



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

P-133289-1

"Gumucio, Claudio Matías Alexander
s/Recurso Extr. de Inaplicabilidad de
Ley en causa N° 87.538 del Tribunal
de Casación Penal, Sala II"

Suprema Corte de Justicia:

I. El Tribunal en lo Criminal nro. 3 del Departamento Judicial Lomas de Zamora condenó a Claudio Matías Alexander Gumucio a la pena de catorce (14) años de prisión, accesorias legales y costas al encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio *criminis causae* en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el empleo de arma de fuego y en poblado y en banda (v. fs. 4/9).

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal casó parcialmente ese pronunciamiento, excluyó las circunstancias agravantes valoradas y fijó la sanción penal en doce (12) años de prisión, accesorias legales y costas (v. fs. 39/50). Más concretamente, calificó el hecho II como constitutivo del delito de "*homicidio en grado de tentativa agravado por la circunstancia prevista en el art. 41 bis*" (fs. 47); asimismo, quedó obliterada la "*peligrosidad demostrada en la modalidad de los hechos*" como agravante que había ponderado el tribunal de origen (v. fs. 48).

II. Frente a esa decisión, la Defensa Oficial presentó recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue admitido parcialmente por el órgano intermedio. Por su parte, esa Corte admitió la queja deducida y concedió el tramo del reclamo no admitido (v. fs. 57/74, 75/80, 146/151 y 153/155, respectivamente).

III. a.i. La Defensa denuncia que la Casación conculcó el principio "*in dubio pro reo*", aplicó erróneamente los artículos 41 bis, 42 y 79 del Código

Penal e inobservó el artículo 166 inc. 1° del mismo cuerpo normativo.

Tras recordar el análisis que llevó adelante el revisor y que concluyó con la modificación del encuadre normativo dado al evento reprochado a Gumucio, la Defensa sostiene que el dolo eventual acreditado por el revisor debió inferirlo del resultado ocasionado a la víctima -lesiones gravísimas- y no del dolo de matar, contrariando de tal modo el principio "*in dubio pro reo*".

Agrega que lo contrario llevaría a que el haber efectuado un disparo a plena luz del día en un sitio y horario transitado para consumir un robo, su asistido debió representarse eventualmente la producción del resultado mortal respecto todas las personas que transitaban y no solo respecto de la víctima, infiriendo que la probabilidad de producción del resultado y su riesgo letal, cuando en realidad siquiera el único testigo (B.) dijo ver que quien disparó apuntó al auto, de modo que no se explicó cómo ese disparo ingresó por la nuca en la cabeza de su hermana víctima.

Afirma que esa circunstancia resultó omitida por el revisor como así también que el mencionado B. y sus hermanas venían caminando en el mismo sentido que el rodado finalmente sustraído.

Destaca que por ello se configura la vulneración al principio "*in dubio pro reo*", al inferirse el dolo eventual de homicidio tentado y no el de lesiones gravísimas a la víctima u otra persona que transitara por el lugar, si al efectuar el disparo para cometer el robo pudo -como lo sostuvo B.- haber golpeado en otro lado y rebotar para así luego ingresar en la nuca de su hermana.



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

P-133289-1

a.ii. Por otra parte, destaca que la Casación al resolver la situación de los coautores del hecho juzgado (Andrés González Bascuñan y Gustavo Alejandro Galiano, P. 130.702 de esa Corte), debió subsanar errores y la desigualdad de los fallos originarios (de los Tribunales en lo Criminal nros. 2 y 5 de Lomas de Zamora, respectivamente) en relación a los encuadres normativos dados. Agrega que en relación a Bascuñan recalificó la conducta como constitutiva del delito de robo doblemente calificado por el uso de armas y haber causado lesiones gravísimas, mientras que a su asistido Gumucio lo enmarcó como homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con robo doblemente calificado por el uso de arma y en poblado y en banda.

Seguidamente, transcribe la materialidad ilícita que dio por acreditada la Casación al resolver la situación de los coimputados Galiano y González Bascuñan, y afirma que la misma abarcaba el dolo eventual para herir o matar a diversas personas y que el revisor al abordar sus reclamos indicó que las lesiones sufridas por la niña fueron acreditadas con los dichos de B., además del reconocimiento médico y la historia clínica y que los sujetos se colocan delante del rodado efectuando un disparo a fin de lograr su detención, al tiempo que se representaron como posible con ese accionar herir a cualquiera de las personas (dentro o fuera del vehículo), con ello afirmaron que el art. 166 inc. 1 del Código Penal comprende aún las lesiones causadas accidentalmente por las violencias ejercidas para robar.

Bajo ese contexto, destaca que las mismas constancias de la causa seguida a Gumucio, Galiano y González Bascuñan, que la Casación compulsó por sí

para garantizar la satisfacción del doble conforme, el debido proceso, la defensa en juicio y la inexistencia de errores en la jurisdicción, resolvió con la misma plataforma fáctica recalificar la conducta respecto de Galiano, dándole el mismo encuadre legal que el asignado para González Bascuñan: robo doblemente agravado por su comisión con arma de fuego y por haber causado lesiones gravísimas al tiempo que admitió que la figura del inciso 1° del art. 166 del código sustantivo comprende aún las lesiones causadas accidentalmente por las violencias ejercidas para robar.

