



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

P-133052-1

"García Tapia Gilmar  
s/ recurso extraordinario  
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso de la especialidad interpuesto por el Agente Fiscal y casó el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial Mercedes que había condenado a Gilmar García Tapia a la pena de ocho años de prisión, en orden a la calificación legal aplicada al hecho conforme la figura del artículo 186 inc. 4to del C.P, determinando que el mismo resulta ser constitutivo del delito de homicidio agravado por la utilización de un medio idóneo para crear un peligro común, en grado de tentativa en los términos de los arts. 80 inc. 5 y 42 del C.P fijando la pena a imponer en once años de prisión, debiendo responder el encartado por su calidad de coautor en orden al delito previsto por el art. 166 inc. 2do tercer párrafo el que concurre de manera real con el delito de robo calificado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada.

II. Contra esa resolución el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ( v. fs. 195/206), el cual fue declarado parcialmente admisible por la Sala revisora del Tribunal de Casación ( v. fs. 207/210 vta.) corriéndose traslado a esta Procuración General en los términos del art. 487 del C.P.P ( v. fs. 217).

En lo que interesa, el recurrente denuncia 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 C.S.J.N y de esa Suprema Corte e infracción a los principios *in dubio pro reo*, culpabilidad mínima intervención, proporcionalidad y violación de la ley sustantiva (art. 80 inc. 5 C.P).

Expresa el recurrente que en autos se confunde la tipicidad subjetiva del art. 80 inc. 5to del c., el que sólo admite dolo directo, con la tipicidad subjetiva prevista en los delitos contra la Seguridad Pública a los que indirecta y oblicuamente alude el inciso quinto de la norma en cuestión, pues los ilícitos allí previstos admiten estructuras preterintencionales, culposas y dolosas, con dolo eventual, como se pretende atribuirle a la figura errónea y arbitrariamente aplicada para el caso de su asistido.

Por otro lado, considera que la respuesta que brinda el *a quo* -en relación a la recalificación efectuada- afecta la proporcionalidad de las penas, toda vez que al sostener y extender oblicuamente la tipicidad del supuesto en cuestión a una figura dolosa que prevé como consecuencia penal -a su vez- la más gravosa del ordenamiento, se vulnera de ese modo el principio de mínima intervención penal y consecuentemente el de proporcionalidad de las penas antes mencionados.

Sostiene que, en este caso, se limita erróneamente la calificación -como dolosa- en relación a la selección del medio más la efectiva utilización del mismo, en el caso, como acontece en la especie, no basta para aplicar el art. 80 inciso quinto del C.P, pues este supuesto requiere a su vez que el medio al que la agravante alude sea elegido por el autor



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

P-133052-1

como medio idóneo para provocar la muerte. Así, eso es lo que no se habría acreditado en autos y, precisamente, eso es lo que cambia radical y sustancialmente la situación de su asistido aunque a él se le haya incrementado la pena en tres años; dicho aumento tiene a su vez consecuencias adicionales como lo son la privación de la libertad por más tiempo y, consecuentemente, la prolongación de los plazos para acceder a determinados "beneficios"; el cambio de calificación por uno más gravoso que, obviamente, no puede resultarle indiferente a ningún ciudadano; y, a su vez, la violación de garantías constitucionales como las mencionadas, sumado a la afectación a los principios de culpabilidad, mínima intervención penal, razonabilidad, proporcionalidad e *in dubio pro reo*.

En virtud de ello solicita subsidiariamente que se esté a la calificación legal brindada por el Tribunal de Juicio y se disponga anular la resolución dictada por los miembros de la Sala Quinta del Tribunal de Casación, asumiendo por razones de economía procesal competencia positiva a tales fines o, en su defecto, disponiéndose el reenvío a los efectos del dictado de un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

III. a. Como se dijo, el Tribunal intermedio resolvió declarar parcialmente admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, dejando excluidos los agravios referidos a "*afectación a la garantía de la revisión amplia e integral del fallo condenatorio*" (punto IV.2 -fs. 201/204 vta-) y "*afectación a los principios de imparcialidad, debido proceso legal (acusatorio) e igualdad ante la ley: pena impuesta. Violación al derecho a ser oído*" (punto IV.3 -fs. 205 y vta-).

