



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

P-129085-1

"Vivas, Alejandro Milton s/
Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el Agente Fiscal contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial La Matanza que había condenado a Milton Alejandro Vivas a la pena dos años de ejecución condicional, costas y reglas de conductas, por ser considerado partícipe necesario penalmente responsable del delito de disparo de arma de fuego agravado. En consecuencia, condenó al encausado a la pena de tres años y seis meses de prisión, como instigador de disparo de arma de fuego agravado por la causa (fs. 83/93).

II. Contra dicho pronunciamiento, el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 104/111 vta.).

Denuncia el recurrente que la sentencia atacada infringió la prohibición de *refomatio in peius* y excedió la jurisdicción afectando el principio de imparcialidad, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso. También alega violación a la garantía de "no arbitrariedad" de las sentencias judiciales (arts. 18, 33, 75 inc. 22, CN; 171, Const. Prov.; 8.1 y 8.2, CADH y 14.1 y 14.3, PIDCyP).

Señala que en el recurso de casación interpuesto

por el Fiscal se agravió de la calificación legal atribuida a los hechos, sin que aquel porte una denuncia vinculada al monto de la pena impuesta o a la modalidad de ejecución y que sólo al final de aquel se hizo mención al monto de la pena, pero no como agravio independiente sino como una consecuencia lógica del cambio de calificación legal que solicitaba (fs. 108 vta).

Destaca que al momento de resolver el Tribunal de Casación Penal, desestimó el cambio de calificación legal pretendido por la Fiscalía, pero incurriendo en exceso de jurisdicción, modificó en perjuicio del imputado el monto de la pena y la modalidad de ejecución de la misma, por lo que transgredió la prohibición constitucional de la *reformatio in peius*, afectando ilegítimamente la situación obtenida por el imputado.

Expone el impugnante que es pacíficamente aceptado que en materia recursiva rige la máxima "*tantum devolutum quantum apelatum*", que significa que la competencia sobre el objeto procesal del tribunal de alzada está delimitada por los agravios planteados por la parte recurrente. De esa manera, la cuantía de la pena impuesta en orden al delito de abuso de arma de fuego no fue discutida, por lo que se encontraba firme, careciendo de ese modo el *a quo* de competencia para modificar el monto de la pena, por resultar ella una cosa juzgada.

Afirma que la jurisdicción del Tribunal revisor estaba fijada por el *thema dicidendum*, que exigía sólo expedirse sobre el cambio de calificación legal petitionado, y que sólo en caso de hacerse lugar a ese planteo se podría imponer una nueva pena acorde al nuevo encuadre



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

P-129085-1

jurídico. Cita el precedente "Garrafa" de la C.S.J.N. referido a los alcances del exceso jurisdiccional.

Por ello es que concluye este tramo señalando que la sentencia atacada es arbitraria pues la modificación de la cuantía de la pena y su modalidad, fueron dispuestas sin que haya variado el encuadre jurídico del hecho ni las circunstancias valoradas en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal, evidenciando ello un exceso de jurisdicción.

Por otro lado, denuncia que la sentencia impugnada resulta arbitraria, dado que ha resultado, prescindiendo u omitiendo, lo preceptuado por los artículos 434 y 435 del C.P.P, desde que no le estaba permitido revisar al órgano de alzada el tratamiento del monto punitivo, si no era como consecuencia de haber resultado primero, de manera positiva, la petición fiscal (fs. 110 vta). Cita doctrina y nuevamente el fallo "Garrafa" y "Escudero" en su apoyo.

Por último, agrega que la sentencia atacada es arbitraria por no explicitar los fundamentos de la pena impuesta, inclusive luego de analizar y mantener inalterables las circunstancias atenuantes y agravantes valoradas por la primera instancia (fs. 111).

III. El Tribunal de Casación Penal resolvió conceder el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 112/113), y la Secretaría Penal de la Suprema Corte de Justicia confirió traslado a esta Procuración General (fs. 120).

IV. En mi parecer, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en autos debe ser rechazado.

Como ya se reseñó, el Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial La Matanza condenó a Milton Alejandro Vivas a la pena dos años de prisión de ejecución condicional, costas y reglas de conductas, por ser considerado partícipe necesario penalmente responsable del delito de abuso de arma agravado por tratarse la víctima de un miembro de una fuerza de seguridad policial (arts. 105 en función del art. 80 inc. 8°, todos del CP).

Contra dicho pronunciamiento, el Agente Fiscal interpuso recurso de casación, agraviándose de la errónea aplicación de la ley sustantiva y de la imposición de una pena muy por debajo -sustancialmente inferior a la mitad- de la requerida por el Ministerio Público Fiscal (fs. 28), propugnando que el hecho sea calificado legalmente como "homicidio doblemente agravado por tratarse la víctima de un miembro de las fuerzas de seguridad y por el empleo de arma de fuego, en grado de tentativa" (fs. 31), en calidad de coautor (v. fs. 30 y vta.), y que se case el pronunciamiento (sólo en lo que hace al anclaje legal y la pena impuesta)" (fs. 31).