Sostiene que no obra prueba en el legajo que su asistido haya querido -aún eventualmente- la muerte de L. P., en quien impacto el disparo efectuado para consumar un robo, sin poder explicar la ciencia ni los testigos, cómo impacto en la nuca de la menor, si la dirección de disparo era en el mismo sentido en que ella venía caminando junto a sus hermanos y el automotor cuya sustracción se perseguía, habiendo posiblemente -según los dichos de B.- ingresado en la nuca de su hermana luego de rebotar en otro sitio. Así, es evidente -dice- que Gumucio no pudo prever que el disparo efectuado hacia el rodado con el objeto que éste se detuviera y así lograr sustraerlo, pudiera ingresar por la nuca de la menor y ocasionarle la muerte. Agrega que el dolo eventual en el caso, claramente, lo fue de las lesiones gravísimas, siendo éste el resultado del disparo que accidental e inexplicablemente, rebotó en algo e impacto en la menor en el curso de un robo calificado por el uso de armas de fuego.

Bajo ese contexto, refiere que por uno u otro motivo, el fallo de la Casación importa la errónea aplicación de los arts. 42 y 79 y la inobservancia del art. 161 inc.



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

P-133289-1

1° del Código Penal, en el tramo de los hechos que damnificara a la menor Peloso.

b. Por otra parte, la impugnante aduce que el fallo del revisor resulta arbitrario, en tanto importa la transgresión de las garantías constitucionales del debido proceso, la defensa en juicio, el principio del acusatorio y la "*reformatio in pejus*".

Destaca que en la instancia de origen las partes acordaron, en el marco de un proceso abreviado, una calificación legal y una pena para esa subsunción penal del suceso que subsumieron en los arts. 42 y 80 inc. 7° del código sustantivo, sin hacerlo respecto de la agravante genérica del art. 41 *bis* del mismo cuerpo normativo. No obstante ello, la Casación al recalificar el hecho como homicidio simple en grado de tentativa, incorporó esa agravante genérica, conculcando así el principio del acusatorio y de la "*reformatio in peius*".

b.i. Además, sostiene que el fallo intermedio conculcó el principio de igualdad (art. 16 y 75 inc. 22°, Const. nac.; 8 y 10, DUDH y 14.1 PIDCyP), desde que los coimputados Galiano y González Bascuñan al ser condenados originariamente y luego recalificado los hechos por la Casación, no se les incluyó la agravante de poblado y en banda en relación al tramo de los hechos enmarcados como robo, a su asistido tampoco debe incluirse desde que la plataforma fáctica resulta idéntica.

c. De modo subsidiario y ante el hipotético supuesto que no se acojan los planteos formulados hasta aquí, la Defensa sostiene que el revisor al casar el pronunciamiento a nivel de la calificación legal no debió fijar la sanción punitiva sino que debió disponer el reenvío a la instancia de origen a esos efectos y de ese modo garantizar las formas

sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia por los jueces naturales como así también la garantía de revisión amplia del fallo de condena por un tribunal superior (arts. 18 y 75 inc. 22, Const. nac.; 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP).

Agrega que de ese modo, se le permite a las partes debatir sobre la penal que finalmente se imponga, especialmente poder considerar la existencia de circunstancias atenuantes sobrevinientes de la penalidad.

d. Asimismo, también en carácter subsidiario, el recurrente aduce la violación al derecho del condenado de ser oído (arts. 8.1 CADH, 14.1 PIDCP y 41 Cód. Penal).

Refiere que esa transgresión se configuró al fijar el revisor sanción penal sin tomar conocimiento directo del encausado. Apoya su discurso con cita de los precedentes "Maldonado" y "Pin" del Máximo Tribunal de la Nación y P. 73.366, respecto de los cuales afirma que no obstante las disimilitudes causídicas existentes entre los mismos y el presente, lo cierto es que en ellos se fijan pautas generales que deben ser observadas con el objeto de evitar las violaciones constitucionales mencionadas.

e. Por último, aduce arbitrariedad por falta de fundamentación en la determinación de la pena, que conlleva la afectación del debido proceso y la defensa en juicio (art. 18, Const. nac.).

Afirma que el revisor luego de recalificar el encuadre normativo dado por el primigenio juzgador y descartar pautas agravantes valoradas en aquella instancia, fijó un monto de pena sin justificar por qué la pena elegida era la apropiada y no otra; es decir



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

P-133289-1

no explicó de qué modo arribó a la pena que en definitiva le impuso a Gumucio como así tampoco cuál fue el punto de partida en la escala penal prevista.

IV. En mi consideración, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal a favor de Claudio Matías Alexander Gumucio no progresa.

a. La Casación al abordar el análisis de los planteos vinculados con la falta de acreditación del elemento subjetivo requerido en el tipo del art. 80 inc. 7° del Código Penal o de dolo homicida, indicó que si bien ese tramo de los hechos no debía ser enmarcado como constitutivo de homicidio *criminis causae* en tentativa, en el caso sí se verificaba el "dolo homicida" en su versión eventual y en la figura básica del homicidio (art. 79, Cód. Penal).

