



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

P-135810-1

"R., N. H. s/

Recurso de inaplicabilidad de ley en causa N° 93.835 del Tribunal de Casación Penal, Sala V"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación Penal resolvió rechazar el recurso interpuesto por el Defensor Oficial de N. H. R., contra la sentencia emanada del Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de Zárate Campana que lo condenó a la pena de veinte (20) años de prisión, accesorias legales y costas, con declaración de reincidencia, por resultar coautor responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa y daño (hecho I) y autor del delito homicidio en ocasión de robo (hecho II). (v. fs. 117/124 vta.).

Frente a dicha decisión, el Defensor Adjunto de Casación, Dr. Daniel Anibal Sureda, interpuso recurso extraordinario de nulidad y de inaplicabilidad de ley (v. fs. 130/155), siendo declarado admisible solo el segundo de ellos por la sala V del tribunal intermedio (v. fs. 156/158 vta.).

II. Agravios

1. El recurrente denuncia, como primer agravio, sentencia arbitraria por indebida fundamentación y apartamiento de los precedentes del Superior Tribunal Federal, afectando la defensa en juicio -derecho a ser oído-, el debido proceso legal, los principios de inocencia e *indubio pro reo* y el derecho al

recurso (arts. 18 y 75 inc. 22, Const. nac.; 8.1 y 8.2 CADH; 14.5, PIDCP).

Sumado a ello, alega revisión aparente de la sentencia de condena respecto del tratamiento de los agravios relativos a la acreditación de la autoría responsable y a la calificación legal (art. 41 bis, Cód. Penal).

Aduce que la participación de R. en el hecho II, fue confirmada por el revisor a través de la reiteración de razones que diera el Tribunal de origen y no en una verificación de si se había aplicado en forma correcta el método histórico respecto de la autoría. Cita el fallo "Casal" de la CSJN.

Señala que las afirmaciones del revisor, en torno a la confirmación de la autoría, resultan dogmáticas y tautológicas dado que no analizó lo resuelto, sino que reprodujo argumentos que vienen cuestionados, valiéndose principalmente de las declaraciones de R. D. G. y R. B. G., cuando ninguno de los dos pudo reconocer con el rigor necesario al imputado.

Postula asimismo, que se debe descartar la aplicación del art. 41 bis del Cód. Penal, en tanto la calificación de homicidio en ocasión de robo ya tiene establecida su propia agravación por la muerte causada en el transcurrir de un delito contra la propiedad.

En otro orden, aduce que mismo razonamiento puede seguirse -en relación a la falta de revisión- en lo que respecta a los agravios vinculados a la determinación de la pena y la solicitud de disminución



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

P-135810-1

de la sanción planteada en el memorial sustitutivo de la audiencia del art. 458 del CPP, pues entiende que la pena impuesta se encuentra muy por encima del mínimo legal conforme la normativa legal aplicable.

En ese sentido afirma que soslayar un planteo como el mencionado implica vulnerar el derecho a ser oído del imputado, como derivación del derecho a la defensa, y que si ello se produce en el trámite del recurso destinado garantizar el doble conforme entonces la instancia revisora se vuelve aparente y la garantía se frustra (arts. 8.2 h, CADH y 14.5, PIDCP).

2. Como segundo agravio, denuncia la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Cód. Penal atento la afectación al principio de legalidad en que incurre la reforma introducida al código de fondo por la ley 25.297, en tanto incorporó un texto indeterminado y general que no satisface las exigencias de precisión derivadas del Estado Constitucional de derecho y del principio de culpabilidad.

Afirma que el hecho de incorporar la posibilidad de "agravar por el uso de arma" hace que el efecto sea extensivo y que no se tenga precisión de acuerdo a cada tipo penal. Señala además que la interpretación realizada en autos fue utilizada *in malam partem*, es decir en un sentido más extensivo de su punibilidad.