Más aún, en esos agravios que fueran declarados inadmisibles, en

rigor, no se observa tramo alguno donde se agravie el recurrente de la afectación a la garantía a la revisión amplia por imponerse una calificación legal -y en consecuencia una pena **novedosa y más gravosa** para el imputado en virtud del recurso del acusador. Es decir, el recurrente no exige una nueva revisión con amplitud, de acuerdo a lo establecido por el art. 8.2.h. de la C.A.D.H., en la interpretación que a dicha disposición le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), ni tampoco un mecanismo de revisión que permita cumplir con aquellos parámetros (cfr. "Chambla, Nicolás Guillermo y otros s/homicidio -causa 242/2009-", sent. de fecha 5 de agosto de 2014).

Asimismo, luce en estas actuaciones que la Secretaría Penal de esa Suprema Corte de Justicia compulsó el sistema informático de gestión de expedientes "Augusta" e informó que contra el auto de admisibilidad anteriormente mencionado, no tramita queja alguna (v. fs. 215).

b. Sin perjuicio de lo expuesto, daré un repaso de diversos precedentes jurisprudenciales que son de interés para el caso, para luego dar opinión sobre la solución que corresponde dar en esta etapa procesal.

1. *"P. 114.611, 'Peñalba, Raúl César. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 29.264 del Tribunal de Casación Penal, sala III'.*

Allí, el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Necochea, había condenado a Raúl César Peñalba a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor responsable del delito de homicidio simple;



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

P-133052-1

pero luego el Tribunal de Casación Penal recalificó el suceso como homicidio agravado por ensañamiento, condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas.

Interpuesto el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por la defensa, el mismo fue rechazado -por mayoría de fundamentos- por esa Suprema Corte de Justicia por entender que el mismo *"propende a la revisión de supuestos errores facti en la delimitación que se formalizó en el sub examine respecto de los componentes objetivos y subjetivos de la saña. Pero a este Tribunal le está vedado descender a la exposición o a la representación de los hechos que se hubiera realizado en otras instancias"* (voto del Dr. de Lázari, sent. del 4 de junio de 2014).

Ante ese pronunciamiento, la Defensa oficial interpuso recurso extraordinario federal, denunciando la violación de la garantía de doble instancia y revisión amplia del fallo condenatorio (arts. 8.2.h de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.y P.). El mismo fuera declarado inadmisibile en fecha 6 de mayo de 2015 por esa Suprema Corte de Justicia, y, ante ello, esa parte articuló recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Federal, en esas actuaciones, resolvió *"Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo decidido por el Tribunal en el expediente "Casal" (Fallos: 328:3399), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad"*, por lo que hizo lugar al recurso de queja, se dejó sin efecto la sentencia apelada y remitió los autos al Tribunal de origen para dicte un nuevo pronunciamiento con

arreglo a la doctrina aludida (causa "CSJ 3456/2015/RHI 'Peñalba, Raúl César s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley'", sent. del 11 de octubre de 2016).

Vuelta las actuaciones a la Corte Provincial, aclaró ese Alto Tribunal que se dejaba "a salvo que la alegada violación a las garantías invocadas en el recurso extraordinario federal -doble instancia y la revisión amplia (arts. 8.2.h de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C. y P.)-, no fue materia de agravio en el medio extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado" (ver punto 4 del voto del Dr. Negri). De ese modo, concluyeron que "siendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pese a las diferencias apuntadas, falló el caso a la luz de lo establecido en el precedente "Casal", en la excepcionalísima contingencia que exhibe la presente, corresponde sin más trámite remitir la causa a la instancia anterior para que se adopten las medidas pertinentes que aseguren el examen del pronunciamiento impugnado -por jueces hábiles y a la brevedad posible- merced a los agravios postulados en el recurso referido, de forma de garantizar el derecho del imputado a obtener la revisión integral de su sentencia de condena, acorde lo señalado por la Corte Suprema" (sent. del 15 de marzo de 2017).