Para fundamentar esa postura sostuvo que: *"... los estados o situaciones subjetivas del agente constituyen una cuestión fáctica modificable en el ámbito casatorio, en aquellos casos donde se constate una irrazonabilidad, arbitrariedad o errada ponderación en su determinación. // En tal sentido, la estructuración del tipo subjetivo de la figura aplicada descansa sobre la consideración del factum materia del pronunciamiento y de los elementos de prueba incorporados a la causa. // Aquellos procesos, en tanto resultan una realidad psicológica, o sea, un proceso psíquico singular, no son demostrable -al menos en el estado actual de la ciencia- en forma directa, ni por supuesto resulta directamente perceptible a través de los sentidos. Su prueba entonces es de naturaleza indirecta, y radica en aquellos indicios que puedan surgir de la forma*

exterior del comportamiento y las circunstancias que rodearon su realización, de los eventuales informes periciales de tipo psicológico o psiquiátrico que se hayan producido, de los testimonios de la víctima o de terceras personas, o cualquier otro medio de prueba pertinente y útil" (fs. 44 y vta).

Luego, destacó que "[e]n el caso -conforme los elementos de prueba señalados por el sentenciante-, estimo que se trata del dolo en su modalidad 'eventual' el cual, cabe aclarar, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor. // Es que no concurren al caso circunstancias que permitan afirmar que el individuo aquí juzgado no fuera consciente del peligro generado con su comportamiento para la vida de L. P., pues no escapa al conocimiento normal, el dato a partir del cual, ya blandir un arma de fuego de alto poder vulnerante, puesta en condiciones de uso inmediato -repárese en que la producción del disparo requiere el ejercicio voluntario de desactivación de todos los seguros e inhibidores mecánicos de prevención- del modo en que Gumucio lo hizo, supone la posibilidad concreta y previsible de producir no sólo un daño en la salud del sujeto pasivo sino también su muerte, más aún cuando, como en el caso, se descerraja efectivamente un disparo, en el marco de un robo, previo rumbear la puntería hacia donde se encontraba la persona ofendida. Ello muestra que la conducta desarrollada por Gumucio fue realizada, aunque lo haya sido con una distinta finalidad, incluyendo en sus cálculos la concreción del riesgo de muerte por él introducido. // Así las cosas, no puede negarse que al menos hubo aceptación o



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

P-133289-1

indiferencia por parte del imputado respecto de la probable producción del resultado mortal, quien no obstante se decidió a actuar de la forma en que lo hizo, pese a conocer la posibilidad de que su conducta cause dicho resultado. // Es que, como puede advertirse aquél se ha decidido, mediante la realización de actos concluyentes, por vulnerar el bien jurídico vida pues, descartado que la detonación de la pistola se haya producido fortuitamente, y en cuenta de que el acusado ha contado con la contingencia de que el disparo impactara en la humanidad de P., se puede apreciar que ha asumido en su voluntad esa consecuencia, más allá de que no se comprobara su propósito directo de herir de gravedad a la víctima, desde que, a pesar de todo, perseveró en la persecución de su finalidad inmediata de robar al conductor y acompañantes del Reault Clío, guiado siempre por la voluntad de que detuviera la marcha para así obligarlos a bajar del vehículo y sustraerles sus pertenencias junto con el vehículo en cuestión en el que finalmente huyeron" (fs. 44 vta./45).

Seguidamente repasó el contenido de los testimonios empleados para acreditar la materialidad ilícita (en particular lo sostenido por B.) e hizo hincapié en las características (por el horario, con gran concurrencia de personas) del lugar donde se llevó adelante el hecho como así también destacó la prueba pericial balística, fotográfica, transcripción de llamados telefónicos al 911 y historia clínica de L. P. (v. fs. 46 y vta.). Con dicha base sostuvo que "[e]l cuadro de circunstancias, permite verificar la consciencia sobre extremos fácticos reconocibles y reconocidos en el caso concreto, sobre los que es razonable inferir la altísima probabilidad de producción del resultado y

cuyo riesgo letal no puede ser tenido como lejano o remoto. // El cuadro descripto muestra que en la actitud desplegada por Gumucio, éste priorizó el éxito de su propia empresa sobre cualquier otro bien jurídico en juego, despreciando enteramente las consecuencias dañosas que, por doquier, emergían como de probable producción respecto de personas y bienes comprometidos en su actitud, siendo indudable que un día de semana alrededor de las cinco de la tarde en el lugar en que ocurrieron los hechos, transitaba gran contingente de personas, lo cual evidencia con plenitud su representación del resultado y su decisión de seguir obrando, con independencia de lo que pudiera ocurrir. Así pues, los hechos probados permiten abastecer, tanto el riesgo serio de lesión del bien jurídico vida como su aceptación, requeridos por el dolo condicionado que prevé, en el plano subjetivo, la figura penal de homicidio por la que Gumucio fue condenado, no obstante rectificar en esta instancia la figura agravada del art. 80 inc. 7° del C.P. impuesta por el a quo" (fs. 46 vta./47)

a.i. Bajo dicho contexto, se advierte que el discurso recursivo presentado por la Defensa se trasluce como una mera discordancia con la decisión del revisor, en la medida que no rebata de modo eficaz sus fundamentos. Este método, por cierto, resulta inidóneo para conmover en modo alguno lo decidido que debe permanecer incólume (arg. doct. art. 495, CPP).

