



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

P-130739-1

"Gallardo, Juan Francisco s/ recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley en causa n° 71.752"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió rechazar el recurso interpuesto por el Defensor Oficial contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 4 del departamento judicial Quilmes que condenó Juan Francisco Gallardo a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar autor y coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio causado con el fin de facilitar y consumar otro delito en concurso real con robo simple en grado de tentativa (fs. 77/90 vta.).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley el Defensor ante el Tribunal de Casación Penal en favor del imputado (v. fs. 98/112 vta.).

Denuncia el recurrente como primer agravio que la sentencia atacada 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 C.S.J.N y de la S.C.B.A. También denuncia la infracción a los arts. 45, 80 inc. 7, 165 y 166 del C.P.

Señala que la defensa de origen cuestionó la acreditación de la autoría y la consecuente calificación legal y que el *a quo* rechazó tales planteos, limitándose a transcribir el hecho en los términos señalados en la sentencia de origen, con la sola indicación de las constancias obrantes de autos, como respaldo probatorio al dolo de matar para facilitar

y consumir el robo.

Afirma que tal proceder no brinda una respuesta a los argumentos de esa parte tendientes a la descalificación de las pruebas del elemento subjetivo vinculado con la ultrafinalidad del art. 80 inc. 7 del C.P., indicando que el *a quo* confirmó así la errónea aplicación de la figura agravada, cuando en realidad debió aplicar la figura penal solicitada por esa parte conforme los arts. 166 inc. 2 o el 165, ambos del C.P. Agrega que desde el comienzo de la investigación, el presente hecho se calificó conforme el delito del art. 165 del CP.

Expone que resulta arbitraria la acreditación del elemento subjetivo que requiere el art. 80 inc. 7 del código de fondo, pues tal figura requiere dolo directo y sobre tal extremo existe ausencia de certeza, evidenciándose que se han valorado presunciones *in malam partem*, las que se encuentran prohibidas en nuestro ordenamiento vigente. Cita los fallos P.45.957 y 50.161 de esa Suprema Corte de Justicia.

Destaca que el juzgador debe estar convencido de haber alcanzado un grado de certeza, nuestra ley reclama además un "modelo de control de terceros", el que se caracteriza por la exigencia de que otra persona pueda reconstruir mentalmente la constatación del hecho. Señala que en las presentes actuaciones ello se hace imposible, desde que no es posible reconstruir el elemento subjetivo de la figura penal por el que su asistido fuera condenado. Indica, con cita de opinión doctrinaria, que el art. 80 inc. 7 del C.P. requiere dolo directo, y transcribe el voto del Dr. Celesia en el precedente "González" del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.



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

P-130739-1

Arguye que aplicar el homicidio *criminis causa*, en forma objetiva y sin tener en cuenta la ultrafinalidad, violenta el principio constitucional de culpabilidad por el acto (art. 18, CN), pues no se habría acreditado en el caso la intención de su defendido de dar muerte, por lo que solicita que se recalifique legalmente el hecho en los términos del art. 165 o 79 del C.P. Añade que la sentencia atacada es arbitraria, por constituir una expresión de la voluntad del juez sin una manifestación de razonabilidad, lo que importa además una aparente revisión que se contrapone con la doctrina elaborada por la Corte federal en el precedente "Casal".

Como primer planteo subsidiario -en caso de resolverse favorablemente el planteo precedente-, requiere que se reenvíen las actuaciones al *a quo* para que se aboque al tratamiento de los agravios vinculados a los arts. 40 y 41 del C.P. y se imponga una pena ajustada a los hechos y al derecho aplicable, pues recobrarían virtualidad tales peticiones.

Como segundo agravio, denuncia que la imposición de la pena perpetua viola los principios de igualdad ante la ley, legalidad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, por lo que requiere su inconstitucionalidad, y a su vez, que la misma es arbitraria por tratarse de un pronunciamiento basado en afirmaciones dogmáticas que no abastecen el requisito de fundamentación.

