



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

P-136396-1

"M. A., O. A. s/
Recurso extr. de
inaplicabilidad de ley en
causa n° 104.624 del
Tribunal de Casación
Penal, Sala V"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por la defensa de O. A. M. A. y confirmó el pronunciamiento del Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial San Isidro que condenó al nombrado a la pena de veinticinco (25) años de prisión, accesorias legales y costas, por ser hallado autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego reiterado -dos hechos-, amenazas calificadas y portación ilegal de arma de fuego de uso civil (v. Sala V del Tribunal de Casación Penal, sent. de 14-VII-2021).

II. Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Oficial Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, Ignacio Juan Domingo Nolfi, que fue declarado parcialmente admisible, únicamente en relación a la denuncia de errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal (v. recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Oficial Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, Ignacio Juan Domingo Nolfi; y Sala V del Tribunal de Casación Penal, resol. de 7-XII-2021).

Formulada queja, esa Suprema Corte

resolvió declararla inadmisibile por extemporánea (v. Suprema Corte de Justicia, resol. de 6-V-2022).

III. Limitado el tratamiento del recurso a lo expuesto en el punto II, el recurrente denuncia erróneamente aplicada la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del Código Penal.

En tal sentido, sostiene que en el caso no se da el plus de violencia e intimidación requerido por la norma y que no se encuentra justificada la razonabilidad de su aplicación.

Entiende que el empleo del arma de fuego utilizada para causar las muertes da cuenta de la plural punición de la misma circunstancia, utilizada al mismo tiempo para aplicar el art. 41 bis del Código Penal.

Solicita que no se aplique la agravante genérica de mención, con la consecuente reducción del monto punitivo a imponer.

Subsidiariamente plantea la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal. Considera que la aplicación de dicha norma al caso concreto, convierte a la escala penal aplicable en irrazonable y desproporcionada -ello teniendo en cuenta que el máximo de pena del homicidio sería superior a los treinta y tres (33) años de prisión-.

Finalmente añade que la norma cuestionada contiene un texto impreciso -que deja al juez un margen extremadamente amplio para decidir en qué casos aplicarla y en cuáles no-, indeterminado y general, que no satisface las exigencias derivadas de un Estado constitucional de derecho.



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

P-136396-1

IV. Estimo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto debe ser rechazado. Ello así, toda vez que de la lectura de la sentencia del órgano casatorio, no advierto falencias que la descalifiquen en los términos propuestos por la defensa.

1. Liminarmente, destaco que tanto la materialidad ilícita como la autoría del imputado llegan incontrovertidas a esta instancia.

Así y en lo que aquí interesa, el tribunal de juicio tuvo por acreditado que *"El día 10 de marzo del año 2017, aproximadamente a las 00:30 hs., en la vía pública, más precisamente en la Av. P., entre U. y C. de la localidad de L., partido de P.; el aquí imputado O. A. M., alias "M.",*

mediante el empleo de un arma de fuego -el resaltado me pertenece- *que detentaba en condiciones inmediatas de uso y sin la debida autorización legal para ello, con intención de matar, efectuó varios disparos en dirección al cuerpo de las víctimas [...]; los cuales ocasionaron lesiones que provocaron el inmediato deceso de los nombrados [...]"* (Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial San Isidro, veredicto de 18-XII-2019).

Interpuesto el recurso de casación, el *a quo* sostuvo la aplicación de la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del Código Penal.

Para ello se hizo eco de lo resuelto en el plenario del Tribunal de Casación Penal en la causa n° 36.328, donde concretamente se dispuso que la norma en cuestión resultaba aplicable a la figura tipificada en el art. 79 del Código Penal.

Luego de ello abordó el planteo de inconstitucionalidad, expresando que la excepcionalidad de su declaración requería que el enfrentamiento entre normas de diferente rango resultase claro, palmario, contundente y verificado.

Consideró, en tal sentido, que el planteo del impugnante no abastecía la exigencia mencionada y agregó que existía un fundamento razonable para la aplicación del art. 41 bis del Código Penal en relación al delito de homicidio simple, que radicaba en la facilitación del hecho a distancia y la consecuente disminución de la capacidad de la víctima que el empleo de un arma importaba.

A ello y para sellar la suerte del recurso, el revisor añadió que la defensa únicamente brindó argumentos dogmáticos, sin mencionar ningún tipo de circunstancia particular del caso concreto que permitiera declarar la inconstitucionalidad de la norma.

2. Paso a dictaminar.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el punto anterior considero que, en esencia, los planteos del recurrente resultan ser una reedición de los agravios del recurso de casación y que los mismos encontraron cabal respuesta en el pronunciamiento atacado, sin que sus críticas pasen de ser una mera opinión personal que discrepan del criterio del revisor y sin evidenciar que se haya incurrido en vicio lógico alguno que permita conmovier lo resuelto.