En primer término, y en cuanto al principio *in dubio pro reo*, en atención a su eventual raigambre federal, cabe señalar que el reclamo se encuentra desprovisto de desarrollos argumentales que le den sustento. Tiene dicho esa Suprema Corte de Justicia



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

P-133289-1

que “*si bien la sentencia de condena solo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del encausado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el análisis de la prueba a tenor del principio favor rei, si no es posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto impide alcanzar ese grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva. Nada de ello el recurrente ha logrado aquí demostrar, de manera que justifique sortear el límite establecido por el art. 494 del Código Procesal Penal (causas P. 103.093, resol. de 14-VII-2010; P. 112.761, resol. de 19-IX-2012; P. 112.573, resol. de 19-XII-2012; P. 113.417, resol. De 10-IV-2013; P. 115.269, resol. de 27-XI-2013; e.o.)*” (causa P. 133.630, sent. del 28 de octubre del 2020).

En esa línea, el recurrente asume y deja incontrovertido que Gumucio fue quien disparó en el hecho. A partir de ese dato, el defensor pretende reconducir el principio alegado sobre el aspecto subjetivo del tipo penal endilgado, en tanto infirió un dolo eventual homicida y no se posó sobre el dolo eventual del resultado del hecho –lesiones gravísimas-. Allí el yerro del recurrente, pues tiene una visión del hecho ceñida en el “resultado”, cuando en realidad, y como sucede en los delitos tentados, el resultado no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Asimismo, concuerdo con el impugnante que la tentativa de homicidio en este hecho también podría habersele imputado respecto de las personas que se encontraban dentro del automóvil Clio -Lizuain, Brandoni y Grillo-, pero ello siquiera formó parte de lo debatido y decidido en las instancias previas.

Cerrando este tramo, el recurrente invoca simplemente una versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos (duda sobre el dolo del autor), pero no pone en evidencia que del análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto se impida alcanzar aquel grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva. Y si con tal argumentación se intenta sostener una suerte de resultado fortuito de acuerdo a lo declarado por B., el mismo no viene correctamente demostrado. Media insuficiencia (art. 495, CPP).

a.ii. Por otro lado, la defensa denunció afectación al principio de igualdad.

Cabe señalar que los coimputados Galiano y González Bascuñan también fueron imputados del hecho que aquí se analiza, resultando condenados por el Tribunal en lo Criminal n° 5 y n° 2 de Lomas de Zamora, respectivamente. El primero de los nombrados fue condenado –en lo que aquí interesa resaltar- por resultar “coautor” del delito de homicidio agravado en grado de tentativa y robo calificado por el uso de arma de fuego; en tanto que el segundo fue condenado por resultar “coautor” del delito de robo doblemente agravado por su comisión con arma de fuego y por haber causado lesiones gravísimas. Acumuladas las actuaciones en sede casatoria, la Sala II –misma que actuó en el trámite recursivo de Gumucio- recalificó el hecho respecto de Galiano y lo condenó por resultar “coautor” robo doblemente agravado por su comisión con arma de fuego y por haber causado lesiones gravísimas y confirmó la condena impuesta González Bascuñan (sent. del Tribunal de Casación Penal, Sala II, causas registradas bajo los nros. 74.596 y su acumulada 80.477, del



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

P-133289-1

4 de abril del 2017).

Ante ello, la defensa interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley a favor de ambos imputados, los que fueron rechazados por esa Corte (v. fallos P. 132.072, sent. del 14 de agosto del 2019 y P.130.457, sent. del 19 de septiembre de 2019). Frente a esa decisión, la defensa articuló recurso extraordinario federal a favor de sus dos asistidos, el que sólo fue concedido parcialmente en lo que respecta a la denuncia de apartamiento de la doctrina de la Corte Federal (*in re* “Farina”) sobre la prescripción de la acción penal del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil imputado a Galiano (P. 130.457, sent. del 13 mayo del 2020); finalmente la defensa interpuso recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado –sobre los tramos inadmitidos-, el que aún se encuentra en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJ 699/2020, página web: www.pjn.gov.ar donde se encuentra digitalizada la causa de referencia).

Ahora bien, la defensa entiende que debe primar el principio de igualdad y, en consecuencia, condenar a su pupilo Gumucio en orden al delito de robo doblemente agravado por su comisión con arma de fuego y por haber causado lesiones gravísimas, de la misma forma que a los coimputados Galiano y González Bascuñan.

Como ya adelanté, el planteo no progresa pues presenta una multiplicidad de falencias técnicas.

En primer término, corresponde señalar que la sentencia dictada por el Tribunal de Casación Penal sobre los imputados Galiano y González Bascuñan fue dictada el 4 de abril del 2017, momento al que aún no se encontraba condenado Gumucio. Tal

planteo podría haber sido debatido en un juicio oral, pero a contrario la defensa optó por suscribir un acuerdo de juicio abreviado en fecha 29 de agosto de 2017 por una calificación más gravosa (v. fs. 1/2); más aún, dicho agravio podría haber sido introducido en el recurso de casación que fuera interpuesto el 3 de noviembre de 2017 (v. fs. 14/24), con el agregado de que indefectiblemente intervendría la Sala del órgano de alzada que había revisado las condenas de los coimputados (v. fs. 30). En consecuencia, el agravio resulta fruto de una reflexión tardía que conduce a afirmar su extemporaneidad (args. art. 451, CPP). Asimismo, la defensora tampoco trae argumentos por los cuales se debería sortear ese obstáculo y así abordar ese planteo.

