



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

P-129138-1

"Leiva, Gastón Eduardo
s/ Recurso de casación"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto contra el pronunciamiento del Tribunal en lo Criminal N° 8 del Departamento Judicial Lomas de Zamora que condenó a Gastón Eduardo Leiva a la pena de veintiún años de prisión, accesorias legales y costas, con declaración de reincidencia, por encontrarlo coautor responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el empleo de armas de fuego y por la intervención de un menor de edad y autor de homicidio en grado de tentativa y lesiones leves, todos en concurso real (v. fs. 134/143).

II. Contra esa decisión interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el imputado por derecho propio, con el patrocinio letrado de la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación (v. fs. 156/163 vta.).

En primer lugar, denuncia la errónea aplicación del art. 41 bis del C.P., indicando que la norma del art. 165 del C.P. contiene dentro del tipo la utilización de arma de fuego. Ello, en virtud de que cuando el legislador ha querido agravar los modos comisivos del homicidio lo ha hecho expresamente en el art. 80 del C.P..

Asimismo, sostiene que en el caso de autos se ha utilizado un arma de fuego para la comisión del robo en el marco en el que se

produjo el hecho fatídico. Señala que así es claro que para poder aplicar el art. 165 del C.P., fue necesario desplazar el art. 166 del C.P., por mediar entre ambas figuras un concurso aparente o unidad de ley.

Afirma que no tiene ninguna lógica y, a la postre, resulta violatorio de la prohibición de doble persecución (arts. 18, CN y 8.4, CADH) volver a valorar la utilización del arma de fuego aplicando el agravante del art. 41 bis del C.P. al art. 165 del mismo cuerpo legal

En segundo lugar, y en subsidio al planteo anterior, solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 41 bis del C.P., por violar el principio de legalidad, al aplicar una agravante genérica que transgrede la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Por último, el impugnante denuncia la arbitrariedad de la sentencia por ausencia de fundamentación del monto de pena. Cita la doctrina de la Suprema Corte en los precedentes P. 81.527, P. 83.260 y P. 90.327 y denuncia la contradicción del fallo con los arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional y 171 de la Constitución Provincial.

Considera que aunque no se hayan computado atenuantes, la pena que le impuso el tribunal oral y luego confirmó el órgano revisor resultaba excesiva. Entiende que no se analizó el grado de culpabilidad y que se violentó el principio de proporcionalidad de las penas.

III. El recurso fue concedido por el Tribunal de Casación Penal (v. fs. 180/181), remitiéndose las actuaciones en vista a esta Procuración General.



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

P-129138-1

IV. En mi opinión, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa de Gastón Eduardo Leiva no puede ser acogido en esta sede.

En primer lugar, surge de la lectura del recurso de casación, la sentencia y el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que el impugnante ha mutado los fundamentos por los que cuestiona la aplicación del art. 41 bis del C.P. respecto del homicidio en ocasión de robo previsto en el art. 165 C.P.

En efecto, en el recurso de casación la defensa de Leiva cuestionó la aplicación de la agravante genérica señalando que se lo consideró coautor por haber sido aprehendido conjuntamente con el menor de edad Díaz, a quien se le adjudica haber efectuado el disparo, desatendiendo que en el fuero respectivo aquél no ha sido condenado por el mismo delito, no haciendo ninguna alusión a la violación del principio *non bis in eadem* que ahora formula.

En ese contexto, es oportuno recordar que han dicho VVEE 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, cabe señalar que 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 mismo ordenamiento a aquel ilícito, sin incurrir en doble valoración alguna que pueda estimarse incompatible con la garantía del art. 8.4 de la C.A.D.H. (P. 111.421, sent. de 18/6/2014, P. 116.693, sent. de 1/4/2015), circunstancia que impide, a mi entender, el progreso del agravio traído por la defensa.

