

## **A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 6 de noviembre de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, Soria, Kogan, Pettigiani, Genoud, Hitters**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 113.671, "Roldán, Jorge Armando Fiscal Adjunto de Casación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa Nro. 22.411 seguida a González, Marcos Maximiliano".

## **A N T E C E D E N T E S**

La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento del 11 de noviembre de 2010, por una parte dispuso el sobreseimiento por prescripción de la acción penal en orden al delito de portación simple de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legitimante, respecto de Marcos Maximiliano González y, por otra parte, hizo lugar parcialmente al recurso homónimo articulado por la Defensa Oficial contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial de La Plata que condenó al nombrado a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito antes mencionado en concurso real con tentativa de homicidio calificado para

facilitar y asegurar la comisión de otro hecho delictivo. En consecuencia casó dicho pronunciamiento en el rubro agravantes, y por mayoría obliteró la genérica del art. 41 bis del Código Penal, fijando la pena para el nombrado en doce años de prisión, accesorias legales y costas, sin costas en esa instancia (fs. 121/138).

Contra esa decisión, el señor Fiscal Adjunto ante el referido Tribunal planteó recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que fue concedido por esta Suprema Corte mediante resolución de fs. 163/164.

A fs. 166/168 obra el dictamen del señor Subprocurador General, quien mantuvo el recurso y aconsejó que se hiciera lugar al mismo. El señor Defensor de Casación presentó la memoria que autoriza el art. 487 del Código Procesal Penal a fs. 171/172. Dictada la providencia de autos (fs. 97) y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar la siguiente

#### **C U E S T I Ó N**

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

#### **V O T A C I Ó N**

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:**

1. El señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de

Casación denunció la errónea aplicación de los arts. 434 y 435 del Código Procesal Penal y la inobservancia del art. 41 bis del Código Penal y su doctrina al caso de autos.

En primer lugar, adujo que los jueces del tribunal intermedio "al resolver una cuestión no controvertida a lo largo del proceso, ajena al planteo recursivo de la defensa que abriera la instancia de revisión, ha excedido los límites de su competencia y jurisdicción..." (fs. 152 vta.).

Sostuvo que, conforme surge del juego armónico de los arts. 434, 435 y 343 [**rectius**: 433] del Código Procesal Penal, el límite de la potestad cognoscitiva y revisora del Tribunal de Casación está dado por "los puntos de la resolución a que se refieren los motivos de agravio" (fs. 153).

Adunó que, "el Tribunal decidió más de lo que debió haber decidido, a la vez que pretendió -con la resolución que aquí se controvierte- decidir en forma diversa a lo que ya estaba irrevocablemente decidido" (fs. 153 vta.).

Explicó que esa situación atenta contra el debido proceso y la cosa juzgada, y permite calificar a la sentencia -en el tramo que impugna- como arbitraria (fs. cit.).

Finalmente, citó la doctrina de esta Corte en

punto al límite que fija el art. 451 del Código Procesal Penal para la introducción de los motivos de agravios ante el Tribunal de Casación (P. 78.901 -7/XI/2001-, entre muchos otros que menciona).

2. En un segundo tramo de su impugnación, el recurrente se alzó contra la eliminación de la agravante genérica prevista por el art. 41 bis del Código Penal, aplicada por la instancia originaria al delito de homicidio **criminis causa** en grado de tentativa.

Sostuvo que la preceptiva citada resulta aplicable a tal figura pues se trata de un delito doloso, cuya acción típica exige sin duda violencia contra la víctima, y la figura penal prevista por el art. 80 inc. 7 no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego (ver 154 vta.).

Aclaró que la excepción prevista en el último párrafo del art. 41 bis citado debe ser analizada en conjunto con la totalidad del digesto sustantivo y teniendo en cuenta la voluntad del legislador. Afirmó que sólo dos artículos -además del discutido en la causa- poseen en su texto la expresión "arma de fuego". Ellos son el art. 104, referido al abuso de armas y el 189 bis y ter -portación y suministro- (fs. cit.).

Expresó que un número mayor de artículos contiene

el término "armas", y dio como ejemplos -entre otros- los arts. 119 párr. 4 inc. d (abuso sexual cometido con armas) y 166 inc. 2 (robo con armas) -fs. 155-.

Añadió, que cuando el legislador quiso prever en forma específica la utilización de un "arma de fuego", y no de cualquier arma, así lo hizo, tal es el caso de la ley 24.192 (fs. cit.).

Se refirió luego a los antecedentes de la norma, y destacó que tanto en sus fundamentos, como en el dictamen de la Comisión de la Cámara de Senadores, se manifestó preocupación por la situación de inseguridad y la tendencia creciente de los delitos, en particular los robos con armas, los asaltos con rehenes y homicidios como consecuencia del robo. Concluyó que la intención del legislador fue clara: la de agravar las penas en aquellos delitos que se cometan mediante la intimidación o violencia contra las personas con la utilización de armas de fuego y no de cualquier arma (fs. cit.).