Por otro lado, considero que la recurrente debió demostrar cuál era el agravio actual de la cuestión federal que pretende someter a este Alto Tribunal Provincial; es que para pregonar “igualdad”, la sentencia que toma como referencia para equipararse (me refiero a la dictada por el Tribunal de Casación Penal en causa 74.596 y 80.447) no se encuentra firme. En efecto, ese deber no fue cumplido por la impugnante y no demuestra si tal circunstancia podría desembocar, de acuerdo a su petición, en una resolución prematura (téngase en cuenta que una variación en las causas seguidas a Galiano y González Bascuñan -absolución por falta de demostración de la coautoría, tal como lo pretende la defensa- desvirtuaría la igualdad pretendida por falta de sentencia a la cual equipararse). (cfr. arts. 3 inc. “c” de la Ac. 4/2007, CSJN y 421 del CPP).

Finalmente, tiene dicho invariablemente la Corte Federal que “*el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de*



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

P-133289-1

nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos" (Fallos: 16:118; 137:105; 270:374; 306:1560, entre otros)" (CSJN Fallos 320:2145, e/o).

Con ese norte, la recurrente debía demostrar, para aplicar el principio de igualdad, que todos los coimputados se encontraban en "idénticas condiciones" fácticas. Esto significa, a mi entender, que era carga de la impugnante realizar un detallado análisis del hecho II y sopesar los roles y aportes efectuado a ese suceso por los participantes (tanto objetivos como subjetivos de acuerdo a las constancias comprobadas de la causa). En el caso concreto, debió ponderar la conducta de cada uno de los intervinientes en el hecho (quién disparó y quienes no) y a partir de ello, si se pudo acreditar en cada imputado el dolo de matar o no. Esto último resultaba dirimente para el planteo, desde que las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal en lo Criminal ° 2 de Lomas de Zamora en contra de González Bascuñan y por el Tribunal casatorio contra Galiano, han afirmado que ellos no resultaron ser los ejecutores del disparo y por tal motivo debían responder por la agravante prevista en el art. 166 inc. 1 del Código Penal dado que ella también encierra resultados "accidentales" de la violencia desplegada en el robo.

Pese al acierto o el error de todo ello, queda a las claras que no se pudo probar el dolo de matar respecto de Galiano y González Bascuñan (tal como

pretendía el Ministerio Público Fiscal), por lo que el actuar de Gumucio se refleja como un exceso del plan; es a partir de estas circunstancias probadas en las causas que debió argumentar la recurrente porqué se debía aplicar el principio de igualdad, aspectos sobre los que no incurrió. Media también insuficiencia (art. 495, CPP).

b. En lo que respecta al agravio relativo a la afectación de los principios acusatorio y *reformatio in peius*, no puede tener acogida favorable.

Cabe destacar que en el caso, el fallo originario tuvo su origen en el procedimiento de juicio abreviado, en el que las partes presentaron al juzgador un acuerdo en el que concordaron con el hecho a atribuir al encausado, como así también la calificación legal bajo el cual debía enmarcarse el mismo y la sanción penal que correspondería aplicarle a Gumucio (arts. 335, 395 y sgts. CPP). Concretamente, acordaron calificar legalmente los hechos como homicidio *criminis causae* en grado de tentativa en concurso real con robo doblemente calificado por el uso de arma y en poblado y en banda, fijando la sanción penal en catorce años de prisión (v. fs. 1/3 vta.).

Bajo ese contexto, resulta claro que las partes renunciaron a la realización de la respectiva audiencia de debate oral y pública (art. 338 y sgts., CPP), de ese modo las partes quedaron enmarcadas en el acuerdo al que arribaron y el sentenciante al no evaluar diferencias insalvables resolvió encuadrar los hechos bajo los términos de los artículos 42, 80 inc. 7 y 166 inc. 2 del Código Penal y fijando la sanción en catorce años de prisión.

No obstante ello, la Defensa ejerció su derecho al recurso y ocurrió en casación reclamando, en lo que aquí respecta, modificaciones en la calificación legal



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

P-133289-1

y consecuentemente en la sanción penal en virtud que la primera resultaban más benévola.

La Casación consideró apropiado acoger el reclamo modificando el encuadre normativo bajo el cual debía enmarcarse parte de los hechos atribuidos a Gumucio, los fijó como constitutivos de homicidio en grado de tentativa, agravándolo por el uso de arma de fuego en concurso material con el delito contra la propiedad y redujo la sanción penal, fijándola en doce (12) años de prisión.

b.i. Preliminarmente, considero que de las denuncias relativas a la afectación de los principios del acusatorio, contradictorio, debido proceso y el derecho de defensa en juicio, sólo recibió admisión -en el auto de admisibilidad del *a quo*- el primero de ellos. Sin perjuicio de lo señalado, y al estar estrechamente conectados esos principios y derechos, haré las siguientes consideraciones.

En primer lugar, los principios y derechos anteriormente indicados vienen ensayados de una forma tan genérica que resultan ineficaces para conmovier lo fallado por el *a quo* (art. 495, CPP), pero, pese a ello, sostengo lo siguiente.

