



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

P-129104-1

"Cabrera, David Martín s/
Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala VI del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por el defensor particular contra el pronunciamiento dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial San Martín que condenó a David Martín Cabrera a la pena de catorce (14) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio simple con ampliación de la agravante del art. 41 bis del C.P (fs. 66/73).

II. Contra dicho pronunciamiento, el defensor de confianza del imputado interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 88/95 vta.).

Denuncia el recurrente, como primer agravio, la errónea aplicación del art. 79 del Código Penal. Transcribe tramos de la sentencia del tribunal de mérito, vinculados a la acreditación del aspecto subjetivo del tipo penal endilgado y señala que tales argumentos son "aparentes".

Señala que el *a quo* no utilizó aquellos argumentos, pero se limitó a convalidar las conclusiones del tribunal de origen con cita de los dichos del experto Raúl Osvaldo Donadueno, sino que además

realizó una selección de prueba, ignorando aquella con carácter dirimente y en perjuicio del imputado. Agrega que las declaraciones de Donadueno echan por tierra la construcción tendiente a descartar el error de tipo vencible y el cambio de calificación legal hacia una modalidad culposa.

Por otro lado, arguye que las declaraciones de Donadueno son genéricas, pues no hay una referencia concreta a las vainas servidas secuestradas en la investigación penal preparatoria, respecto de las cuales pueden verse las fotografías agregadas a las actuaciones, lo que torna arbitraria la sentencia.

Por lo expuesto en este tramo, requiere que la conducta imputada a su asistido sea calificada conforme el art. 84 del C.P., pues desde el aspecto subjetivo existe una "culpa consciente" y no dolo homicida.

Como segundo agravio, denuncia la errónea aplicación del art. 41 bis del C.P., en tanto la situación de Cabrera queda al margen de la doctrina emergente del plenario n° 36.328 del Tribunal de Casación Penal. Señala que su asistido tiene la condición de policía, lo que implica que es el Estado quien le provee un arma de fuego, lo que permite inferir que debe excluirse la agravante en cuestión, en tanto se produce una inconsistencia entre los arts. 14 de la ley 13.482 y 41 bis del C.P.

Reseña y critica el voto del Dr. Kohan, indicando que el funcionario portaba "ex ante" el arma de fuego y la comprobación de la aplicación de la agravante es "ex post", por lo que la



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

P-129104-1

actividad posterior no deroga aquel permiso.

En otro tramo, reseña el precedente n° 36.328 del Tribunal de Casación Penal, donde se ha sostenido que la agravante del art. 41 bis del C.P. tiene como fundamento el peligro que deriva del uso de esos implementos, pero es irrazonable relevar un peligro que está absorbido en la muerte, desde que la imputación no puede desdoblarse y revalorizar tramos que ya han tenido recepción en la faena de calificar el hecho.

En consecuencia, sostiene el recurrente, la autorización estatal para portar armas de fuego, implica asumir el riesgo de su uso por parte del personal policial.

Por último, expone que el *a quo* sostuvo que el delito de homicidio fue cometido con "dolo eventual", pero que el art. 41 bis del C.P. reclama, para su aplicación, dolo directo, pues tanto la violencia como la intimidación deben, por su naturaleza, responder a ese esquema de tipicidad subjetiva, no admitiendo la culpa ni el dolo eventual.

III. El Tribunal de Casación Penal resolvió conceder el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 99/100 vta.).

IV. El recurso incoado, no puede ser acogido.

En primer lugar, es evidente que el recurrente reedita los planteos llevados a la instancia intermedia, trayendo cuestiones de hecho y prueba, ajenas a la competencia extraordinaria de esa Suprema Corte de Justicia, en particular cuando no se demuestra la concurrencia de absurdo o arbitrariedad.

Al interponer el recurso de casación la defensa planteó: a) nulidad por indefensión, b) errónea aplicación de la ley sustantiva -art. 79, CP- e inobservancia del art. 84 del mismo cuerpo legal y c) errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P., requiriendo la aplicación del mínimo de la escala penal.

En lo que aquí interesa, el Tribunal trató en primer término el planteo referido al error de tipo vencible, indicando que *"...la cuestión fue abordada especialmente por el a quo, al señalar, apoyándose en los dichos del experto en la materia, instructor Donadueno, que ninguna importancia tiene el color del cartucho para diferenciar la carga, ni su peso, ya que lo que define la carga son las siglas que se encuentran grabadas en el culote, justamente para evitar errores fatales, porque el color es una elección del fabricante, pues puede ser de color verde el cartucho y tener posta de goma o de guerra, de modo tal que resultando Cabrera una persona entrenada y con conocimientos especiales de su profesión, la especulación en torno a un hipotética confusión que introduce el defensor carece de asidero.// El fundamento reseñado resulta suficiente para desestimar el cambio de calificación pretendido, y al no haber sido rebatido por el recurrente, torna innecesario tener que expedirme sobre los restantes argumentos adicionales que a mayor abundamiento utilizaran los sentenciantes."* (fs. 71 vta.).

El recurrente no se ocupa de rebatir estos argumentos que, desde la instancia de mérito, han sido esgrimidos para



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

P-129104-1

descartar la posibilidad fáctica de un error sobre las concurrencia de las exigencias del tipo objetivo correspondiente a la figura aplicada.