En tal sentido, el mero disenso no resulta ser un medio de cuestionamiento idóneo desde el ángulo de la técnica del carril instado (cfr. doctr. SCBA



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

P-136396-1

causas P. 135.229, sent. de 1-VI-2022; P. 134.480, sent. de 22-VI-2022; y P. 134.484, sent. de 30-VI-2022; e.o.). Media, por tanto, insuficiencia (arg. doctr. art. 495, CPP).

Conforme lo expuesto en el apartado anterior, se encuentra acreditado que los homicidios fueron cometidos mediante el uso de un arma de fuego y que, a consecuencia de ello, fue aplicada la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal que expresamente prevé la elevación de la escala penal establecida para el delito de que se trate en un tercio en su mínimo y su máximo -sin que pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda-, cuando el delito se cometiere mediando violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego. Asimismo, se dispone que dicha norma no será aplicable en aquellos casos en los que la circunstancia mencionada ya se halle contemplada como elemento constitutivo o calificante del tipo penal.

En virtud de ello, coincido con el *a quo* en que corresponde aplicar al caso la agravante cuestionada, lo que resulta conteste con lo dicho por ese Máximo Tribunal provincial.

En efecto es doctrina legal de esa Suprema Corte de Justicia que la agravante contenida en el art. 41 bis del Código Penal es aplicable al delito de homicidio simple, siendo el fundamento de su aplicación la mayor contundencia y poder de vulnerabilidad sobre las víctimas (cfr. doctr. SCBA causa P. 129.970, sent. de 24-IV-2019).

De ello se deduce que la utilización de

un arma de fuego ya de por sí aumenta la contundencia del ataque y la vulnerabilidad de la víctima siendo ese -como se afirmó- su fundamento, sin requerirse el plus de violencia o intimidación que la defensa arguye que la norma reclama.

Asimismo debo señalar que si bien resulta claro que la violencia está ínsita en el delito de homicidio, lo cierto es que su comisión mediante el uso de un arma de fuego no se encuentra establecida como elemento constitutivo del tipo básico del art. 79 del Código Penal, ni como calificante del mismo. Y por ello la exclusión prevista en el segundo párrafo del art. 41 bis del Código Penal no resulta aplicable al caso (cfr. doctr. SCBA causas P. 132.881, sent. de 2-IX-2020; P. 131.348, sent. de 2-VII-2020; e.o.).

Respecto al planteo subsidiario vinculado a la inconstitucionalidad debo decir, en primer lugar, que dicha cuestión no fue llevada a conocimiento del Tribunal de Casación Penal en el respectivo recurso sino que recién fue alegada en el memorial sustitutivo de la audiencia que regula el art. 458 del Código Procesal Penal. Por tanto, el revisor no estaba obligado a su tratamiento por resultar extemporáneo (arg. doctr. arts. 451 y 458, CPP).

De todas formas, entiendo que este agravio debe correr la misma suerte que el anterior.

Es doctrina reiterada de esa Suprema Corte de Justicia que la declaración de inconstitucionalidad únicamente tiene cabida como *ultima ratio* del orden jurídico, y que su procedencia requiere que la parte interesada demuestre acabadamente mediante



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

P-136396-1

un sólido desarrollo argumental y con fundamento en las probanzas de la causa, de qué forma la norma cuestionada contraría la Constitución causándole un agravio (cfr. doctr. SCBA causa P. 134.975, sent. de 24-VII-2022).

Puede observarse en el recurso interpuesto que el recurrente se limita a señalar la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal, realizando afirmaciones dogmáticas en relación al mismo pero sin vincular su reclamo con las concretas circunstancias de la causa.

Por ello, debo coincidir con el revisor en que no se encuentra abastecido en el caso el sólido desarrollo argumental requerido por esa Suprema Corte de Justicia para que prospere el planteo de inconstitucionalidad.

A mayor abundamiento cabe señalar que ese Máximo Tribunal tiene dicho que la sola circunstancia de que se agregue una disposición genérica en la parte general del Código Penal que se halle destinada a jugar en relación a los tipos pertinentes de la parte especial, no afecta al principio de legalidad (cfr. doctr. SCBA causa P. 134.975, sent. de 24-VI-2022).

Finalmente tampoco encuentro evidenciada en el caso ninguna transgresión a los principios de razonabilidad y proporcionalidad invocados por la defensa en el tramo vinculado a la graduación de la pena. Ello así, toda vez que si bien menciona que aplicando la norma del art. 41 bis del Código Penal la pena del homicidio superaría los treinta y tres (33) años de prisión, lo cierto es que en el caso concreto la pena impuesta fue la de veinticinco (25) años de prisión -que no supera el máximo previsto para el homicidio simple-,

siendo que el imputado fue condenado por resultar autor de los delitos de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego reiterado -dos hechos-, amenazas calificadas y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, todos ellos en concurso real entre sí.

V. Por lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto el Defensor Oficial Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, Ignacio Juan Domingo Nolfi, en favor de O. A. M. A.

La Plata, 21 de diciembre de 2022.

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

22/12/2022 10:29:09