Tiene dicho esa Suprema Corte local que *“al incorporarse el art. 41 bis al Código Penal a través de la ley 25.297 (B.O., 22/IX/2000), se estableció en la Parte General del digesto una "agravante genérica" o referencia típica destinada a integrar como elemento calificante ciertos delitos de la Parte Especial. Ello supuso una elevación de la escala penal de los ilícitos que contemplan en su núcleo típico la violencia o intimidación contra las personas, cuando tuvieron lugar mediante el empleo de un arma de fuego”* (causa P. 121.400, sent. del 14 de diciembre del 2016, entre muchas

otras).

Con ese piso, es doctrina legal que el art. 41 bis del Código Penal no resulta ser una circunstancia agravante ordinaria de las previstas en el artículo 41 del Código Penal, sino ante un “elemento calificante” de ciertos delitos; es decir, es parte de la calificación legal del hecho.

Ahora bien, cuando únicamente la defensa interpone recurso de casación pretendiendo una casación por violación a la ley sustantiva -art. 460, CPP- ello deja aperturada a esa instancia la posibilidad de modificar el encaje legal, siempre y cuando no la empeore ni sea sorpresiva, extremos que no ha desarrollado ni demostrado la impugnante (art. 495).

Adviértase que la defensa, al recurrir a casación, sostuvo que su asistido: a. no fue autor de los hechos, ya sea por falta de pruebas o por el beneficio de la duda, b. no fue el autor del disparo contra L. P. y que no se ha demostrado ni la ultrafinalidad que requiere la figura calificada ni el dolo homicida (v. fs. 17 vta./22 vta.).

En efecto, el tramo donde denuncia la afectación al principio acusatorio –contradictorio- no prospera (cfr. art. 495, CPP). El hecho de que las partes hayan suscripto un acuerdo –a la postre convalidado por el magistrado- en donde no se incluyó una agravante y que el revisor la implantó ante un recurso de la defensa –producto de la casación que le solicitaba la parte recurrente (v. fs. 22 vta.)-, indudablemente, la cuestión remite a una cuestión de orden procesal (args. art. 460, CPP), aspecto que se encuentra vedado a esa Corte local abordar, sin que la recurrente demuestre la afectación de acuerdo a las concretas



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

P-133289-1

circunstancias de la causa.

Por otro lado, los argumentos expuestos por la recurrente no evidencian que la instancia revisora haya provocado una afectación de la situación procesal de su asistido, ni explica qué defensas o alegaciones se vio impedido de ensayar frente al cambio generado en la calificación legal (art. 495, CPP). Es que la modificación operada en la alzada no se funda en una nueva valoración de la prueba y determinación de los hechos, sino que se limita exclusivamente al encaje legal asignado a los hechos. Es oportuno recordar aquí que la consideración jurídica que debe darse a un hecho conocido y discutido por las partes, en tanto no resulte sorpresiva, es una atribución de los magistrados en ejercicio de su jurisdicción (P. 67.346, sent. de 23/4/2003 y P. 112.310, sent. de 24/10/2012 y más recientemente P. 131.470, sent. del 27 de julio del 2020).

Es que el medio empleado -arma de fuego- para la perpetración del delito contra la vida siempre fue considerado fácticamente en este proceso. Las partes al acordar la aplicación de los delitos de homicidio *criminis causa* en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el empleo de armas de fuego y en poblado y en banda, aceptaron que el “homicidio” se encontraba *conectado* con el delito contra la propiedad; de este modo, el “otro delito” (robo), al ser ejecutado con armas de fuego era una circunstancia conocida por las partes y por lo tanto no puede ser tachada de sorpresiva su aplicación al caso.

En otro orden, esa Suprema Corte de Justicia –al igual que esta Procuración General- ha sostenido que “*a pesar de que en el caso que nos ocupa el órgano*

revisor **no aumentó la pena**, sino que por el contrario **disminuyó la misma**, conforme lo explicaré con más detalle, la asignación a un extremo fáctico de consecuencias jurídicas no requeridas por la defensa (cuando sólo ésta había abierto la jurisdicción revisora) implicó la modificación en contra de los intereses del imputado de la escala de punibilidad correspondiente a los delitos por los cuales Tolosa había sido condenado, de manera que su situación procesal **se vio empeorada**, lo que no obsta a que luego se le redujera la sanción, ya que tal decisión se determinó dentro del marco punitivo ilegítimamente agravado...// Este último aspecto del fallo afectó la situación obtenida por el procesado Tolosa merced a una sentencia consentida por el Ministerio Público Fiscal y lesionó de ese modo la garantía del art. 18 de la Constitución nacional. Pues las expectativas ciertas de disminución del monto de la sanción **en el marco de la escala penal que para la defensa era razonable esperar en virtud de su única potestad recursiva ejercida**, se vieron empeoradas cuando el Tribunal de Casación consideró una circunstancia calificante del tipo penal -que nunca había sido discutida en tales términos-, que como consecuencia modificó la escala de punibilidad sobre la que finalmente se individualizó la sanción. En resumen, se verifica que la circunstancia modificadora de la calificación legal considerada por la alzada tiene directa incidencia en la escala punitiva (dado que aumenta el mínimo y el máximo en un tercio, -conf. art. 41 bis, C.P.-) en infracción al art. 435 citado, pues sin perjuicio de la reducción nominal del monto punitivo, lo cierto es que al momento de determinar la sanción, de haber actuado conforme a la regla citada, **la abstención de tal valoración pudo reflejarse en**



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

P-133289-1

una graduación menor (conf. mutatis mutandi, P. 73.199 cit.)” (causa P. 117.331, sent. del 24 de febrero del 2016, voto de la Dra. Kogan).

