



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

P-129187-1

"Castellani, Marcelo Enrique y otros s/ Recurso

extraordinario de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala VI del Tribunal de Casación Penal rechazó los recursos de casación interpuestos por los defensores de Gerardo Mereles, Juan Ramón Sanabria Sosa, Marcelo Enrique Castellani y Cristian Hemán Carril, contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial La Plata, que había condenado a los primeros a la pena de diecisiete años de prisión, a Castellani a dieciséis años de la misma especie de pena y a Carril a quince años de prisión, por resultar coautores penalmente responsables del delito de homicidio en ocasión de robo, en los términos de los arts. 165 y 41 bis del Código Penal (v. fs. 147/164).

II. Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la Defensora Adjunta de Casación Penal en favor de Sanabria Sosa, Castellani y Carril (v. fs. 177/184).

En primer lugar, postula que se ha aplicado erróneamente la agravante del art. 41 bis respecto del art. 165 -ambos del Código Penal- en el entendimiento de que la figura de robo contiene la agravante genérica relativa a la utilización de un arma de fuego al momento de cometer el delito.

Ello por cuanto, según entiende, la figura de robo agravado por el uso de armas está contemplado en el art. 166 inc. 2 del Código Penal y lo mismo sucede en la figura de homicidio en ocasión de robo, dado que el dolo de homicidio se perfecciona con la

afectación de la vida, por lo que poco interesa cuánto se elevó el riesgo si la figura se configura con la realización del riesgo en el resultado.

Afirma que hay cuestión federal evidente en la medida en que se cuestiona el alcance dado a una cláusula convencional (art. 8 inc. 4, CADH) de modo contrario al derecho invocado (art. 14 inc. 3, ley 48).

En conclusión, plantea que no puede aplicarse la agravante del art. 41 bis al 165 pues dentro de esta última calificación se encuentra contemplado el uso de arma de fuego. Por lo tanto, solicita que se aplique la última parte del art. 41 bis del Código Penal a los efectos de no vulnerar el *non bis in idem* (art. 18, CN y 8.4, CADH).

Subsidiariamente solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ley de fondo, por haber sido sancionada por el legislador en franca violación con la máxima *nulla crimen nulla poena sine lege certa*.

Ello por cuanto el principio de legalidad (arts. 18 y 75 inc. 22, CN; 9, CADH; 15, ap. 1, PIDCP, 11, ap. 2, DUDH y 11 y 25, Cons. Prov.) goza de rango constitucional reconocido tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por esa Suprema Corte.

Afirma que los tribunales deben interpretar y aplicar las normas sustantivas de modo tal que respondan en forma afirmativa a la exigencia de la máxima taxatividad legal que constitucionalmente se impone.

Recuerda el debate parlamentario previo a la sanción de la ley 25.297 que ha introducido la norma criticada y resalta que el legislador ha dicho que el proceso



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

P-129187-1

legisferante estaba encaminado a consagrar una ley que no respeta parámetros constitucionales sino que responde a la necesidad de detener la ola de inseguridad.

Concluye este tramo planteando la irrazonabilidad de que una disposición aumente las escalas penales de los delitos contra la vida por el peligro que importa el uso de armas de fuego, pues el homicidio en ocasión de robo no puede agravarse por el peligro de su utilización.

Por último, postula la arbitrariedad de la sentencia por ausencia de fundamentación del monto de pena aplicado en violación a la doctrina legal de esa Corte, en contradicción con los arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional y 171 de la Constitución de la Provincia.

Cita el precedente "Laportilla" y hace referencia a que los jueces deben ponderar las circunstancias probadas de la causa y explicar las razones por las cuales a dichas circunstancias corresponde aplicar determinada solución normativa, pues de lo contrario la decisión sería producto de la sola voluntad del juzgador.

Luego transcribe fragmentos del caso "Ruíz" haciendo énfasis en la importancia de la debida motivación de la pena, para no caer en la discrecionalidad jurisdiccional incompatible con la garantía de la defensa en juicio en el marco del debido proceso.

Para terminar, cita el precedente "Spíndola", donde VVEE han reafirmado la obligación de fundar la individualización de la pena y postula que se han violentado los principios de proporcionalidad de las penas y de dignidad humana, por lo que

solicita que se anule la sentencia, reenviando la causa a origen para la imposición de pena al caso concreto, debidamente fundada, de manera que le permita a la recurrente conocer la gravedad del injusto y la posibilidad de resocialización.