Reclamó -en definitiva- que se case la sentencia en crisis, se declare aplicable al caso la agravante del art. 41 bis del Código Penal valorada por el sentenciante de grado y se imponga al acusado la pena fijada en esa oportunidad (fs. 155 vta.).

4. El recurso no puede prosperar.

a. En primer lugar, debo señalar que lo expresado

por el señor Subprocurador General, sobre el planteo referido al exceso de jurisdicción o demasía decisoria, no puede considerarse un desistimiento. Sobre el particular he tenido oportunidad de plasmar mi opinión en cuanto a la necesidad de que el mismo sea expreso (P. 84.702, sent. del 29/III/2006; P. 88.980, sent. del 8/III/2007; entre otras); y de los fundamentos expuestos en el dictamen no puede advertirse que lo sea (fs. 167, 4º párrafo).

De todos modos, el agravio debe ser rechazado en tanto se vincula -en rigor- con una cuestión de neto corte procesal, constituyendo ello materia relegada del ámbito de conocimiento de esta Corte en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo tratamiento que sólo autoriza -en principio- la revisión de la aplicación u observancia de la ley sustantiva efectuada por el Tribunal de Casación (art. 494, C.P.P.).

Aún soslayando lo expuesto y en atención a las garantías constitucionales que el recurrente estima involucradas, la pretensión no puede tener cabida.

Ello así pues, más allá de la interpretación dada por el Tribunal a los alcances del derecho al recurso, lo cierto es que a la luz de la previsión procesal que prevé la facultad que tienen los jueces de ir más allá de los motivos de agravio, en tanto ello permita mejorar la situación del imputado (art. 435 del Código Procesal Penal,

conf. P. 88.980, sent. del 8/III/2007; P. 102.850, sent. del 2/IX/2009, e/o) no se evidencia la trasgresión a los principios invocados por la parte -ni, por ende, la alegada arbitrariedad del pronunciamiento- (doct. art. 495).

b. El planteo mediante el cual se reclama la aplicación del art. 41 bis del Código Penal, a la figura de homicidio **criminis causa** en grado de tentativa prevista en el art. 80 inc. 7° del mismo cuerpo normativo tampoco puede tener favorable acogida.

A fin de dar respuesta al mismo, resulta conveniente realizar una breve reseña de las distintas alternativas seguidas en la tramitación de la causa en lo que concierne a la ponderación del uso de arma de fuego en el ilícito contra la vida.

i. La Fiscalía, en lo que interesa, calificó el hecho como tentativa de homicidio calificado (arts. 42 y 80 inc. 7, C.P.; v. fs. 26 vta.).

ii. El Tribunal Oral en lo Criminal nro. 1 de La Plata condenó a Marcos Maximiliano González a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable de los delitos de simple portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, en concurso real con homicidio calificado para facilitar y asegurar la comisión de otro delito en grado de tentativa, cometido mediante el empleo de un arma

de fuego (fs. 46 y vta.).

iii. Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de casación (53/63 vta.), y en ocasión de presentar el memorial que autoriza el art. 458 del Código Procesal Penal, la señora Defensora Adjunta de Casación agregó -en lo que interesa destacar- que se declare inaplicable al caso el art. 41 bis (v. fs. 83 vta./84).

iv. El señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación, estimó improcedente el agravio "en torno a la aplicación del art. 41 bis" (fs. 90).

v. El tribunal intermedio, al analizar la tercera cuestión planteada al acuerdo, resolvió -por mayoría- descartar la aplicación del art. 41 bis del Código Penal (fs. 135/138).

A consecuencia de las particularidades precedentemente aludidas, la queja no puede prosperar.

La implantación del art. 41 bis no fue oportunamente requerida por la Fiscalía en las instancias previas, precisando, con el alcance que surge del punto i, la medida de su pretensión, por lo que su introducción recién en este ámbito extraordinario deviene tardía (conf. P. 110.443, sent. del 19/IX/2012).

Teniendo en cuenta ello, el Ministerio Público Fiscal carece de gravamen que le habilite a excitar la jurisdicción extraordinaria de esta Corte respecto de la

reclamada calificación jurídica más gravosa sobre la cual no formalizó acusación.

Por ello, voto por la **negativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:**

El recurso fiscal no pudo prosperar.

1. En primer lugar, cabe destacar, que al expedirse a fs. 166/168 el señor Subprocurador General, se limitó a sostener el recurso del representante fiscal en lo concerniente al agravio formulado respecto a la aplicabilidad del art. 41 bis a la figura de homicidio **criminis causae** en grado de tentativa.