En las presentes actuaciones sucede algo similar pero no idéntico; es que si bien el Tribunal casatorio disminuyó la pena y agregó una agravante genérica, su marcó punitivo no se vió concretamente agravado. Me explico.

La pretensión de la defensa al recurrir -en lo que aquí interesara eliminar la calificante prevista en el art. 80 inc. 7 del Código Penal del delito tentado, lo que hubiera conllevado a una escala penal de cuatro (4) años a dieciséis (16) años y ocho (8) meses de prisión (79 y 42, Cód. Penal). Por su parte, el tribunal revisor hizo lugar a ese planteo pero aplicó de oficio la agravante genérica prevista en el art. 41 *bis* del Código Penal aumentando esa escala penal -pena mínima de cinco (5) años y cuatro (4) meses de y a una pena máxima de veintidós (22) años, cuatro (4) meses y veinte (20) días de prisión-.

Entiendo que el Tribunal de Casación Penal podía mutar la calificación legal a la que impuso -producto del principio *iuria curia novit*- pero respetando los márgenes penales del art. 79 y 42 del Código Penal para no incurrir en la prohibición de reformar para peor. Ello fue lo que sucedió.

Nótese que el precedente P.117.331 se indicó expresamente que “... *la ponderación de la utilización de un arma de fuego como circunstancia modulante de la pena no fue propuesta por la Fiscalía en ocasión de formular los alegatos, (ni en el marco de la calificación legal ni en el ámbito de la determinación de la pena), ni resultó incorporada por el tribunal de juicio al subsumir los hechos materia de*

acusación en la significación jurídica escogida. Sin embargo se advierte que la Sala Tercera del Tribunal de Casación la consideró en su sentencia (v. voto del doctor Borinsky "convengo ... con los fundamentos expresados por el Dr. Violini en punto a la aplicación de la escala contemplada por el artículo 41 bis..." -fs. 185- y cita de la norma legal en parte dispositiva -fs. 187-)". El subrayado me pertenece.

He aquí la diferencia de aquel fallo con este caso, pues el Tribunal de alzada en ningún momento consideró expresa ni implícitamente la agravante genérica para determinar una nueva escala penal. Más aún, se puede inferir del pronunciamiento ahora atacado que al excluir una agravante (la peligrosidad) e incorporar otra agravante que aumentaba los marcos punitivos no había motivos para modificar la pena; a contrario, el *a quo* redujo la pena en dos (2) años de prisión, lo que conduce a afirmar que la aplicación del art. 41 bis del Código Penal en el *sub lite* no tuvo absolutamente ninguna incidencia en la escala penal.

Lo señalado va en consonancia con la doctrina de esa Suprema Corte de Justicia que indicó que "*la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que '...la doctrina de la reformatio in peius en materia penal, se sostiene sobre dos recaudos constantemente exigidos: falta de recurso acusatorio y agravación de la pena'* (CSJN Fallos: 315:281 y 315:290, disidencia del señor Juez Barra). Y que '*...esta garantía estaría reservada, para el caso en que el tribunal superior agrave la pena, habiendo recurrido el imputado ante la inacción del Ministerio Público'* (CSJN Fallos: 324:4309, cons. 3, acápite "c", del dictamen que la Corte comparte; P. 99.586, sent. de



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

P-133289-1

16-VII-2014)” (causas P. 126.047, sent. del 13 de junio del 2018, e/o).

Por todo lo expuesto, no demuestra la recurrente que en el *sub examine* el tribunal de alzada haya agravado la escala penal al aplicar el art. 41 *bis* del Código Penal, por lo que debe ser rechazado el planteo.

Por otro lado, idénticos déficits padece el argumento destacado en el punto III.b.i, vinculado con la transgresión al principio de igualdad en lo que respecta al hecho contra la propiedad, por lo que corresponde remitirse al punto IV.a.ii.

c. Los planteos subsidiarios (punto III.c, d y e) del mismo modo, resultan inadmisibles.

Considero que la asunción de competencia positiva en el trámite recursivo en materia de individualización de la pena no implica vulneración a la garantía de revisión amplia (arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCyP) ni al derecho a ser oído (arts. 8.1, CADH y 14.1, PIDCyP).

Cabe recordar que es doctrina de esa Suprema Corte de Justicia que *“el derecho a obtener la revisión integral de la sentencia de condena es precisamente el que la parte ejerció con su recurso de casación. En esa instancia, la parte obtuvo el progreso parcial de sus pretensiones, lo que se tradujo en una reducción de la pena que había sido impuesta al imputado en sede originaria. Esa adecuación integra la tarea de revisión -art. 460 del Código Procesal Penal- (conf. causa P. 126.664, sent. de 5-IV-2017; e.o.). No debe confundirse la situación del presente caso, en la que la Casación trata y recepta parte de los agravios de la defensa sobre la calificación legal, y*

consecuentemente reduce la pena impuesta en la instancia anterior, con la de una condenación dispuesta en esa sede (accediendo a un recurso fiscal), modificatoria de una previa absolución. En ese segundo caso la primera condena sería la dictada por el órgano revisor, y por eso es que su decisión, que es novedosa y como tal no ha tenido revisión, requiere que la parte pueda impugnarla con amplitud, en cumplimiento de lo establecido por el art. 8.2."h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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). Bien diferente es la situación de autos. La decisión que hace lugar parcialmente al recurso de la defensa y reduce la pena fijada en la primera instancia no puede asimilarse al fallo condenatorio que cubren las normas y precedentes citados por la parte, que es el que hace indispensable la revisión amplia ya mencionada, porque esa reducción de pena es fruto precisamente del cumplimiento del derecho a la revisión del fallo condenatorio." (causa P. 128.923, sent. del 10/10/2018).