III. El recurso fue concedido por el *a quo* (v. fs. 192/193), los imputados Sanabria Sosa y Mereles desistieron continuar con la vía recursiva y a fs. 219 se remittieron las actuaciones en vista a esta Procuración General.

IV. Entiendo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en autos no puede prosperar.

El primer motivo de agravio esgrimido por la recurrente no puede ser atendido, toda vez que la decisión que la agravia se ajusta a la doctrina legal vigente respecto de la norma sustantiva cuya errónea aplicación denuncia.

Esa Suprema Corte ha sostenido que la figura del art. 165 del Código Penal que 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 alguna que pueda estimarse incompatible con la garantía del art. 8.4 de la C.A.D.H. Este criterio, minoritario en P. 108.548 (sent. de 27/11/2013), ha sido adoptado por la mayoría y se ha consolidado en pronunciamientos posteriores (P. 111.421, sent. de 18/6/2014; P. 116.693, sent. de 1/4/2015; P. 127.474, sent. de 11/4/2018), circunstancia que impide, a mi entender, el progreso del agravio traído por la defensa.

Ello no obstante, es preciso destacar, dando respuesta a la



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

P-129187-1

primera línea argumental del recurrente, 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 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. del 1/4/2015).

Por otra parte, estimo estériles las consideraciones del 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 C.P., pues en todo caso la concurrencia ideal determina, como la propio impugnante lo advierte, el desplazamiento de una figura que no será aplicada en el caso. Desplazada la figura que alude al uso de armas de fuego por otra que no menciona esta circunstancia, no puede operar en el caso la cláusula de exclusión del segundo párrafo del art. 41 bis del C.P.

Es útil destacar aquí que todas las hipótesis de concurso aparente constituyen supuestos de adecuación única, en los que un análisis de las relaciones que las figuras delictivas o tipos legales presentan entre sí permite afirmar, antes de formular cualquier juicio de tipicidad sobre un hecho concreto, que una desplaza a la otra.

Finalmente, y en lo que concierne a los argumentos en los que se recurre a la clasificación de los tipos penales en delitos de peligro y de lesión para descartar una mayor entidad del injusto derivada del uso de un arma de fuego cuando se consuma el atentado contra la vida, he de señalar que esa Suprema Corte ya ha destacado que el uso de un medio específico, en particular de uno que brinde facilidades al agente y limite las posibilidades de defensa del damnificado, constituye una circunstancia que razonablemente puede ser ponderada para agravar la respuesta punitiva.

En este sentido puede destacarse que, desde el precedente P. 102.647 (sent. de 19/8/2009) se señaló el error de suponer que sea imposible o irrazonable derivar alguna agravación de la escala penal *in abstracto* con sustento en su comisión mediante el empleo de un arma de fuego, por cuanto el peligro que para la vida que ella introduce ya ha sido suficientemente valorado en la figura básica. Se indicó así que, en todo caso, lo no graduable es la vida como bien jurídico y que ello no impide admitir un fundamento de punibilidad diferenciada ciertas modalidades, medios, fines y móviles de dar muerte a una persona comprensivas de un mayor contenido de injusto, como de hecho ocurre con las figuras de los incs. 2, 4, 5 y 6 del art. 80 del C.P. (cf. P. 117.046, sent. de 11/3/2015).

Por otro lado, el subsidiario planteo de inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal resulta novedoso desde que no ha sido llevado a conocimiento del Tribunal de Casación Penal (v. fs. 58/78), circunstancia que impide el tratamiento por parte de ese Superior Tribunal (cf. 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



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

P-129187-1

2/3/2017, entre otras).

El último agravio denunciado, relacionado con la arbitrariedad en la fundamentación de la pena aparece como una simple opinión divergente y dogmática de la recurrente, que se desentiende en forma absoluta de los argumentos expuestos por el tribunal casatorio al momento de rechazar el recurso interpuesto ante esa sede.

En ese sentido, solo cita fragmentos de algunos precedentes de esa Suprema Corte, mas no realiza una vinculación directa con las particulares circunstancias de esta causa, omitiendo considerar los argumentos desplegados por el tribunal intermedio para confirmar la pertinencia de las pautas agravantes consideradas en la instancia de origen y descartar la desproporcionalidad de la sanción impuesta, en concreto, a cada uno de los imputados (v. fs. 159 vta./163).

El reclamo deviene entonces, en virtud del dogmático carácter de las alegaciones con las que se pretende sustentarlo, manifiestamente insuficiente (doct. art. 495, CPP).

V. Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en la causa de referencia.

La Plata, 15 de mayo de 2018.


Julio M. Conte Grand
Procurador General

