



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

P-129751-2

"Gramajo, Ezequiel Alejandro

s/ Recurso extraordinario

de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por la defensa oficial frente al pronunciamiento del Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial San Martín que condenó a Ezequiel Alejandro Gramajo a la pena de dieciocho 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 a la pena única de veinte años, cinco meses y trece días, accesorias legales y costas, comprensiva de la anterior y de la impuesta en las causas N° 1897/1922 y 1923 del Tribunal en lo Criminal N° 6 de ese mismo departamento judicial a siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, en orden a los delitos de robo agravado por las lesiones producidas, tenencia ilegal de arma de guerra y portación ilegal de arma de uso civil, en concurso real (fs. 95/121 vta.).

II. Contra esa decisión interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación (fs. 123/135 vta.).

En primer lugar, alega la recurrente inobservancia de lo normado por los arts. 45, 46, 47 y cc. del C.P., lo que

derivó en afectación de las garantías del debido proceso sustantivo y de la defensa en juicio, contempladas en el art. 18 de la C.N.

En relación a ello señala que la defensa ha cuestionado, desde el comienzo de la labor recursiva, el grado de participación penal que en sentido estricto se le asignó a su asistido en el hecho calificado como homicidio en ocasión de robo (art. 165, CP), indicando que en el caso la muerte de la víctima se debió a un exceso del autor material de dicha porción de riesgos prohibidos, no trasladable a su injusto, conforme lo dispuesto por el art. 47 del C.P.

Señala que la jurisdicción estimó que convenir la realización de un robo agravado por el empleo de armas y prever la posible utilización de las mismas importa la admisión a -título de dolo eventual- del resultado muerte que se pudiere producir, al existir codominio funcional del suceso respecto de ese resultado lesivo.

La recurrente, amén de no compartir el modo de resolver la cuestión, trae a colación el contenido de la sentencia dictada en el marco del precedente P. 82734 de esa Suprema Corte.

Afirma que en supuestos de hecho como el ventilado en la presente causa, se desnaturalizan -por imposibilidad de aplicación- las reglas de la participación, ya que -como surge de lo afirmado por el *a quo*- siempre que se emprenda un robo con armas, cuyo hipotético empleo para despejar la resistencia de la víctima sea admitido por los coautores del desapoderamiento, de ocurrir algunos de los resultados típicos



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

P-129751-2

señalados antes, siempre habrá coautoría, más allá del obrar del propia mano de otro o de la falta de esencialidad el aporte en la distribución de tareas previa, sin que se precise si dicha afirmación se ajusta -o no- a las circunstancias fácticas acreditadas en la causa.

En relación a ello estima que tal manera de pronunciarse no puede reputarse respetuosa de los alcances de la participación criminal, en los términos que los arts. 46, 47 y cc. del Código Penal establecen. Por ende, sostiene que debe desecharse, por arbitraria, la sentencia atacada, en cuanto resulta más extensiva de punibilidad.

Expresa que sólo ha de responder su asistido en la medida de su dolo; subsumiendo el evento que se le enrostrara como robo agravado por el empleo de arma, readecuándose la pena en consecuencia.

En segundo lugar, alega la Defensora que la sentencia constituye un pronunciamiento arbitrario en tanto se basa en afirmaciones dogmáticas, que no abastecen el requisito de fundamentación de los pronunciamientos judiciales, de conformidad con la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de esa Suprema Corte. Denuncia, además, la errónea aplicación del art. 41 *bis* del C.P. en relación al art. 165 del mismo ordenamiento.

Esgrime que, si bien los jueces del tribunal revisor han ingresado en el tratamiento del agravio formulado en tal sentido, el análisis efectuado por la mayoría no brinda respuesta satisfactoria al mismo.