3. En tercer lugar alega que la declaración de reincidencia -art. 50, Cód. Penal- vulnera una serie de preceptos constitucionales y convencionales entre los que menciona el principio de culpabilidad, proporcionalidad, razonabilidad, entre otros.

Afirma que es necesario conocer *ab initio* el tiempo que deberá cumplir el condenado y que la pérdida de la libertad condicional implica un agravamiento de la condena en relación a aquellos declarados reincidentes.

Postula que el agravio resulta actual porque si no se subsana en esta instancia, la violación de derechos y garantías planteada se consumaría por lo que entiende que es un gravamen de insuficiente reparación ulterior.

En otro orden denuncia que la declaración de reincidencia afecta en principio de *ne bis in ídem*, pues si bien no se vuelve a penar el mismo hecho se impone una secuela por un hecho por el cual el sujeto ya fue juzgado. Cita en su apoyo el caso "Gramajo" de la CSJN.

Suma a ello, que el hecho de declarar reincidente a un condenado implica agravar las consecuencias por un hecho de mayor peligrosidad, pero dicha cuestión resulta ser aplicada en forma objetiva sin base en un serio estudio o peritaje psicológico.

Aclara que el concepto de peligrosidad resulta incompatible con el principio de culpabilidad por el hecho, que es propio del derecho penal de autor, en donde se pena al autor por lo que es y no por lo que hizo.

En cuanto a la mayor culpabilidad por la advertencia previamente recibida, como argumento para mantener la reincidencia, aduce que resulta incompatible con el derecho de autodeterminación del



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

P-135810-1

hombre y además excede la medida del reproche que se le formula al sujeto por el hecho concreto.

Al respecto afirma, que en todo caso dicha advertencia debe ser comprobada, es decir, corroborar si el imputado sintió el impulso de la contención por las condenas previas o si se intensificó su dirección al comportamiento criminal.

Por último, agrega que la declaración de reincidencia afecta también el principio de proporcionalidad que resulta un límite a la injerencia estatal sobre el individuo, así como el derecho a la resocialización en tanto se altera un principio fundamental para los condenados que es la progresividad de la ejecución penal. En definitiva entiende que la mentada reincidencia resulta inconstitucional y solicita que así se declare.

III. Considero que el recurso presentado por el señor Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación no debe tener acogida favorable, por las razones que seguidamente expondré.

1. En relación al primer agravio, vinculado a la denuncia de arbitraria revisión realizada por el *a quo*, respecto de los agravios llevados a la instancia casatoria, con afectación del principio de culpabilidad, inocencia e *in dubio pro reo*, debe ser desestimado.

Ello así en tanto que de una lectura del fallo del tribunal revisor no se advierte un tratamiento arbitrario, sino que se evidencia una revisión conforme a la normativa convencional y a la doctrina emergente del precedente "Casal" de la CSJN,

siendo respetuosa en sus formas y fundamentos para ser considerada como un acto jurisdiccionalmente válido.

Veamos

El órgano intermedio brindó una respuesta a cada agravio llevado ante su instancia. Así señaló, en relación a la acreditación de la autoría responsable del hecho II -previo recordar la materialidad ilícita-, que la sentencia de mérito tenía apoyo en la valoración de testigos presenciales -R. D. G.

y R. B. G.- quienes reconocieron al imputado como el autor del disparo mortal, declararon en el debate con el debido control de las partes y respetando el contradictorio, siendo las críticas recursivas que intentan devaluar sus relatos una diversa interpretación más favorable a sus intereses, más no comprueban arbitrariedad ni absurdo en la valoración jurisdiccional (v. fs. 119).

