



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

P-136825-1

"H., L. G. s/Recurso extra. de inaplicabilidad de ley en causa n° 106.852 del Tribunal de Casación Penal, Sala V"

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.** La Sala V del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso homónimo interpuesto por la defensa de L. G. H. y confirmó el pronunciamiento del Tribunal en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Martín -con integración unipersonal y mediante trámite de juicio abreviado- que condenó al imputado a la pena de once (11) años y ocho (8) meses de prisión, accesorias legales y costas, con más la declaración de reincidencia, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de lesiones graves agravadas (hecho I), amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (hecho II), homicidio agravado por el uso de arma de fuego (hecho III) y abuso de armas (hecho IV), todos ellos en concurso real entre sí (v. Sala V del Tribunal de Casación Penal, sent. de 30-XI-2021).

**II.** Contra dicho pronunciamiento formuló recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, José María Hernández, que fue declarado parcialmente admisible por el tribunal intermedio en relación a la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva (v. Sala Sala V del Tribunal de Casación Penal, resol. de 10-V-2022), siendo rechazada por improcedente la queja intentada contra la parcela no admitida (v. Suprema Corte de Justicia, resol. de 3-XI-2022).

**III.** Con el alcance expuesto en el punto que antecede, el recurrente plantea la errónea aplicación al caso del art. 41 bis en relación con el art. 79, ambos del Cód. Penal.

Para solventar su postura, afirma que tanto el homicidio como las lesiones causadas con arma de fuego -y sus respectivas tentativas-, tienen como figura subsidiaria al abuso de armas previsto en los arts. 104 y 105 del Cód. Penal. Y entiende que de ello y del análisis sistemático de nuestro código de fondo, deriva que si el propio art. 41 bis del Cód. Penal está formulado de modo tal que expresamente impide su propia aplicación cuando, como en el caso de las figuras de abuso de armas, la utilización del arma de fuego se encuentra prevista como un elemento del tipo, tampoco corresponde aplicar la agravante genérica a una figura más grave que absorbe en un concurso aparente la punición de los delitos receptados en los arts. 104 y 105 del Cód. Penal.

Agrega que el art. 41 bis del Cód. Penal no resulta de aplicación a los tipos penales de homicidio y lesiones más allá de que estos no contemplen expresamente la utilización de un arma de fuego, toda vez que sí lo hace la tipicidad que se encuentra por ellos absorbida (abuso de armas).

En la misma línea, argumenta que la agravante tampoco puede ser aplicada al art. 165 del Cód. Penal y que, como consecuencia de ello, tampoco resulta aplicable a la figura del homicidio simple, toda vez que su escala penal terminaría siendo más grave que la correspondiente a la figura compleja que comprende el homicidio y el robo.



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

P-136825-1

Solicita que se anule el pronunciamiento atacado en relación a la aplicación de la norma cuestionada, con la consiguiente reducción de la pena.

**IV.** Considero que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no debe prosperar.

Ello así toda vez que de la lectura de la sentencia del revisor, no advierto falencias que la descalifiquen en los términos propuestos por la defensa.

Veamos.

**1.** Liminarmente, corresponde aclarar que tanto la materialidad ilícita como la autoría llegan incontrovertidas a esta instancia, limitándose el reclamo defensivo a la aplicación de la agravante del art. 41 bis del Cód. Penal al hecho III.

Sentado lo anterior, surge de las constancias de la causa que la representante de la acción pública, el imputado y la Defensora Oficial, arribaron a un acuerdo de juicio abreviado, pactando la pena de once (11) años y ocho (8) meses de prisión, en orden a los delitos de lesiones graves agravadas, amenazas agravadas por el uso de arma de fuego, homicidio agravado por el uso de arma de fuego y abuso de armas.

A raíz de ello, el tribunal de mérito dictó sentencia homologando el acuerdo de las partes, por entender ajustados al caso el encuadre legal y la pena.

Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de casación la defensa oficial de H., denunciando la errónea aplicación del art. 41 bis del Cód. Penal en relación al delito de homicidio simple.

Al desarrollar su agravio, la defensora

sostuvo que la razón de ser de la agravante radica en el mayor poder intimidante y en el superior peligro que corre la vida del sujeto pasivo ante la utilización de un arma de fuego y que es por ello que cuando, como en el caso, se concreta la lesión contra el bien jurídico protegido (la vida, en el homicidio), no tiene sentido agravar la conducta por la existencia de un mayor riesgo.

A consecuencia de la actuación de la recurrente se expidió el tribunal revisor que, como adelanté, rechazó el recurso.

Para ello expresó que la calificación legal surgió en virtud de la libre y voluntaria propuesta formulada por las partes y declarada admisible por el magistrado de la instancia de origen.