Señala que no se trata de una mera discrepancia

parcial con lo resuelto en sentido desfavorable a la pretensión de esa parte, sino que los argumentos esgrimidos en tal dirección no responden a los fundamentos invocados por la defensa. Solicita a esa Suprema Corte la reanudación del análisis en pos del acogimiento del reclamo formulado en torno a la inaplicabilidad de la agravante genérica establecida en el art. 41 *bis* del C.P. o, en su defecto, su declaración de inconstitucionalidad.

Sostiene que los jueces de la mayoría distinguen, arbitrariamente, cuando no corresponde hacerlo, ya que donde la ley no distingue no se debe distinguir. Así, considera que no debe dividirse en tramos lo que por naturaleza es indivisible y señala que estamos en presencia de un homicidio resultante de un robo calificado por el uso de armas, evidenciándose de ese modo la doble punición que acarrea la errónea interpretación efectuada sobre ese punto por el Tribunal de Casación Penal.

En subsidio solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 41 *bis* del C.P. por violación a los principios de legalidad y razonabilidad.

III. En mi opinión, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Defensora Adjunta de Casación en favor de Ezequiel Alejandro Gramajo no puede ser acogido en esta sede.

El agravio relacionado con la inobservancia o errónea aplicación de los arts. 165 y 47 del Código Penal no puede ser atendido favorablemente.

Ello así pues el reclamo se asienta en un criterio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129751-2

de valoración de la prueba divergente al adoptado en las instancias previamente transitadas, materia ajena al acotado ámbito de revisión habilitado por el art. 494 del Código Procesal Penal, pues es sabido que las cuestiones de hecho y prueba se encuentran a la vera del ámbito de competencia de esta Corte, salvo que se denuncie y acredite un supuesto de arbitrariedad que justifique un temperamento distinto (cfr. P. 121.322, sent. de 24/8/2016, entre otras).

En el caso, es claro que el planteo que la defensa pretende encauzar como una errónea aplicación de la ley de fondo, presupone una divergencia sobre los alcances del acuerdo que vinculara a Gramajo con el ejecutor del disparo mortal. Tras confirmar la existencia de un acuerdo para robar con dos armas de fuego, el tribunal revisor afirmó, en cuanto a la situación de Gramajo, que: *"...una composición e interpretación de la prueba legalmente ingresada al proceso exenta de déficits valorativos, da adecuado y suficiente fundamento a la decisión de los jueces de afirmar la actuación ejecutiva del imputado, quien integró el grupo que arribó al lugar del hecho en un automóvil del cual bajó armado junto a otro individuo -también armado- quienes con evidentes intenciones de robo de la infortunada víctima que estaba abocado a sus tareas de cobrador, intentaron coordinadamente detener la marcha del vehículo del damnificado, ubicándose a ambos lados del Renault Clio, pretendiendo cerrar su paso, siendo en dichas circunstancias que ante el vano intento de escape del damnificado Choque a bordo de su rodado, el compañero de Gramajo -ubicado del lado del*

conductor-, le efectuó un disparo a la víctima quien, ya sin control del rodado, terminó estrellado contra un canasto destinado para depositar residuos, tras lo cual -y tan coordinadamente como lo abordaron- Gramajo y su compañero se marcharon del lugar a la carrera, abordando ambos el mismo vehículo que los estaba aguardando en las inmediaciones con su conductor presto a huir, como efectivamente lo hicieron. Ello resulta demostrativo de una decisión común al hecho delictivo con efectiva actuación de aquellos en la faz efectiva de la empresa criminal que, más allá de la diversa entidad de los aportes que pudieron haber desarrollado por mano propia, los hace portadores de la íntegra reprochabilidad del ilícito cometido en los términos de coautoría, tal como lo sostienen los sentenciantes en ajustado criterio" (v. fs. 108 vta./109).