En relación con el planteo de neto corte procesal vinculado al exceso de jurisdicción denunciado por el recurrente -en infracción de los arts. 433, 434 y 435 del Código Procesal Penal-, señaló que más allá de la razón que pudiera asistirle sobre este tema, ceñiría su intervención a sostener el recurso con el alcance antes aludido (conf. arts. 13 inc. 8° y 14 de la ley 12.061 y 487 del C.P.P.; fs. 167). Por ello, debe considerarse desistida por el señor Subprocurador General esta parcela del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal (arts. 485, 2° párrafo y 487, 2° párrafo del C.P.P. y 13 inc. 8°, ley 12.061; doct., entre otros, P. 100.007, sent.

de 6/V/2009 y P. 115.005, sent. de 3/VII/2013).

2. En lo demás, surge del acta del debate que el Fiscal del juicio, en lo que atañe al hecho "2", solicitó que se encuadrara en la figura calificada del art. 80 inc. 7º del Código Penal en grado de tentativa (art. 42, C.P.), sin ninguna referencia a la articulación de tales preceptos con el art. 41 bis del Código Penal, ni en el ámbito de la calificación legal ni entre las circunstancias agravantes de pena que propuso, solicitando respecto del marco penal así establecido la pena de quince años de prisión (v. fs. 17, 26 y 27).

Aplicada esa calificación legal por el tribunal del juicio con la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal, fue -por mayoría- eliminada por la casación junto con la nocturnidad como agravante de pena, por no haber sido propuesta por el Fiscal, estableciendo a tenor de lo así decidido y la prescripción del delito de simple portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, la pena de doce años de prisión. Entonces, la pretensión de su aplicación al caso con incidencia en la escala penal otrora considerada deviene tardía, por no haber sido requerida por la acusación en las instancias previas (conf. doctr. de esta Corte en P. 106.171, sent. de 19/XII/2012 y mi voto en P. 110.443, sent. de 19/IX/2012).

3. Por lo dicho, resulta inoficioso expedirse acerca de los planteos del señor Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal formulados a fs. 171/172 (arg. art. 481 del C.P.P.).

En consecuencia, voto por la **negativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la **negativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:**

Adhiero al voto del doctor Negri.

Sólo agrego con respecto al agravio vinculado con el exceso de jurisdicción, afectación de las garantías del debido proceso, cosa juzgada, así como de la arbitrariedad (fs. 152 vta./154), que no hubo un temperamento expreso por parte de la Procuración (v. "más allá de la razón que pueda asistirle al recurrente...", fs. 167) y, en consecuencia no puede reputárselo desistido.

Ello así, porque en mi criterio "[e]l desistimiento no se presume" (conf. arg. P. 84.702, sent. del 29/II/2006; P. 88.980, sent. del 8/III/2007; P. 100.007, sent. del 6/V/2009, entre otras).

Voto con la consideración hecha y el alcance dado por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos

fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la **negativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:**

Comparto con mis colegas que el recurso fiscal debe ser rechazado.

1. Concuero con el doctor Soria, por sus fundamentos, en que el reclamo sobre el exceso de jurisdicción no puede progresar por cuanto no fue sostenido por la Procuración General.

2. En lo que atañe a la pretensión de que sea aplicado el art. 41 bis del Código Penal, tal como se infiere del voto de quienes me preceden, resulta tardía pues, durante la celebración del juicio oral, al momento de la acusación, se restringió a pedir la condena por homicidio **criminis causa**, en grado de tentativa, sin hacer referencia alguna a la circunstancia calificante prevista por el art. 41 bis, fijando de esa manera el objeto de su pretensión. En dicha ocasión expuso cuál era el alcance de su interés (conf. en lo pertinente, Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal", t. II, Editores Del Puerto, Bs. As., 2004, págs. 35, 36) aunque, por cierto, el órgano de juicio sí aplicó aquella regla de la Parte General del Código Penal.

En tales condiciones, el Fiscal no puede abogar en la fase de impugnación por algo que no solicitó cuando

acusó. La sentencia impugnada debe provocar un agravio a la Fiscalía, debe decidir "en contra de sus intereses **expresados en el procedimiento**, concediéndoles algo menos de aquello que pretende" (op. cit., t. I, pág. 633; el resaltado me corresponde). Pero, como se ha indicado, todo lo que expresó -al fijar el objeto de su petición en la instancia del juicio- fue que el hecho caía bajo la figura del 80 inc. 7 del Código Penal, en tentativa. Ello impide el progreso de lo que recién ahora demanda (conf. P. 106.171, sent. del 19/XII/2012).

3. En consecuencia, resulta inoficioso abordar los planteos de la defensa formulados en la memoria (art. 481 del C.P.P.).

Voto por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se resuelve -por mayoría- tener por parcialmente desistido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, y -por unanimidad- declarar inoficioso su tratamiento en lo restante(arts. 13 inc. 8º, ley 12.061; 485, 2º párrafo, 487 2º párrafo, 481 y 496,

C.P.P.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO  
Secretario