En relación a lo declarado por el testigo R. D. G. (v. fs. 119 vta.), tuvo en consideración que la defensa dijo que no podía darse por cierto una identificación en los términos de la declaración del testigo presencial, pues ésta afirmó que vio al imputado a una cuadra o cuadra y media. Al respecto el revisor señaló que era cierto que G. dijo que los seguía a esa distancia, pero también resulta cierto que al comienzo de su relato adujo que se encontraba dentro de su casa cuando escuchó el disparo y al salir vio a los agresores en la esquina, es decir, antes que empiece la persecución. Luego, ya arriba de la moto de la víctima, pudo identificar a los imputados porque dijo que iban mirando hacia atrás.



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

P-135810-1

Agregó el intermedio, en relación a la omisión del testigo de mencionar al comienzo de la investigación que conocía al aquí imputado, que dicha circunstancia no le quita credibilidad a su relato pues lo importante es que fue efectivamente señalado en el juicio oral (v. fs. 120).

A efectos de reforzar la sindicación del imputado como responsable del hecho se valoró también las manifestaciones de la testigo R. G. quien dijo que estaba a pocos metros del lugar y que al momento de la investigación reconoció al autor del disparo en la rueda de personas y la fotografía del mismo, aunque luego en el juicio no pudo identificarlo. Respecto de esta última circunstancia se sostuvo que ello no quitaba credibilidad al relato, en tanto la rapidez con que fue el hecho y la distancia temporal con la celebración del juicio resultan factores que afectan en la percepción y memoria pero sin afectar la su credibilidad del testigo (v. fs. citada).

En definitiva, el revisor concluyó que los testimonios prestados en el juicio fueron valorados por el sentenciante como verosímiles, por sus puntos de coincidencia, la espontaneidad y firmeza de sus dichos, así como la ausencia de indicadores de mendacidad o de intención de torcer la investigación o de perjudicar al imputado.

En relación a la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del Cód. Penal a la figura prevista en el art. 165 del mismo cuerpo legal el revisor citó doctrina legal y concluyó que el tipo penal del art. 165 no contempla como parte comisiva o calificante de su estructura típica a la violencia o

intimidación en las personas por el uso de armas de fuego, con lo que la agravante debía mantenerse.

Advierto -entonces- que la sentencia del órgano revisor dio respuesta a los agravios presentados, siendo que la crítica elaborada ante ésta sede se presenta solo como una mera disconformidad del recurrente con lo resuelto, lo que provoca el decaimiento del planteo esgrimido por incurrir en insuficiencia -arg. art. 495, CPP- (Cfr. doc. Causa P.131.470, sent. de 27/7/2020, entre otras.)

En otro orden, el recurrente alega que el órgano intermedio trató en forma arbitraria los agravios vinculados a la determinación de la pena y la solicitud de disminución de la sanción planteados en su libelo.

En primer lugar, los agravios no formaron parte del recurso de casación sino que fueron introducidos recién por el memorial sustitutivo de la audiencia del art. 458 del CPP. Cabe recordar que es doctrina inveterada de esa Suprema Corte que resulta inaudible en esa instancia, por extemporáneo, el planteo del recurrente que no fue sometido oportunamente al tribunal revisor (Cfr. doc. Causa P. 134.545, sent. de 6/12/2021, entre otras).

De todas maneras no es cierto que el revisor no haya fundamentado respecto a tales extremos pues al final de su sentencia -ver punto 6- dejó claro que la pena impuesta era el resultado de un concurso de delitos y que la pena era la resultante de acciones disvaliosas y agravadas.

Además tampoco es cierto que no se hayan aplicado agravantes, pues justamente la calificante



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

P-135810-1

del art. 41 bis del Cód. Penal fue confirmada por el revisor y resultó transversal a todos los hechos.

Por otra parte, la defensa tampoco tiene en cuenta que el digesto sustantivo 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 -arts. 40 y 41, Cód. Penal- (Cfr. doc. Causa P.133.937, sent. de 23/2/2022).