Cabe recordar que *"[u]na incorrecta apreciación de los aspectos fácticos de la sentencia puede conllevar a una aplicación errónea de la ley sustantiva, en especial respecto de la exactitud de la subsunción legal, con excepción de los casos de absurdo precisamente alegados y demostrados no corresponde a esta instancia extraordinaria revisar errores sobre los hechos invocados por el recurrente"* (P. 104.426, sent. de 22/4/2009, P. 114.722, sent. de 3/10/2012, entre otros).

Ello viene a cuento, pues el recurrente se disconforma, por un lado, con la remisión efectuada por el *a quo* a los dichos del experto Dunadueno e indica, por otro lado, que las vainas servidas carecen de las iniciales distintivas en el culote, cuestiones que se refieren exclusivamente a la valoración de la prueba y que no pueden ser discutidas en esta sede.

Es dable recordar, que el absurdo en la valoración de la prueba *"[e]s el error grave y manifiesto que quebranta las reglas que la gobiernan, y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias. Este vicio se patentiza, entonces, cuando se vislumbre un desvío notorio de la aplicación del raciocinio o una grosera degeneración interpretativa, empero no se abatece en supuestos en que las conclusiones del a quo pudieran resultar opinables, discutibles o poco convincentes a la luz de las circunstancias comprobadas de*

la causa. Tampoco cuando fundadamente se han preferido un tipo de probanzas en detrimento de otras, aunque éstas parezcan de mayor envergadura o de mejor porte para resolver el litigio" (P. 92.582, sent. de 9/4/2008).

El impugnante se limita, como indicara, a manifestar su discrepancia con el criterio valorativo seguido en las instancias ya transitadas, mas no consigue demostrar la existencia de un vicio que amerite, por vía de excepción, la revisión de esas cuestiones en esta sede extraordinaria (doct. arts. 494 y 495, CPP).

El segundo de los motivos de agravio tampoco puede ser atendido.

Corresponde señalar, en forma preliminar, que el Juez Maidana, ingresando a un agravio que no portaba el recurso de casación, sostuvo que era incoherente el agravamiento de la cuantificación punitiva a partir de la utilización de un arma de fuego, pues el imputado se trata de un funcionario público que se encuentra autorizado a portar el arma en cuestión (fs. 72).

La propuesta, formulada en los términos del art. 435 del C.P.P., no encontró apoyo en los restantes magistrados, pues el Juez Natiello indicó que la agravante prevista en el art. 41 bis del C.P. *"resulta aplicable a todas las figuras típicas de la parte especial de la ley sustantiva"*. Tal postura fue compartida por el Dr. Kohan, agregando que *"la provisión de un arma de fuego por los funcionarios de seguridad no está destinada a la*



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

P-129104-1

comisión de ilícitos sino más bien al cumplimiento de sus tareas, por lo que el accionar aquí endilgado queda atrapado por la agravante contenida en el art. 41 bis del C.P.". (fs. 72 vta.).

En el recurso extraordinario bajo análisis, el impugnante se limita a reeditar los argumentos esgrimidos por la postura minoritaria del pronunciamiento atacado, pero no rebate los fundamentos de la mayoría, lo que demuestra una clara insuficiencia en la técnica recursiva (art. 495, CPP).

A mayor abundamiento, es prudente recordar que al momento de resolver en causa P. 102.647 el 19/8/2009, esa Suprema Corte sostuvo que *"la violencia es inherente al delito de homicidio -apartado primero del art. 41 bis- y, de otro lado, su ejecución a través del empleo de armas de fuego no está expresamente establecida como elemento fundante o calificante del tipo penal.// El 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 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 (conf. versión taquigráfica de la 42"*

Reunión -15ª Sesión ordinaria, de 9-VIII-2000, Orden del día 742)".

Puede apreciarse que la ley de fondo no alude, ni lo ha hecho la doctrina legal basada en su interpretación, al origen del arma de fuego utilizada, a la legitimidad de su tenencia o portación, ni a particulares condiciones del sujeto activo, de modo tal que no corresponde distinguir, para excluir la aplicación de la agravante, donde la ley no distingue.

Por otra parte, ninguna incoherencia importa, como destacara la mayoría en la decisión atacada, computar el uso inapropiado e ilegítimo del arma provista por el propio Estado al integrante de una fuerza de seguridad para agravar el homicidio cometido con ella. No solo porque el arma ha sido provista para otros fines y con estrictas limitaciones de uso sino, además, porque la interpretación propuesta por el magistrado y recogida por el recurrente importaría tanto como limitar la aplicación de la agravante a los casos de tenencia ilegítima de armas de fuego y descartarla cuando el homicida fuera un legítimo usuario o portador. Esa interpretación, francamente inadmisibles, añade exigencias que la ley no contiene y reduce sin razón valedera su ámbito de aplicación.

Por todo ello, considero que corresponde rechazar también el segundo de los motivos de agravio.

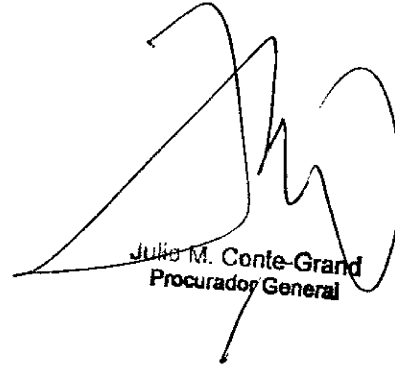
V. En virtud de lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado por el defensor de confianza de David Martín Cabrera (art. 496, CPP).



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

P-129104-1

La Plata, ¹ de *Septiembre* de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General