De este modo, y siguiendo la doctrina de esa Suprema Corte local, considero que no resultaba necesario reenviar a la instancia la causa para que se determine nuevamente la pena en el tribunal de mérito (cfr. art. 460, CPP).

Por otra parte, la defensa denunció apartamiento por parte del Tribunal de Casación de precedentes de la Corte de Justicia de la Nación, pero "no se ha hecho cargo de las diferencias existentes entre los casos resueltos en dichos pronunciamientos y la de autos. Ninguna de las circunstancias tenidas en cuenta por la Corte



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

P-133289-1

nacional en los precedentes de mención se advierte en la especie, toda vez que –en lo medular- no se trata aquí del juzgamiento de menores punibles sujetos a un régimen normativo específico (como en "Maldonado") ni se configura la situación del caso "Pin", pues el órgano casatorio provincial -lejos de revocar una sentencia absolutoria- mutó parte del encuadre normativo dado originariamente al evento juzgado y disminuyó el monto de la pena impuesta a Gumucio.

Asimismo, ha dicho reiteradamente esa Corte local que *“El pretendido planteo constitucional traído por la parte -derecho del condenado a ser oído- intenta poner en evidencia un supuesto déficit procedimental anterior al dictado de la sentencia, que -además de vincularse con cuestiones típicamente procesales- impide tener por demostrada la afectación de la mencionada garantía; pues no ha sido articulado con una específica descripción del concreto gravamen irrogado a la parte. Por lo demás, resulta de interés señalar que la cuestión es sustancialmente análoga a lo resuelto por esta Corte en la causa P. 110.005 (resol. de 7-IX-2011). En este sentido, en cuanto a la imposición de la pena sin tomar previamente conocimiento de visu del procesado basta establecer que ni los imputados, ni su defensa, manifestaron la intención de comparecer ante el Tribunal revisor, en los términos de lo establecido en la parte final del mentado segundo apartado del art. 41 del Código Penal, con antelación a que revisara sus condenas...”* (causa P. 132.568, sent. 3 de junio del 2020).

Ello resulta aplicable al *sub examine* pues ninguna petición al respecto fue articulada en el recurso obrante a fs. 22 vta./24 vta., ni en la presentación de fs. 31 y vta., por la cual la defensa desistió de la audiencia de informes.

Finalmente, respecto del agravio vinculado con la denuncia de arbitrariedad por falta de fundamento en el proceso de determinación de la sanción penal, corresponde señalar que la Casación (punto V, fojas 47vta./48vta.) expuso los fundamentos por los cuales estimó que debía descartarse la pauta agravante considerada originariamente; en ese sentido subrayó que la misma, al igual que con los atenuantes, las partes en el marco del proceso abreviado no habían acordado la valoración de esas circunstancias y que el único tope que debía observar el sentenciante, resultaba ser la pena acordada por las partes en ese proceso y que el mismo podía fijar la sanción dentro del mínimo legal estipulado para el delito reprochado y ese máximo. Luego, estimó que tras la eliminación de la pauta aumentativa (la peligrosidad), resultaba apropiada la imposición de una pena de 12 años de prisión.

Contrariamente a lo sostenido por el impugnante, el agravio fundado en la denuncia de arbitrariedad por falta de fundamentación de la determinación de la pena, no ha sido articulado por el recurrente con la suficiencia y la carga técnica necesaria para evidenciar su pretensión (art. 495, CPP).

Como ya se señaló, el órgano casatorio redujo la pena del imputado; de lo que emerge que el impugnante no demuestra, ni se advierte de su lectura, que



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

P-133289-1

la sentencia carezca de fundamentación suficiente, lo cual la pone a salvo del vicio atribuido y torna indemostrada, también, la alegada violación de garantías constitucionales.

Y finalizando, es doctrina de esta Suprema Corte de Justicia, que el Código Penal no contiene un determinado sistema legal para efectuar la dosimetría, ni un punto de ingreso a la escala penal dentro del marco de las escalas previstas para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad por los arts. 40 y 41 del Código Penal (conf. causas P. 67.662, sent. de 10-IX-2003; P. 105.758, sent. de 3-III-2010; P. 111.426, sent. de 12-IX-2012; P. 112.316, resol. de 17-IV-2013; P. 112.514, resol. de 24-IV-2013; e. o.). A su vez, el disenso de la parte acerca de la incidencia sobre el *quantum* de la pena a aplicar de la circunstancia agravante computada no implica ni significa violación legal alguna (causas, por muchas, P. 64.969, sent. de 12-III-2003 y P. 73.338, sent. de 25-VI-2003).

V. Por lo expuesto, considero que esa Corte Suprema de Justicia debe rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal a favor de Claudio Matías Alexander Gumucio.

La Plata, 23 de diciembre de 2020.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

23/12/2020 15:13:08