Entonces, en cuanto al concreto agravio vinculado a la denuncia de revisión aparente, en lo que respecta a la autoría responsable y la infracción al principio de *in dubio pro reo* (arts. 8.2 h, CADH; 14.5, PIDCyP y 18, Const. nac.) queda claro que no prospera pues el revisor dio argumentos para mantener enhiesta la autoría responsable, sin que el recurrente logre explicar por qué el material probatorio valorado en las instancias anteriores resulta arbitrario y absurdo al grado tal de que se viole en forma grosera el principio de inocencia.

Vale recordar, que la doctrina de la máxima capacidad de rendimiento a la que debe llevarse la tarea revisora a fin de garantizar la amplitud establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo "Casal" (Fallos 328:3399), y posibilitar así la realización de un examen integral de la decisión recurrida en cumplimiento del derecho al recurso consagrado en los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe hacerse siempre conforme las posibilidades y constancias

del caso particular, dado que el principio de inmediación se erige como un límite real de conocimiento para el órgano revisor respecto de aquellos aspectos exclusivamente reservados a quienes hayan presenciado el juicio. Pero este esfuerzo por "revisar todo lo que pueda revisar" no implica que "re evalúe" todas las pruebas practicadas en presencia del tribunal de primera instancia, porque solo a éste corresponde esa función valorativa (argumento del artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero sí que se verifique que efectivamente el tribunal de grado haya contado con suficiente prueba sobre la comisión de los hechos y la intervención que en el mismo le cupo al imputado, para dictar su condena, como así también que la prueba haya sido lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción (Cfr. doc. Causa P. 132.713, sent. de 20/10/2021).

En definitiva, los planteos del recurrente suponen una pura confrontación con la valoración probatoria, que escapa al ámbito de conocimiento de esa Suprema Corte por la vía del recurso de inaplicabilidad de ley, pues de acuerdo a la competencia reglada por el art. 494 del Código Procesal Penal, a la Corte le está vedado reponer los hechos objeto de debate de modo diferente a como vienen fijados por las instancias inferiores.

2. De otro lado, en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 41 bis del Cód. Penal, tampoco es de recibo. El revisor, preliminarmente, descartó el agravio por extemporáneo en



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

P-135810-1

tanto no fue introducido en el debate ni en las piezas recursivas (v. fs. 121 vta./122).

No obstante ello, aclaró también que el planteo era insuficiente en tanto la manera en que fue presentado no evidenciaba una conculcación del principio de legalidad ni del de máxima taxatividad penal (v. fs. citada).

Sumado a los argumentos del revisor -y dando por descartado un tratamiento arbitrario al agravio- me permito agregar doctrina legal de esa SCBA sobre el punto, en la que se sostuvo que *"[...] no existe errónea aplicación del art. 41 bis con relación al art. 165, toda vez que la figura no comprende como parte constitutiva o calificante de su estructura típica a la violencia o intimidación en las personas conformadas por el uso de armas de fuego por lo que su empleo queda captado por el agravante de la escala penal y deja el caso fuera del alcance de la excepción del segundo párrafo"* (Causa P. 128.932, sent. de 17/4/2019, entre muchas otras).

Y en relación a la posible afectación del principio de legalidad y a la constitucionalidad de la agravante genérica tiene dicho que *"Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad en el que denuncia la inconstitucionalidad del art. 41 bis en relación al art. 165 del Código Penal por lesionar el principio de legalidad, desde que no existe la incompatibilidad constitucional ni con los pactos internacionales que se denuncia, pues la sola circunstancia de haberse optado por una técnica legislativa que -con independencia de la opinión que se pueda tener al respecto- establece en la Parte General del Código Penal una*

circunstancia de determinación genérica de agravamiento de la cualificación punitiva que se integra cada tipo penal respecto del cual adquiriera operatividad, en vez de hacerlo en la Parte Especial para cada figura comprendida en la agravante." (Causa. P. 128.960, sent. de 15/8/2018).

Como consecuencia de ello, deviene inatendible ante esta instancia la reiteración del planteo traído por el recurrente, pues obtuvo respuesta por el revisor y además no encuentra sustento en la inveterada doctrina de esa Suprema Corte en la materia.