Ello no obstante, es preciso destacar, dando respuesta a la primera línea argumental de la recurrente, que se ha señalado expresamente en pronunciamientos en los que se confirma la vigencia de la doctrina legal citada, 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 C.P., P. 102.647, sent. del 19/VIII/2009, e.o.; Plenario 36.328 del 22/IV/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/VI/2014; e.o.)"* (P. 117.049, sent. de 18/3/2015, en el mismo sentido P. 114.298, sent. de 1/4/2015).



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

P-129138-1

Por otra parte, resultan estériles las consideraciones de la recurrente en torno a la modalidad particular de concurrencia aparente que vincularía a las figuras de los arts. 166 inc. 2, segundo párrafo, y 165 del Código Penal, pues es claro que en el caso ha operado el desplazamiento de la figura que alude al uso de armas de fuego por otra que no menciona esta circunstancia, de modo tal que no puede operar en el caso la cláusula de exclusión del segundo párrafo del art. 41 *bis* del mismo código.

Resta mencionar que el planteo subsidiario, por el cual se solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal, resulta novedoso desde que no fue llevado a conocimiento del Tribunal de Casación (v. fs. 97/111), circunstancia que impide el tratamiento por parte de ese Superior Tribunal (conf. P. 113.861, sent. de 12/11/2014; P. 105.750, sent. de 19/2/2015; P. 120.578, sent. de 22/12/2015; P. 125.765, sent. de 6/4/2016; P. 126.833, sent. de 2/3/2017, entre otras).

Por otra parte, y en lo que respecta de la denuncia de arbitrariedad por falta de fundamentación de la pena, advierto que contrariamente a lo manifestado por el recurrente, surge de la lectura del pronunciamiento atacado (v. fs. 140 vta./142) que la selección del monto de pena impuesto se encuentra expresamente fundada. De tal modo, la sentencia dictada no resulta arbitraria en los términos planteados y el recurrente trae afirmaciones dogmáticas desconectadas de los datos verificables de la causa, resultando ello un método ineficaz para conmover en modo alguno lo

decidido (arg. art. 495, CPP).

No debe olvidarse que la sola mención de preceptos constitucionales no basta para la debida fundamentación del recurso pues, de otro modo la jurisdicción de la Corte Federal sería privada de todo límite desde que no hay derecho que en definitiva tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional (Fallos 301:444; 305:2096; 310:2306 y sus citas).

En el caso es evidente que no se configura ninguno de los supuestos que configurarían la invocada “sentencia arbitraria”. Es decir, no se advierte que en el fallo el Tribunal de Casación se haya apartado inequívocamente del derecho aplicable, haya incurrido en omisiones sustanciales, sea una sentencia carente de fundamentación o basada exclusivamente en la opinión subjetiva de los sentenciantes.

En definitiva, las consideraciones vertidas por el recurrente al manifestar su disconformidad con el monto de pena que se le impusiera, se sustentan sólo en una visión diferente sobre la manera en cómo debe efectuarse el proceso de determinación judicial de la pena, sobre todo, tomando como premisa que el digesto sustantivo no contiene un determinado sistema legal para llevar a cabo la dosimetría, ni un punto de ingreso a la escala penal dentro del marco de las escalas previstas para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad por los arts. 40 y 41 del Código Penal (conf. P. 126.198, sent. de 28/12/2016 y sus citas). De este modo, la arbitrariedad denunciada aparece desprovista de fundamentos idóneos y el planteo debe ser desechado.

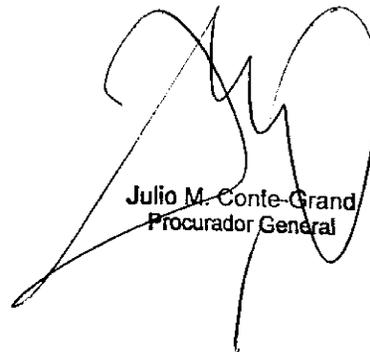


PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129138-1

VI. Por lo expuesto, estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley examinado.

La Plata, 6 de noviembre de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General

