



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

P-131803-1

"Fantozzi, Kevin Nahuel
s/Recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, resolvió rechazar el recurso deducido por la defensa de Kevin Nahuel Fantozzi contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora que condenó al encartado a la pena de dieciséis (16) años de prisión, accesorias legales y costas, por hallarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio doblemente agravado por ser cometido mediante empleo de arma de fuego y con intervención de menores de edad (v. fs. 235/245 vta).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación (v. fs. 252/262).

Denuncia que la sentencia del *a quo* efectuó una revisión aparente del fallo de condena -en cuanto a la valoración de la nocturnidad como pauta agravante- (arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCP); violación al principio de culpabilidad (art. 19, CN); arbitrariedad por dictado de sentencia autocontradictoria e inobservancia de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia.

Seguidamente, el recurrente reseña la base fáctica que se tuvo por acreditada, el tratamiento que recibió la aplicación de la nocturnidad en las diversas

instancias y los agravios que portaba el recurso de casación.

Expone que de la simple lectura del pronunciamiento atacado, para desechar el planteo se utilizó una respuesta aparente para confirmar la incidencia de la nocturnidad como factor coadyuvante a la comisión e impunidad del ilícito, sin nexo lógico entre la premisa presentada y la conclusión arribada, trasladable a cualquier otro juicio en el que podría afirmarse sin más que la nocturnidad es una circunstancia que facilitó la perpetración del ilícito, sin un examen vasto e integral del caso concreto.

De ese modo, afirma que no se dio respuesta al planteo defensorista consistente en la arbitrariedad por ausencia de razones suficientes según las particulares circunstancias del caso que autorizaban a aplicar la agravante; y por otro lado, el tribunal intermedio incurre en una fundamentación contradictoria al referir que la nocturnidad conllevaría a la impunidad por la lógica de ausencia de potenciales testigos.

Destaca que es necesario distinguir entre la hipótesis general fáctica del curso normal y ordinario de las cosas, de que la nocturnidad posee aptitud para facilitar el delito y su impunidad, y la hipótesis particular contrafáctica, consistente en la acreditación del caso concreto de que la nocturnidad facilitó la consumación del ilícito.

Sostiene que el *a quo* realizó una inadecuada revisión, limitándose a realizar una inferencia genérica y sin explicar cómo alcanzó lógicamente a su conclusión, esto es, como operó realmente dicho factor para favorecer o facilitar la comisión del ilícito.

Agrega que las sentencias ordinarias que aplicaron la agravante



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

P-131803-1

poseen un denominador común vinculado a la ausencia de motivación, pues ninguna logra dar una explicación fundada y concreta sobre cómo y por qué la nocturnidad contribuyó a la comisión del ilícito, destacando que además, el *a quo* no cumplió con la revisión amplia que le tocaba, apartándose del precedente P. 112.269 de esa Suprema Corte de Justicia.

Añade que, independientemente de la visión objetiva, subjetiva o su conjugación a la que adscriba un tribunal, lo que resulta inaceptable es que no se ofrecieran motivos concretos para adoptar alguno de esos criterios.

Por otro lado, denuncia violación a la doctrina legal de esa Suprema Corte de Justicia en punto a la temática en trato. Cita los precedentes P. 101.669 y 83.972.

Expone que una interpretación constitucional de los arts. 40 y 41 del Código Penal debe realizarse a la luz del principio de culpabilidad por el hecho, el que exige que la medida de la pena esté determinada por la magnitud del injusto y por el grado de reprochabilidad. Así, para aplicar la agravante nocturnidad se debe comprobar que la misma implique un injusto mayor y que esa circunstancia sea aprovechada voluntariamente por el autor.

A continuación, transcribe el voto del Dr. de Lázzari en el precedente P. 107.808, y cita también el fallo P. 82.972, ambos de esa Suprema Corte de Justicia, señalando que la doctrina legal en la materia está constituida por dos reglas: la nocturnidad no puede funcionar como agravante objetiva automática, y que es exigible la demostración de aquellos extremos que en cada caso particular justifique una mayor

respuesta punitiva por haber incrementado la magnitud del injusto.

Por último, sostiene que el Tribunal de Casación incurrió en una revisión formal del fallo de condena, pues no fue realista ni eficaz. Cita el precedente "Martínez Areco" de la C.S.J.N, el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" de la C.I.D.H., y diversos dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la O.N.U.

Por todo lo expuesto, solicita que se case la sentencia recurrida y reenvíe los autos al *a quo* para que -debidamente integrado y previa audiencia de *visu-* dicte un fallo conforme a derecho.

III. En mi opinión el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto no debe ser acogido.

El Tribunal de origen tuvo por acreditado que *"el día 26 de enero de 2014, siendo aproximadamente las 23.50 hs., en la intersección de las calles Luis Vernet y Falucho de la localidad de Villa Rita, partido de Lomas de Zamora, al menos cuatro sujetos de sexo masculino, uno de ellos mayor de edad, indentificado como Kevin Nahuel Fantozzi, y los restantes menores de edad, coacturaron entre sí y valiéndose de armas de fuego le efectuaron varios disparos a Brian Miguel Esquivel que le provocaron posteriormente su deceso"* (fs. 133).

Dicho tribunal valoró como agravante, *"la nocturnidad como circunstancia de tiempo facilitadora en la especie de la acción disvaliosa desplegada por el imputado y los restantes partícipes del hecho"* (fs. 160 vta.).