2. "P. 117.199, "Orlando, Marcelo Julián y Martiello, Liliana Mabel -Apoderados de Particular Damnificado-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 34.443 y acum. 34.496 del Tribunal de Casación Penal, Sala II", y acum. P. 119.888, "Colman, Ricardo Luis y Colman, Walter David. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley causas n° 34.443 y acum. n° 34.496 del



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

P-133052-1

*Tribunal de Casación Penal, Sala II*.

El Tribunal en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial San Martín condenó a Walter David Colman a la pena de once años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor del delito de homicidio en ocasión de robo, imponiéndole la pena única de doce años, ocho meses y quince días de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la anterior y de la de tres años de prisión y costas fijada en la causa 1367 del Tribunal en lo Criminal n° 2 de Morón; y a Ricardo Luis Colman a la pena de catorce años y un mes de prisión, accesorias legales, costas y declaración de reincidencia, por considerarlo coautor del delito de homicidio en ocasión de robo, y autor del delito de portación ilegal de arma de guerra, ambos en concurso ideal entre sí, imponiéndole la pena única de dieciséis años y un mes de prisión, accesorias legales y costas más declaración de reincidencia, comprensiva de la anterior y del remanente incumplido de la pena única de catorce años y seis meses de prisión a la que se lo condenara en la causa 34 del Tribunal en lo Criminal n° 4 de Morón.

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal rechazó los recursos de la especialidad interpuestos por el apoderado de la parte particular damnificada y por el señor Defensor Oficial contra la sentencia anteriormente referida.

Finalmente, esa Suprema Corte de Justicia resolvió "*Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por los particulares damnificados, se casa la sentencia recurrida, se califica el hecho como constitutivo del delito de homicidio calificado **criminis causa**, y se impone a Ricardo Luis Coman y*

*Walter David Coman la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, sanción que en el caso del primero de los nombrados concurre con el delito de portación ilegal de arma de guerra por el que llega a esta instancia condenado (arts. 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 80 inc. 7 y 189 inc. 2, párrafo cuarto, todos del Código Penal y 496 del C.P.P.)".*

Contra ese pronunciamiento, la defensa interpuso recurso extraordinario federal, donde denunció -en lo que aquí interesa destacar- *"la violación al derecho a la revisión del fallo (art. 8.2.h de la CADH). Explicó que recién en la instancia de la Suprema Corte local se produjo la condena por el delito de homicidio calificado y se impuso la pena de prisión perpetua, por lo cual, por resultar la primera decisión adversa al imputado en relación a dicha figura por la que había sido absuelto, nace el derecho a la revisión de dicho fallo, en los términos del art. 8.2.h. de la CADH"*. Dicho recurso fue declarado inadmisibile por esa Suprema Corte en fecha 27 de diciembre de 2017.

Nuevamente, la defensa interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde resolvió *"Que al caso resultan aplicables mutatis mutandis las consideraciones desarrolladas en las causas CSJ 416/2012 (48- C)/CS1 "Chambla, Nicolás Guillermo; Díaz, Juan Leonardo; Larrat, Esteban Martín y Serrano, Leandro Ariel s/ homicidio -causa n° 242/2009-" resuelta por el Tribunal el 5 de agosto de 2014 y "Duarte, Felicia" (Fallos: 337:901), a cuyos argumentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. Por ello, se hace lugar a la queja, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la sentencia apelada con los*





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

P-133052-1

*alcances dados en los citados fallos. Remítase la queja al tribunal de origen con el fin de que se agregue a los autos principales y que en la forma en que lo disponga, se asegure, respecto de los recurrentes el derecho consagrado en el artículo 8.2 h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Hágase saber y cúmplase"* (causa "CSJ 386/2018/RH1 'Colman, Ricardo Luis y otro s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 34.443 del Trib. de Casación Penal, Sala II', sent. del 1 de octubre de 2019).

3. P. 127.346, "*M., B. M. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 361/15 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Quilmes, Sala II*".