Señala que el *a quo* no ha puesto en marcha el cuadro de exigencias que imponía el precedente P. 87.172, donde se dijo que al revisar las cuestiones sometidas debe "*efectuar un juicio crítico sobre aquellas*", ya que de esta manera se puede

constatar el error que la parte denuncia. En efecto, la falta de tratamiento de lo denunciado no satisface las exigencias emanadas de los arts. 8.2.h de la C.A.D.H y 14.5 del P.I.D.C.y.P, en tanto el órgano revisor se apartó de los alcances del principio de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad.

Desarrolla el recurrente la doctrina vinculada a la síntesis de la culpabilidad por el acto y por la vulnerabilidad (Zaffaroni), concluyendo así que la reprochabilidad por el acto importa un mayor grado de cuantía penal que el poder punitivo habilita a que se aplique a cada caso concreto. Con dicha base, señala que debe reconocérsele al injusto penal un papel preponderante en esa cuantificación, habida cuenta que la culpabilidad no puede asentarse en otra cosa que no sea un ilícito.

Señala que el citado art. 80 del Código de fondo no permite al juzgador diferenciar entre sujetos ni hechos de diversas características o envergadura (art. 16 de la CN), y cita el caso "Hilaire, Constantin y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago" de la C.I.D.H., conectado con aquellas normas que impiden al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad e individualización de la pena y que implican la violación del art. 4 de la C.A.D.H., pues impiden dotar a la pena de la proporcionalidad correspondiente.

Concluye que tal proceder afecta el principio de culpabilidad por obligar a los jueces a tratar a su asistido como una "homogeneidad" sometido a la aplicación ciega, indiferente, mecánica y genérica de la pena perpetua, pues no permite individualizarla en base a las características del delito, la participación y la culpabilidad del acusado.



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

P-130739-1

Por último, expone que esa parte ha requerido la inconstitucionalidad de la pena a perpetuidad, pero también propuso una interpretación constitucional -la que no fue siquiera tratada por el *a quo*-, fundado en otorgar al concepto "perpetuo" una fijación numérica de pena, la que no podrá superar veinticinco (25) años de prisión. En caso de no hacer lugar a este planteo, se debe declarar la inconstitucionalidad de la pena perpetua en función de lo normado en los arts. 5, 40, 41 y 80 inc. 7 del C.P; 1, 16, 18, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 de la C.N; 5.6 de la C.A.D.H y 10.3 del P.I.D.C.y.P.

III. El remedio fue concedido por el Tribunal de Casación Penal, y luego la Secretaría Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires remitió las actuaciones en vista a esta Procuración General (v. fs. 122/123 vta. y 132).

IV. Considero que el recurso traído por el Defensor Adjunto de Casación no debe tener favorable acogida en esta sede, por las razones que paso a desarrollar.

El agravio referido a la errónea aplicación del art. 80 inc. 7º y a la inobservancia del art. 165 del C.P, se ciñe exclusivamente en cuestionar la efectiva concurrencia de los extremos subjetivos que la figura calificada exige, cuestiones conectadas a los hechos y las pruebas, materia que excede -en principio- la competencia extraordinaria de esa Suprema Corte (doct. art. 494 del CPP).

Aún así, cabe agregar que sobre el punto expuso el *a quo* que "*el juez de mérito explicó que el nexo psicológico entre el robo y el homicidio lo pudo comprobar porque el imputado se dispuso a cometer un robo colocándose delante de la mota para hacer caer a su conductor, y luego, golpeó la cabeza de la víctima con una*