Ante ello, la defensora de instancia interpuso recurso de



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

P-131803-1

casación, agravándose, en lo que aquí interesa, que se ha *"inobservado las reglas de los art. 40 y 41 del Código Penal y los arts. 106, 210, 371 y 373 del C.P.P, al aplicar al caso circunstancias agravantes de la pena no debidamente acreditadas"* (fs. 191/192 vta.), haciendo hincapié en que no se acreditó la connotación subjetiva (falta de aprovechamiento de esa circunstancia para facilitar el delito) y que el lugar de los hechos se encontraba perfectamente iluminado artificialmente, por lo que no tendría razón de ser la aplicación de la agravante al caso, en tanto se requiere que se ejecute sin luz.

Respondiendo al planteo la Sala revisora sostuvo que *"respecto a la nocturnidad cabe señalar que corresponde conservarla pues resulta incuestionable que la noche facilita la perpetración del delito e incluso su impunidad, por la lógica ausencia de potenciales testigos"* (fs. 244).

En este contexto, es que se alza el recurrente denunciando principalmente una revisión aparente efectuada por el *a quo*.

Se observa que el planteo desarrollado en el recurso de casación, insistiendo con que se tome en consideración la tesis subjetiva sobre la agravante nocturnidad (tal como se planteara en el debate oral -v. fs. 125 vta.-), encontró en la instancia de revisión una respuesta concreta, que se ajusta a los estándares de la doctrina legal aplicable al caso.

Cabe recordar que cuando un órgano jurisdiccional utiliza únicamente afirmaciones genéricas, abstractas o dogmáticas para desechar agravios incurrir en una fundamentación aparente, lo que descalifica al pronunciamiento como acto

jurisdiccional como válido. Pero ello no es lo que ocurre en las presentes actuaciones, pues, tomando en consideración las circunstancias fácticas del caso, la defensa no llega a demostrar en lo decidido la infracción denunciada.

En efecto, marginando cualquier consideración en lo que atañe a la postura teórica que se adopte sobre el tema, el recurrente se limita en sostener que no se revisaron aspectos que contenía el recurso de casación, sin adunarle ningún desarrollo que, controvirtiendo los fundamentos del fallo, evidencie que en virtud de las constancias comprobadas de la causa -hecho ocurrido a las 23:50 hs.; en donde al menos cuatro sujetos dieron muerte a Brian Miguel Esquivel, utilizando arma de fuego, siendo un hecho desarrollado en la vía pública- la consideración de la nocturnidad como agravante genérica pueda ser considerada errónea o infundada (arg. art. 495, CPP, ley 11.922 y sus modif.; cfr. causas P. 75.261, sent. de 15/12/2004; P. 90.723, sent. de 20/12/2006; e.o.).

Al contrario de lo sostenido por el recurrente, las circunstancias fácticas aludidas son indicadoras de que la noche otorgó un plus en la ejecución del ilícito tomado en cuenta por sus autores y demostrativo de mayor peligrosidad (art. 41 inc. 2, Cód. Penal; cfr. causas P. 79.378, sent. de 27/6/2007; P. 84.835, sent. de 9/4/2008 y P. 68.660, sent. de 11/4/2007; e.o.) (causa P. 128.113, sent. de 18/12/2018), extremo al que, en definitiva, alude el tribunal intermedio al dar una respuesta escueta y precisa al planteo de la parte.

Cabe agregar que, en consonancia con lo resuelto por el *a quo*, esa Suprema Corte de Justicia tiene dicho que: "[l]a ponderación de la



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

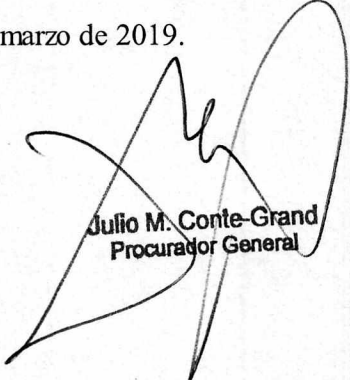
P-131803-1

nocturnidad como agravante de la pena es una circunstancia objetiva que evidencia por sí, mayor peligrosidad (art. 41 inc. 2º del C.P.) ya que quien aprovecha el horario nocturno para consumar un delito utiliza un a situación que naturalmente favorece la impunidad de su accionar, sea este aprovechamiento deliberado o no" (causa P. 113.784 sent. 30/9/2014), lo que permite también descartar el agravio conectado al apartamiento de la doctrina legal de esa Suprema Corte.

Ello así pues, a la luz de esa doctrina y para la procedencia de su pretensión, la defensa debió poner en evidencia que las concretas circunstancias del hecho que se dieron por acreditadas en las instancias de grado no son indicadoras de que la noche haya otorgado un plus en la ejecución del ilícito tomado en cuenta por sus autores, tal como se indicó en la sentencia de mérito con posterior convalidación del tribunal revisor (conforme art. 41 inc. 2 del C.P.; y los precedentes de la Suprema Corte provincial en causas P. 74.208, sent. de 9/11/2005 y P. 79.378, sent. del 27/6/2007, P. 110.231, sent. de 22/8/2012, entre otras).

IV. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en favor de Kevin Nahuel Fantozzi.

La Plata, 12 de marzo de 2019.


Julio M. Conte-Grand
Procurador General

