



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

P-129970-1

"Hermann, Oscar Horacio

s/ Recurso extraordinario

de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala IV del Tribunal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso de la especialidad deducido por la defensa de Oscar Horacio Hermann, absolvió al nombrado respecto del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y readecuó la sanción impuesta, la que fijó en quince años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor responsable de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (v. fs. 155/168 vta.).

II. Contra ese pronunciamiento, el Defensor Adjunto de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 185/201 vta.), el que fuera declarado admisible parcialmente por el *a quo*, sólo en lo que atañe a la errónea aplicación e inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal (v. fs. 203/207).

Frente a esa decisión, la defensa oficial dedujo recurso de queja (v. fs. 328/332 vta.), remedio al que hizo lugar esa Suprema Corte, concediendo el recurso extraordinario respecto de la denuncia de falta de revisión amplia de los agravios vinculados con la norma de fondo citada y en lo tocante a la violación del principio de prohibición de irretroactividad de la ley penal (v. fs. 333/336), por lo que me expediré en dichos términos.

III. En primer lugar, denuncia el impugnante la errónea revisión de

la sentencia condenatoria conforme lo establecen los arts. 8.2.h de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.yP., en tanto el órgano intermedio reiteró lo dicho por el inferior, realizó meras afirmaciones dogmáticas y no otorgó debida respuesta a los planteos puestos a su consideración, sin explicar las razones por las cuales los argumentos de la parte no resultaban suficientes para derribar la constitucionalidad del texto regulado en el art. 41 bis del Código Penal.

Alega que en el recurso de casación se cuestionó la errónea aplicación de lo dispuesto en dicha norma, atento que tomando como base la doctrina del concurso aparente por especialidad y consunción la misma consagra un riesgo, el que al concretarse en el resultado mortal deviene en la inaplicabilidad de dicha figura, aduciendo que tal argumento fue preterido por el sentenciante y que la respuesta hubiera sido pertinente si se hubiera denunciado la transgresión del *ne bis in idem*, cosa que no se hizo; que el fallo plenario del Tribunal de Casación sobre el punto no resultaba vinculante para los tribunales inferiores, agregándose que el cuestionamiento desde el punto de vista del principio de saneamiento genealógico no integró dicho plenario; que la interpretación de la norma debía hacerse teniendo en cuenta los principios restrictivos de legalidad y *pro homine*; y que en subsidio debía declararse la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 41 bis mencionado, en razón de transgredir la razonabilidad republicana (arts. 1 y 28, CN) y el principio de saneamiento genealógico.

En segundo término, denuncia el quebrantamiento de la garantía de prohibición de irretroactividad de la ley penal (arts. 18, CN y 2, CP).



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

P-129970-1

Expone que se interpretó una reforma posterior al hecho y no aplicable al caso en perjuicio del acusado, en violación a los principios de legalidad, *pro homine e in dubio pro reo* (arts. 18 y 75 inc. 22, CN y 1, CPP).

Aduce que el órgano revisor confirmó la aplicación como agravante a *"la actitud despreciativa hacia el género femenino adoptada por el encartado"*; que la presente causa se inició en diciembre de 2010, en forma previa a la reforma que introdujo el art. 80 bis al Código Penal a través de la ley 26.791 de diciembre de 2012; y que como dicha norma no se pudo aplicar sin vulnerar el principio de legalidad, se decidió tener dicha circunstancia como aumentativa de pena, estimando el quejoso que la infracción al principio citado de todos modos está igualmente dada por resultar su fuente la misma que fue excluida previamente.

Agrega que entre dos posibles interpretaciones se debe escoger la más favorable a la persona, cosa que no llevó adelante el juzgador; que más allá de los nuevos paradigmas de respeto a la llamada violencia de género a los que alude el órgano casatorio, ellos no pueden avasallar los principios y garantías que denuncia como transgredidos.

Solicita, en definitiva, se descarte la agravante cuestionada.

IV. El recurso debe prosperar en forma parcial.

Respecto del primer planteo, el tribunal intermedio expuso que: *"...(e)ntiende la Defensa que el sentenciante aplicó erróneamente el artículo 41 bis del Código Penal. Este agravio tampoco puede prosperar (...) Comparto con el 'a quo' que la agravante contenida en el art. 41 bis del C.P. resulta aplicable a las figuras previstas en*

los arts. 79 y 80 del C.P. no sólo porque en estas no se hace referencia alguna ni al género 'armas' ni a la especie 'de fuego' sino también porque es evidente que el empleo de un arma letal como la utilizada en la especie revela en el homicidio cierto grado de preordenación, incrementa las posibilidades de éxito de la empresa y paralelamente, disminuye las defensas que el acometido pudiera eventualmente iniciar a la vez que implica finalmente disposición de medios para delinquir (cfr. causa 9195 'Otegui primigenia Sala I, entre otras) (...) En lo demás, tal criterio ha quedado plasmado en el Acuerdo Plenario de este Tribunal -causa 36.238- de fecha 19 de abril de 2013, donde se resolvió que dicha agravante genérica del Código Penal resulta aplicable a la figura tipificada en el artículo 79 del mismo cuerpo legal" (v. fs. 163).

Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta lo planteado por la defensa en el recurso de casación, a mi modo de ver la respuesta esbozada por el tribunal intermedio aborda debidamente el agravio vinculado con la errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal, a lo que añadido que la parte no intenta -ni logra- evidenciar que lo fijado por el sentenciante en el Acuerdo Plenario citado no pueda integrar la fundamentación de la decisión en este punto.