pedra con la finalidad de vencer cualquier tipo de resistencia del agredido para poder cumplir con su designio delictivo que era el desapoderamiento, lo que quedó demostrado con la actitud posterior de Gallardo y de su acompañante, que continuaron pateando a la víctima a la vez que la desapoderaron de sus pertenencias y de la moto en la que se desplazaba// A mi modo de ver, merece confirmarse la aplicación de la figura agravada desde que, en lo que respecta a la prueba de la motivación especial del homicidio no ha sido fundada sólo en la mera existencia de una conexión objetiva entre el robo y el homicidio, sino que, a partir de los hechos que se tuvieron por acreditados, ha inferido razonablemente que el homicidio se cometió con la finalidad de facilitar y consumir el robo que se hallaba en curso.// La concurrencia en cabeza del autor de esas específicas finalidades fue acreditada, como ocurre casi siempre en virtud de su naturaleza eminentemente psicológica, a partir de prueba de tipo indirecta formada por aquellos indicios que surgen de la forma en que la conducta se exteriorizó y de las circunstancias que rodearon su realización// Esta conclusión es fácilmente extraíble de la prueba reunida, fundamentalmente a partir del testimonio del remisero Monzón, quien contó que el imputado se posicionó delante de la trayectoria de la moto, y que una vez caído en el suelo su conductor tomó un pedazo de cordón de vereda y lo impactó en la cabeza de la víctima para luego sin ningún tipo de resistencia desapoderara de sus pertenencias con la ayuda de otro sujeto//Resultó de importancia en este punto la determinación de la autopsia en cuanto a las características de la herida que presentó la víctima, y la ausencia de otras lesiones secundarias que podrían dar cuenta de una enfrentamiento



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

P-130739-1

previo en el que se hubieran propinado otra clase de golpes." (fs. 85 vta./86 vta.).

Por todo ello, concluyó el órgano revisor que la conducta del encartado permite descartar que haya tenido como causa una eventual necesidad de defenderse, pues es lógica la conclusión del tribunal de origen en cuanto a la conexión final entre el robo y el homicidio, desde que aquella se explica sólo para facilitar y consumar el delito de desapoderamiento.

Este razonamiento no fue cuestionado por el recurrente, quién se limita a sostener y reeditar dogmáticamente que no se ha acreditado fehacientemente el elemento subjetivo distinto del dolo que se exige para aplicación de la norma en cuestión, desde que no hay un sólo ápice de argumentos basados en las constancias de la causa -pruebas- en que la defensa apoye su hipótesis. No consigue, de este modo, demostrar la existencia de un supuesto excepcional que permita tratar las cuestiones planteadas en esta sede, incurriendo también en este tramo de la queja, en manifiesta insuficiencia recursiva (art. 495 CPP).

Considero, por lo expuesto, que el motivo de agravio traído por la defensa no puede ser atendido, como así tampoco su planteo subsidiario de reenvío.

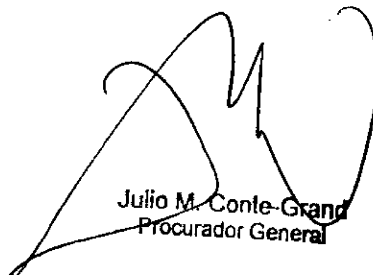
En cuanto al segundo agravio, en el que se propone fijar un interpretación constitucional de la pena perpetua estableciendo un límite máximo de venticinco años de prisión o ,en caso de no aceptarse ese criterio, dictar la inconstitucionalidad de las penas perpetuas, advierto que el planteo resulta extemporáneo.

Al igual que lo dicho el *a quo* (v. fs. 87 vta/88 vta), tal planteo

fue introducido en el memorial que presentó la Defensora adjunta ante el Tribunal de Casación Penal, lo que provocó que el órgano revisor desestimara el mismo por extemporáneo. Tal postura coincide con lo desarrollada por esa Suprema Corte de Justicia, lo que impide el progreso el mismo (art. 451 del CPP; conf. esa Corte en P. 75.534, sent. del 21/11/2001; P. 76.382 sent. del 28/8/2002; P. 81.375 sent. del 10/IX/2003; P. 83.870, sent. del 1/10/2003; P. 89.368 sent. del 22/12/2004; P. 96.980 sent. del 7/2/2007; P. 107.484, sent. del 3/7/2014, entre otras).

V. Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor adjunto ante el tribunal intermedio a favor de Juan Francisco Gallardo.

La Plata, 4 de junio de 2018.


Julio M. Conte-Grand
Procurador General