En esas actuaciones, el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil n° 2 departamental que había declarado a B. Á. M. autor penalmente responsable del delito de homicidio en riña (art. 95, Cód. Penal) y estimando la pena que eventualmente correspondería imponerle al nombrado en dos años de prisión; por su parte la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Quilmes, mediante el pronunciamiento del 17 de septiembre de 2015, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el señor agente fiscal y, en consecuencia, modificó la calificación legal del hecho por la de homicidio simple (art. 79, Cód. Penal) y revocó la estimación de pena realizada.

Interpuesto el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por la Defensa, aquella denunció únicamente "*la arbitrariedad de la sentencia por la errónea aplicación del art. 79 y la inobservancia del art. 95, ambos del Código Penal, en relación con los parámetros que establece para dar por configurada la figura penal del*

*delito de homicidio en riña".*

De ese modo, esta Procuración General dictaminó que *"dadas las particulares circunstancias del caso, resulta de aplicación lo resuelto en la causa P. 108.199, res. del 24/6/2015, en la medida que resulta necesario garantizar la revisión amplia e integral del pronunciamiento de condena que, en lo que concierne específicamente a la condena del joven imputado por el delito de homicidio simple, ha sido dicta en forma originaria por la cámara revisora"* (Dictamen del 30/9/2016).

Por su parte, esa Suprema Corte de Justicia dijo *"He de disentir con el dictamen del representante del Ministerio Público pues considero que, en el caso, no corresponde remitir la causa a la instancia intermedia pues el citado precedente no resulta extensible, sin más, al caso en estudio. En efecto, este Tribunal ha resuelto extender al fuero minoril el criterio sentado -mutatis mutandi- en la aludida causa P. 108.199, 'Carrascosa' -resolución de 24-VI-2015- en los supuestos que se revoque la absolución de pena decidida en la instancia de mérito, y se declare la responsabilidad penal del imputado, toda vez que allí no se resolvió equiparar aquéllos supuestos a los de agravamiento en la calificación legal, como ocurre en el caso en estudio. Dicho lo cual, no se verifica que estemos en presencia de un primer pronunciamiento de condena que habilite, en cumplimiento de la doctrina emergente del fallo 'Casal' (328:3399) y a la luz de la surgida del caso 'Mohamed vs. Argentina' (sent. de 23-XI-2012, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, CIDH) la aplicación del mecanismo revisor sentado in re 'Carrascosa' (causa P. 108.199, resol. de 24-VI-2015)."* (causa P.



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

P-133052-1

127.346, sent. del 9 de mayo de 2018, voto del Dr. Negri).

c. En este contexto, cabe recordar que el recurrente requiere que se de aplicación al mecanismo de revisión excepcional (v. fs. 200 vta. *in fine*), aún sin que ello haya constituido un agravio autónomo. Coincido con la defensa.

Es que dicho mecanismo de revisión también debe operar en aquellos casos donde un órgano revisor "empeora" la situación procesal del imputado recalificando el encaje legal -y por ende la pena-, pues en definitiva es la primera ocasión en el proceso penal donde el imputado recibe argumentos de la judicatura sobre la reinterpretación de aspectos fácticos y jurídicos diversos a la de la primera condena, revisión que debe ser satisfecha de modo integral y amplio -cfr. art. 8.2.h de la CADH-.

Cabe recordar que en el fallo "Chambla", la Corte Federal hizo una mera remisión al precedente "Duarte" -ambos dictados en la misma fecha-, pero los que versaban sobre hipótesis diversas. Interpreto que la Corte Nacional hizo una suerte de equiparación entre "primera condena efectuada por el Tribunal de Alzada" y "agravamiento de la condena efectuada por el Tribunal de Alzada", sin mayores precisiones que ello.