De igual modo, estimo que el apelante no alcanza a evidenciar que lo argumentado resulte incompatible con el derecho de revisión amplia que pregonan, así como tampoco demuestra la afectación a los derechos de defensa en juicio y debido proceso que denuncia. En razón de lo dicho, cabe expresar que el planteo de la defensa sólo espeja una opinión personal discordante con la del juzgador, más no patentiza que éste haya incurrido en



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

P-129970-1

vicios lógicos o en irrazonabilidad evidente (conf. art. 495, CPP).

Distinta es la situación en lo que concierne al planteo de inconstitucionalidad que introdujera la parte, pues observo que el juzgador no abordó el planteo de inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal expresamente formulado en el recurso de casación, a lo que sumo que tampoco puede entenderse que el tribunal intermedio se haya expedido al respecto en forma implícita.

No puede tenerse por cumplida, en consecuencia, la debida revisión integral que la normativa convencional citada y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia exigen, tal como lo plantea la parte en el recurso extraordinario bajo análisis.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al reclamo en este último aspecto, debiéndose casar el fallo y reenviar el expediente a la instancia casatoria a los fines de que -debidamente integrado- se pronuncie sobre el punto en cuestión.

En lo tocante al segundo embate del quejoso, el órgano casatorio expresó que: "*...resulta a mi juicio válido computar como circunstancia severizante de la punición la actitud despreciativa hacia el género femenino adoptada por el encartado y valorada por el sentenciante*" (v. fs. 163 vta.).

Seguidamente, efectuó un pormenorizado análisis de la evolución de lo que se conoce como violencia de género desde los diferentes poderes del Estado, citando la ley 24.632 que aprobó la Convención Americana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer; afirmó que el Estado Nacional adhiere, pregona y fomenta una defensa integral del género, lo que se vió reflejado en el nuevo tipo penal del art. 80 bis del

C.P., pero que repudia también todas aquellas acciones que sin llegar a constituir un femicidio atentan contra la naturaleza y dignidad humana; que la Oficina en la materia dependiente de la Corte Suprema verificó un aumento significativo de la llamada violencia doméstica y de asesinatos de mujeres, aclarando que el *modus delicti* escogido muchas veces no deja rastros probatorios y causa un efecto intimidatorio y de vergüenza femenina logrando que las víctimas no acudan a los mecanismos judiciales (v. fs. 163 vta./164).

De igual modo, expuso que: "*(r)realizado este paréntesis puede verse que Claudia Iraola ya había sufrido un sin número de ataques -así lo refirieron sus hijas- de los que no todos fueron denunciados (...) Recapitulando, puede afirmarse entonces que el presente caso, analizando estrictamente los hechos que claramente conforman la materialidad ilícita, rodeados de un contexto social que no debe escapar a la ciencia del derecho penal -en su unidad sistemática, dogmática y punitiva- y que incluso pudieron ser aún más graves, atentan directamente contra los mínimos y elementales derechos no sólo de la mujer sino del hombre*" (v. fs. 164 vta.).

Lo expuesto pone en evidencia que la defensa parte de una posición meramente dogmática y no logra demostrar la vinculación entre los fundamentos citados y los principios de legalidad, *pro homine e in dubio pro reo* que menciona, pues interpreta indebidamente que se aplicó una reforma posterior al hecho cuando aquí no se aplicó el art. 80 del Código Penal reformado, si no la figura de los arts. 41 bis y 79 del mismo ordenamiento y las reglas previstas para dosificar la pena dentro del marco de la escala penal aplicable al caso.



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

P-129970-1

Asimismo, tampoco evidencia el impugnante que resulte prohibido para el juzgador valorar, en los términos del art. 41 del Código Penal y a los fines de dosificar el reproche que cabe formular al agente, la actitud de desprecio frente al género de la víctima, pues la reforma legal que se decidió -en virtud de lo dispuesto por el art. 2 del Código Penal y 9 de la CADH- no aplicar en el caso, no hace más que recoger una valoración social negativa de esa actitud o posicionamiento manifestada en la ejecución del hecho, coherente con los compromisos asumidos en la materia por el Estado Argentino antes de que se modificara el art. 80 del Código Penal e, incluso, de que tuviera lugar el hecho atribuido a Hermann.

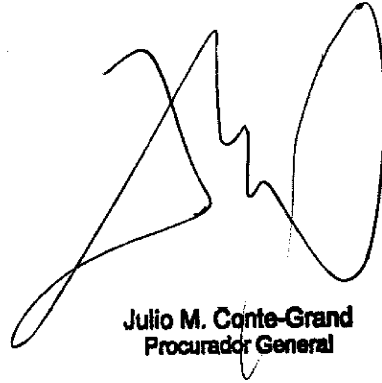
En definitiva, el embate no revela -a tenor del contenido de lo resuelto- por qué y de qué modo el tribunal intermedio habría transgredido los principios constitucionales que denuncia al tener por válida la aludida circunstancia agravante, revelándose como una simple opinión divergente y dogmática del recurrente que se desentiende de los argumentos expuestos por el tribunal intermedio al momento de ingresar al tratamiento de dicho tópico.

Finalmente, destaco que los fundamentos dados para rechazar el agravio por parte del tribunal intermedio no resultan contrarios a la lógica y se basan en las constancias obrantes en autos. Media, en consecuencia, insuficiencia recursiva (doct. art. 495 del CPP).

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería hacer lugar parcialmente al recurso deducido, casar el fallo y reenviar el expediente a la instancia casatoria a los fines de que -debidamente integrado- se pronuncie sobre el planteo de

inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal oportunamente formulado por la parte.

La Plata, 26 de junio de 2018.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General