Luego y en relación a la concreta denuncia de la defensa, el *a quo* hizo referencia a la doctrina plenaria de ese Tribunal de Casación Penal (*in re* "R., F. A. s/Recurso de casación, causa n° 36.328, sent. de 19-IV-2013), que tiene dicho que el art. 41 bis del Cód. Penal resulta aplicable a la figura contenida en el art. 79 del mismo cuerpo legal y que dicha regla actúa generando un tipo delictivo que se encuentra en relación de especialidad con varios tipos penales siempre que éstos no incluyan el empleo de armas y que se trate de delitos dolosos que requieran la existencia de violencia o intimidación como modalidad de ejecución típica.

Siguiendo la doctrina de mención, que entendió aplicable al caso, añadió que el homicidio simple es un delito doloso, cuya acción típica exige sin lugar a dudas que se despliegue violencia en contra de la víctima y que no contiene en su estructura la



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

P-136825-1

circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego, siendo que la misma le brinda al sujeto activo mayor seguridad, y al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de la víctima, revelando un mayor grado de injusto.

**2. Paso a dictaminar**

De lo expuesto en el punto que antecede advierto, en primer lugar, que al interponer el recurso de casación la defensa centró su reclamo exclusivamente en la circunstancia de que la agravante genérica del art. 41 bis del Cód. Penal no resultaba de aplicación al caso, por haberse concretado la lesión del bien jurídico protegido y, por tanto, carecer de sentido agravar la conducta por el mayor riesgo producido por el empleo del arma de fuego.

Mas en ningún momento hizo siquiera una mínima referencia a que la norma cuestionada resultaba inaplicable como consecuencia de un análisis global y sistemático de nuestro código de fondo, puntualmente de la lectura de los arts. 104, 105 y 165.

Se observa entonces una notoria variación argumental en la estrategia defensiva, afectándose a la unidad de la defensa que debe imperar en el proceso penal y que pone de manifiesto un viraje argumental que no puede ser atendido en esta sede.

Tiene dicho esa Suprema Corte que los planteos novedosos que no hayan sido sometidos oportunamente al tribunal revisor o que redunden en una variación argumental del agravio llevado a su conocimiento, no resultan atendibles en la instancia extraordinaria (cfr. causa P. 135.057, sent. de

13-IX-2022; P. 135.254, sent. de 24-X-2022; e.o.).

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el tribunal intermedio brindó sobrados motivos para sostener la aplicación del art. 41 bis del Cód. Penal, entendiendo que dicha regla podía ser aplicada a aquellos delitos dolosos que no incluyan en su estructura el empleo de un arma de fuego y que impliquen la existencia de violencia o intimidación como modalidad de ejecución típica, tal como ocurrió en el caso.

Por otra parte, ello resulta conteste con la asentada doctrina de ese Máximo Tribunal provincial, en el sentido de que si bien la violencia es inherente al delito de homicidio, su ejecución mediante el empleo de un arma de fuego no se encuentra expresamente establecida ni como un elemento constitutivo ni como una calificante del tipo penal, siendo que la figura del art. 79 del Cód. Penal fue especialmente considerada para la aplicación del art. 41 bis del mismo cuerpo legal y que ello se funda en la mayor contundencia y poder de vulnerabilidad sobre las víctimas de las armas de fuego (cfr. causa P. 129.214, sent. de 10-X-2018; P. 129.970, sent. de 24-IV-2019; e.o.).

De otro lado, cabe recordar nuevamente que la aplicación de la norma ahora cuestionada fue producto del acuerdo al que arribaron la Fiscal, la Defensora Oficial y el propio imputado y que esa Suprema Corte entiende que *"[...] la doctrina de los actos propios enseña que la adopción de un temperamento discrecional importa ausencia de gravamen atendible, ya que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente*



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

P-136825-1

*relevante y plenamente eficaz (conf. mis votos en causas P. 125.050, sent. de 22-VI-2016; P. 126.850, sent. de 19-IV-2017; y P. 135.436, sent. de 29-X-2021 también aplicada por la Corte federal en Fallos: 285:410 y sus citas 297:27; 299:89; 305:568; 307:599, 635 Y 1582; 308:1175 y 2405; 310:884; 315:369 y 317:655) [...]” (Suprema Corte de Justicia, causa P. 135.113, sent. de 16-II-2023).*

De lo hasta aquí expuesto surge que, en realidad, no se da en el caso la errónea aplicación de la ley sustantiva planteada por la defensa, habiendo encontrado su denuncia cabal respuesta en el pronunciamiento del tribunal revisor y sin que sus críticas pasen de ser una mera opinión personal que discrepa del criterio del *a quo*. Y es sabido que el mero disenso no resulta ser un medio de cuestionamiento idóneo desde el ángulo de la técnica del carril instado (cfr. causa P. 134.484, sent. de 30-VI-2022; P. 134.254, sent. de 18-VIII-2022; e.o.). Media, por tanto, insuficiencia (arg. doctr. art. 495, CPP).

**V.** Por lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, en favor de L. G. H.

La Plata, 19 de mayo de 2023.

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

19/05/2023 09:14:40

