que pueda o no compartirse el criterio del órgano casatorio- arbitraria o infundada.

En particular, no desarrolla ninguna argumentación para fundar los cuestionamientos que formula en torno a los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, quedando los planteos en el plano meramente dogmático.

Por lo demás, no se advierte la mínima fundamentación exigible en la causal de arbitrariedad que viene alegada con sustento en que el Tribunal de Casación se habría apartado de los precedentes "Laportilla", "Spíndola", "Ruiz" y "Castillo" de la Suprema Corte, pues la parte que lo invoca debe hacerse cargo de las diferencias causídicas entre dichos precedentes y las concretas circunstancias de los autos bajo análisis de modo tal de explicitar por qué, pese a esas relevantes divergencias, la solución debía ser la misma.

Concluyendo, cabe destacar que resulta ser doctrina reiterada de VVEE el hecho de que si se interpretase que el agravio del recurrente involucra -además- un cuestionamiento expuesto en los carriles formales propios de la vía extraordinaria local intentada respecto a la magnitud de sanción dispuesta por el órgano casatorio, el criterio divergente de la parte respecto de la incidencia sobre el quantum de la pena a aplicar de las circunstancias agravantes computadas -cuya existencia y sentido asignado no viene discutido- no implica ni significa violación legal alguna (causas P.



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

P-128960-1

110643, sent. del 21/09/2011, entre otras).

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

La Plata, 8 de junio de 2017.

JUAN ANGELO DE QUIROGA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