Por su parte, la Procuración General de la Nación entendió que *"la intervención del a quo trascendió de lo que aún podría ser considerado, en lo sustancial, como una simple revisión y posterior confirmación del fallo del tribunal oral, para proyectarse en el dictado de una sentencia completamente distinta. En efecto, sobre la misma plataforma fáctica, pero atendiendo a los agravios de la parte acusadora, el a quo reconstruyó el hecho de un modo diferente y, como consecuencia, le atribuyó una*

*significación jurídica diversa, dando génesis así a una nueva primera sentencia que -a mi juicio- habilita su revisión en los términos del artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sus concordantes".*

De ello se desprende que el "agravamiento" dispuesto por el órgano revisor debe ser "completamente distinto" al de primera instancia, producto de una "reconstrucción del hecho" que desemboca en un calificación jurídica "diversa". Es decir, no cualquier agravamiento de condena -por parte de un tribunal revisor- implica que a la postre se le debe garantizar el derecho previsto en el art. 8.2.h de la CADH.

Ello se ve reflejado en un reciente pronunciamiento de la Corte Federal, que declaró inadmisibile la queja interpuesta por la Defensa -cfr. art. 280 del CPCCN-, donde esa parte reclamaba la aplicación del precedente "Chambla" -causa que tramitó por esa Suprema Corte de Justicia bajo el nro. P 125.847-. En ese caso, el imputado, en primera instancia, había sido a la pena de tres (3) meses de prisión por resultar autor del delito de robo en grado de tentativa, y el órgano revisor aumentó la pena a ocho (8) meses de prisión más declaración de reincidencia, pero manteniendo la calificación legal (causa "CSJ 192/2017/RH1 'Yañez, Héctor Gastón s/ recurso de queja en causa n° 12.943 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca, Sala II', sent. del 2 de agosto de 2018).

El Procurador de la Nación expresó en esa causa: "No aprecio, empero, que ésta sea la situación que se presenta en el sub lite; recuérdese que, en el caso "Chambla", la condena original a tres años de prisión, por homicidio en riña,



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

P-133052-1

*había sido reemplazada por otra completamente distinta, a diez años y ocho meses de prisión, por el delito de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, y eso fue lo determinante para considerar que se trataba de una nueva primera sentencia que ameritaba su revisión en los términos del artículo 8.2.h. de la citada Convención".*

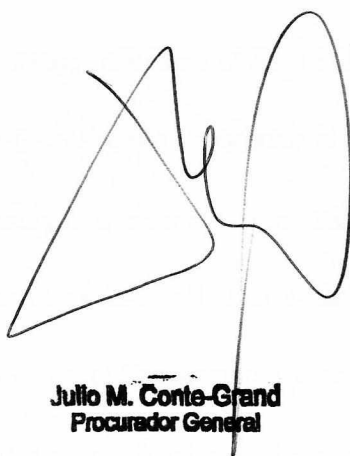
De todo lo expuesto, considero que la sentencia del *a quo* se basó en una "reconstrucción de lo ocurrido" -especialmente en el aspecto subjetivo de las figuras penales analizadas- diferente a la primera e impuso un agravamiento significativo en la calificación legal (art. 186 inc. 4 del C.P por el art. 80 inc. 5 y 42 del mismo cuerpo legal) y en la pena -ocho (8) años de prisión por once (11) años de prisión- que no es posible describirla, sustancialmente, como una simple revisión del pronunciamiento anterior, sino como una nueva condena que, a los efectos de la doble conformidad que busca asegurar la norma que surge de los artículos citados, sería asimilable a la dictada por un Tribunal revisor tras revocar la absolución del imputado (cfr. arg. del dictamen de la Procuración General de la Nación en causa "CSJ 364/20171RH1 'Maidana, Ricardo Alejandro s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley'" de fecha 11 de marzo de 2019; causa que también transitó por esa Suprema Corte de Justicia bajo el nro. "P. 114.034").

De lo expuesto, y en vista de que el recurrente alega "la ausencia de acreditación del elemento subjetivo que conforma la tipicidad de la calificación más gravosa" -entre otras cuestiones- ( v. fs. 199), es que corresponde dar intervención, nuevamente, al Tribunal de Casación Penal para que -con jueces hábiles- asegure, respecto al condenado, el

derecho consagrado en el artículo 8.2 h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. Por lo expuesto, estimo que esa Suprema Corte debería remitir las actuaciones a la Presidencia del Tribunal de Casación Penal a los efectos indicados.

La Plata, 26 de diciembre de 2019.



**Julio M. Conte-Grand**  
**Procurador General**