3. Finalmente respecto al tercer agravio vinculado a la constitucionalidad de la reincidencia, tampoco tendrá acogida favorable.

En primer lugar, considero que la respuesta dada por el revisor resultó suficiente pues postuló que el instituto cuestionado no violenta necesariamente garantías de orden supralegal como el *ne bis in idem*, al no implicar un nuevo juzgamiento sino una forma diferente de cumplir la pena y además recordó que las penas se imponen para ser cumplidas en su totalidad pero que puede haber circunstancias del hecho o del condenado que lo excepcione (v. fs. 123 y vta.).

En relación a los agravios que sobre el punto trae el impugnante recuerdo, como ya expresé en recientes dictámenes (Causa P. 135.440 "Calvo, Roldán s/ RIL" de fecha 4 de marzo y Causa P.135.708 "Barrazas s/ RIL" de fecha 23 de marzo, ambos del corriente año), que la carencia de una fijación *ab initio* del agotamiento de la pena en casos que aplica la declaración de reincidencia no implica *per se* un agravamiento en las



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

P-135810-1

condiciones de detención del condenado ni afecta el principio de resocialización.

Allí recordé, entre otras cuestiones, lo dicho por esa Suprema Corte en cuanto a que resulta necesario proporcionar un hito temporal que habilite el acceso al paulatino avance hacia la libertad del condenado reincidente, conforme los institutos de la ley de ejecución penal disponibles ante la improcedencia de la libertad condicional (art. 14, Cód. Penal); en el caso de autos, la pena impuesta no fue a perpetuidad sino una pena temporal fijada en veinte años de prisión.

Estas circunstancias, de consuno con la finalidad resocializadora de las penas privativas de la libertad, conducen a la aclaración del panorama respecto de cuándo ello podría tener lugar ya que bajo una interpretación sistemática del orden normativo, existe la posibilidad de contar con la razonable expectativa de reinserción a la vida extramuros (cfr. causas P. 130.559, sent. de 29/4/2020 y P. 131.026, sent. de 18/5/2020).

Entonces, como vengo exponiendo, no considero que el instituto de reincidencia -en abstracto- vulnere los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad por el acto y proporcionalidad como propone el recurrente. Debe tenerse en cuenta, también, que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes solo tiene cabida como de última ratio del orden jurídico, de allí que para su procedencia se requiere que el interesado demuestre acabadamente de qué manera la norma cuestionada contraría la Constitución, causándole de ese modo un agravio. Para que pueda ser atendido un planteo

de tal índole, debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos que se apoyen en las probanzas de la causa y no en forma genérica como plantea aquí el recurrente.

En el caso, el impugnante asienta su reclamo sobre consideraciones dogmáticas pero sin tener en cuenta la asentada doctrina legal de esa Suprema Corte que entiende que la declaración de reincidencia no es violatoria del *nen bis in ídem* ni el principio de culpabilidad por el acto (Cfr. Causa P.129.809, entre muchas otras).

No está de más recordar que el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (Fallos: 308:1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (CSJN, Fallos: 311:1451).

Tampoco tiene recibo la aplicación al caso de la doctrina "Gramajo" de la CSJN, pues el recurrente no se hace cargo de las diferencias causídicas existentes.

En otro orden -y por último-, las alegaciones generales contenidas en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley acerca de que la "peligrosidad" configura la manifestación de un "derecho penal de autor" (y no de acto), constituyen una aseveración dogmática pues la decisión de aplicar el instituto de la reincidencia no indica que se haya computado lo que el encausado "es" en lugar de "lo que



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

P-135810-1

hizo". Esa SCBA ha resuelto en igual sentido en causa P.130.518, sent. de 28/11/2018, en donde hubo planteos muy similares y que resultan de total aplicación al presente caso.

IV. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 4 de agosto de 2022.

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

04/08/2022 14:05:25