A su turno, el Fiscal Adjunto de Casación Penal, expresó que mantenía el recurso interpuesto por el Sr. Agente Fiscal, solicitando que se haga lugar al mismo (fs. 84 vta).

En este contexto, considero que no se configura la violación a garantías constitucionales denunciada -prohibición de



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

P-129085-1

reformatio in peius y exceso de jurisdicción-, en la medida en que la actuación del tribunal revisor se ajustó a las reglas formales vigentes, sin vulnerar en modo alguno las garantías del imputado.

Ello queda así demostrado, pues el fiscal pretendía la recalificación legal y el aumento de pena -luce a fs. 4 vta./5, que en el debate oral el fiscal requirió la pena de trece (13) años de prisión-, en base al tipo penal endilgado. Aún así, el recurrente habilitó a la instancia casatoria para revisar la pena, pues ella es el resultado de la culpabilidad por el hecho y como se observa de las constancias de autos, el suceso nunca varió.

En particular, no puede tenerse por configurada la violación al principio de *reformatio in peius*, que tiene expresa recepción en el Código de Procedimiento Penal, en cuanto establece que "las resoluciones recurridas sólo por el imputado o en su favor, no pueden revocarse, modificarse o anularse en su perjuicio" (art. 435 del C.P.P.).

En esta línea, esa Suprema Corte Provincial tiene dicho que: "[l]a prohibición de la *reformatio in peius*, uno de los principios sustanciales que rigen el sistema de impugnaciones al que tiene derecho el imputado, implica que el órgano al que se le reclama que realice un nuevo examen de la decisión jurisdiccional atacada no puede reformar la decisión o exceder el motivo del reclamo en perjuicio del imputado cuando sólo su impugnación abrió la vía recursiva (resaltado propio, conf. "El control de las decisiones judiciales", en *Derecho Procesal Penal*, AAVV, director Carlos

Alberto Chiara Díaz, ed. Astrea, 2013, T. II, p. 191)." (causa P. 117.842, sent. del 1/7/2015).

Notoriamente, al existir recurso fiscal es de imposible alegación la violación a tal principio procesal, y similares consideraciones merece el planteo de "exceso de jurisdicción", desde que, como ya se mencionó, el recurso portaba el planteo de "aumento de pena", en un monto sustancialmente superior al aplicado en definitiva.

En relación al agravio conectado a la arbitrariedad en la interpretación de la norma procesal y la falta de fundamentación de la pena, cabe recordar en primer lugar que *"el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado"* (C.S.J.N., Fallos t. 310, pág. 234)" y que es inatendible el planteo cuando el autor de la queja no pone en evidencia la existencia de esos graves defectos denunciados (conf. P 111.869 sent. del 29/5/2013, entre muchas otras), como ocurre en el caso, en el que el apartamiento injustificado de la doctrina del fallo "Garrafa" no encuentran paragón alguno con las particularidades de la presente.

Por otro lado, el recurrente no consigue establecer la existencia de esa relación directa e inmediata que debe darse entre las cuestiones debatidas, lo resuelto y las normas constitucionales supuestamente infringidas, pues no logra conectar las violaciones alegadas,



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

P-129085-1

esto es, interpretación de la norma procesal con los principios constitucionales del derecho de defensa en juicio y debido proceso legal.

Por último, en relación a la falta de fundamentación de la pena, cabe recordar que el *a quo* no sólo modificó el monto de pena y su modalidad, sino también el encaje legal de la conducta, pues Vivas fue declarado "instigador". Sin embargo, y a pesar de esa mutación en nada altera los alcances del art. 45 del C.P. en relación a la pena, se indicó que "los artículos 40 y 41 no establecen un sistema categorizado que permita automáticamente aumentar o disminuir la pena a aplicar en relación a los hechos probados, por lo que lo relativo a la justa medida de la sanción es facultativo de los jueces acerca de cómo debe individualizarse el reproche.// En ese orden de ideas, entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso fiscal, estimando justo condenar a Milton Alejandro Vivas a la pena de tres años y seis meses de prisión [...] sin que ello implique ni signifique violación legal alguna (artículo 448 "a contrario" del Código Procesal Penal)" (fs. 90/90 vta.).

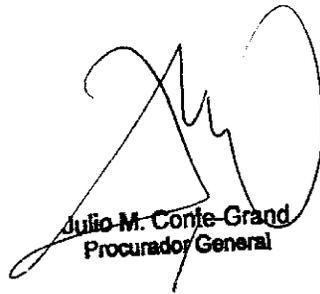
Lo allí expuesto, es la fundamentación que desplegó el *a quo* para arribar a la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión de efectivo cumplimiento, y más allá de su acierto o error, el recurrente no se ocupó de ella, de modo que no consigue demostrar la arbitrariedad que denuncia.

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

P-129085-1

interpuesto en autos por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación
Penal en favor de Milton Alejandro Vivas.

La Plata, 3 agosto de 2017.



Julio M. Conte Grand
Procurador General