Resta señalar, para descartar la posibilidad de una errónea aplicación de la ley al margen de los argumentos esgrimidos por la recurrente, que esa Suprema Corte ha convalidado el criterio según el cual el coautor de un robo violento, en el que el otro interviniente ejecuta un homicidio doloso en el contexto inmediato al desapoderamiento, responde como coautor del tipo del art. 165 del Código Penal, en la medida que no concurren circunstancias particulares que permitan desvincularlo de ese tramo del hecho, las que no han sido planteadas por la defensa en autos ni surgen de las constancias de la causa (cfr. P. 96.014, sent. de 28/8/2013, entre otras).

Se ajusta entonces a la doctrina de VVEE la decisión atacada, en cuanto indica que: "*...el acuerdo de voluntades de los*



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

P-129751-2

intervinientes dirigido al robo incluía el ejercicio de la violencia como medio adecuado para la concreción del resultado furtivo. El robo comenzó signado por el uso de las armas de fuego que portaban, en un lugar público y a esas horas relativamente concurrido -circunstancias inexcusablemente conocidas y queridas por Gramajo-, y en ese marco la muerte causada por otro de los coautores deviene por lo menos previsible, y está directamente vinculada con la comisión del robo (...) No empece lo anterior la circunstancias de que Gramajo no haya intervenido por mano propia en la causación de la muerte pues, como quedo expresado, a partir de la actuación en coautoría, el acusado era portador de la decisión común del hecho y su participación en el ilícito del artículo 165 del Código Penal no la exime de responder por todo el injusto, el cual es imputado recíprocamente a cada uno de los intervinientes en la empresa criminal en la medida de su dolo, más allá de cuál fue su aporte concreto al hecho común, y sin perjuicio que el matador pudiera resultar alcanzado por una figura de mayor gravedad si se verificara la existencia de una ultraintención de las previstas en el artículo 80, inc 7, del Código Penal" (fs. 111/ vta.).

En este sentido ha señalado esa Suprema Corte que: "[s]i el tribunal de mérito estableció que el imputado debe responder por el ilícito establecido en el art. 165 del C.P., las consideraciones del recurrente acerca del tipo de aporte brindado por el encausado -a su juicio, exclusivamente ceñida a la participación en el delito de desapoderamiento- y la invocación de que habría existido un exceso de uno de los otros

intervinientes en la muerte del comerciante, con la pretendida aplicación de la regla del art. 47 del C.P., no sólo se desentiende de los fundamentos esgrimidos en la sentencia, sino que tampoco logra evidenciar el desajuste normativo que le reprocha" (P. 111.777, sent. del 8/7/2014).

El criterio del *a quo* se ajusta, entonces y como adelantara, a la doctrina legal de ese alto tribunal en la materia, circunstancia que se suma a las antes indicadas para determinar la suerte adversa del reclamo.

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

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 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*



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

P-129751-2

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).

Por otra parte, considero 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 Código Penal.

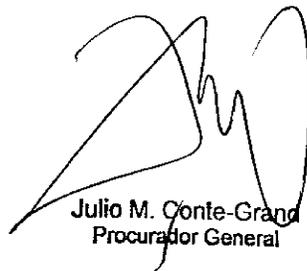
En este sentido, señaló la mayoría del *a quo* que:
"[e]n el caso particular que es objeto de este análisis, la única manera de agotar la significación jurídico penal del acontecimiento real atribuido a los imputados es aplicando la agravante genérica del artículo 41 bis para, de ese modo, contemplar el tramo de disvalor de su conducta derivado del empleo de un arma de fuego, no en el robo, sino como medio para consumir el homicidio" (fs. 117 vta.).

La recurrente no rebate estos argumentos, compatibles con la doctrina legal antes mencionada, circunstancia que impone el rechazo de la queja también en este punto (doct. art. 495, CPP)

Por otro lado, resta mencionar que el planteo por el cual se solicita la inconstitucionalidad del art. 41 *bis* del Código Penal resulta novedoso desde que no fue llevado a conocimiento del Tribunal de Casación (v. fs. 50/58 vta.), 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).

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación en favor de Ezequiel Alejandro Gramajo.

La Plata, 27 de octubre de 2017.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General