

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 18 de junio de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Pettigiani, Kogan, Soria, de Lázzari, Negri, Hitters**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 111.421, "Roldán, Jorge Armando, -Fiscal Adjunto del Tribunal de Casación-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 35.203 seguida a Eiroa, Javier Leandro. Tribunal de Casación Penal, Sala I" y acumulada P. 111.887, "Eiroa, Javier Leandro. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 35.203. Tribunal de Casación Penal, Sala I".

A N T E C E D E N T E S

La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, mediante el pronunciamiento dictado el 14 de abril de 2010, resolvió hacer lugar al recurso homónimo de la defensa de Javier Leandro Eiroa y casó parcialmente la sentencia impugnada por la que el Tribunal en lo Criminal n° 4 de Lomas de Zamora había condenado al nombrado a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, como coautor responsable del delito de homicidio en ocasión de robo (arts. 5, 12, 29

inc. 3, 40, 41, 41 bis, 45 y 165 del Código Penal; 210 y 530 del C.P.P., fs. 15/27 del presente legajo).

Consecuentemente, modificó por mayoría la sentencia objetada en el rubro de atenuantes y agravantes, descartó la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal, incorporó como atenuante "la falta de antecedentes condenatorios" y fijó la pena en doce años de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo incólumes el resto de las declaraciones; sin costas en esa instancia (arts. 448, 450, 451, 454, 456 primer párrafo, 460, 530 y 532 del Cód. Proc. Penal; 40, 41 y 165 del C.P.; fs. 62/68).

El señor Fiscal Adjunto ante ese Tribunal dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 85/87 vta.), que fue concedido por esta Corte (fs. 113/114).

Oído el señor Subprocurador General (fs. 119/122), dictada la providencia de autos (fs. 127), presentada la memoria por el señor Defensor Oficial (fs. 129 y vta.) 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 interpuesto por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

1. El impugnante denunció que el tribunal revisor incurrió en la inobservancia del art. 41 bis del Código Penal y su doctrina, en el entendimiento que las circunstancias fácticas acreditadas en la causa conducen a su aplicación respecto del homicidio en ocasión de robo, conforme fue decidido en la sentencia de juicio (fs. 85 vta.).

Explicó que dicha norma consiste en un factor general de agravamiento de la cuantificación punitiva por la mediación de violencia o intimidación contra las personas a través del empleo de arma de fuego, en tanto ello es configurador de un abuso de superioridad que supone la existencia de una especie de desequilibrio entre las fuerzas del agresor y del agredido. De manera que, arguyó, el contenido del ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro corrido por ella (fs. 86).

Por otra parte, indicó que la estructura del art. 165 del Código Penal describe un delito doloso que no exige a nivel típico el empleo de un arma de fuego; de allí que no juegue a su criterio la excepción del último párrafo del art. 41 bis aludido. Del mismo modo afirmó que a tenor de

la relación de especialidad de este tipo calificado con la figura básica, tampoco su aplicación conllevaría la afectación del principio de **non bis in idem** (fs. 86 y vta.).

Refirió por último a los objetivos político-criminales de la ley 25.297 y a la doctrina legal de esta Corte sobre el carácter agravante a los fines de la determinación punitiva del empleo de un arma de fuego en la comisión del delito de robo con armas, al amparo del diseño normativo anterior al establecido por ley 25.882 (fs. 87).

Solicitó en suma se case el pronunciamiento atacado en cuanto dejó de aplicar la agravante en cuestión, con la consiguiente restauración de la pena fijada por el tribunal de mérito (**ibídem**).

2. En mi opinión, el recurso fiscal no puede ser atendido, no obstante lo dictaminado por el señor Subprocurador General (fs. 119/122).

3. La decisión mayoritaria del Tribunal de Casación estimó acertada la denuncia de la defensa sobre la aplicación errónea del art. 41 bis del Código Penal a partir de considerar "que el homicidio es el clásico delito de afectación del bien jurídico por lesión del mismo" (fs. 64 vta.). Por tanto, expresó, "si la razón fundante de la agravación de cualquier delito en que se usa un arma de fuego es el peligro que deriva del uso de esos implementos,

en el caso del homicidio simple, ese peligro se ha concretado con la muerte del sujeto pasivo" (fs. cit.). En línea con tal pensamiento, destacó que esa suerte de encerramiento conceptual tornaba irrazonable todo intento de "relevar un peligro que [...] ha quedado absorbido (se ha realizado) en la muerte, lesión del bien jurídico que importa la ruptura definitiva de la relación de disponibilidad de ese sujeto pasivo con su vida" (fs. 65).

Precisó, además, que no se trataba en la especie de "ninguno de los medios agravados en el art. 80 C.P.", por lo que la imposición de la disposición en cuestión debía ceder (fs. cit. vta.).

Claramente puede apreciarse que el sentenciante justificó la inviabilidad de aplicar la mentada agravante del art. 41 bis al tipo de homicidio simple, a pesar que en el caso se trataba de dilucidar si puede dicha agravante regir respecto de la particular figura del homicidio en ocasión de robo, conforme los términos de la acriminación delictiva establecida en la sentencia de origen (v. quinta cuestión referida a la existencia de agravantes y primera del veredicto sobre la calificación legal; fs. 22 vta./23 y 24/25), y sobre ello nada ha sido dicho por el impugnante.

Según el art. 479 del Código Procesal Penal, los recursos extraordinarios sólo proceden contra las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de

Casación, de modo que los agravios de las partes deben versar sobre el contenido de lo resuelto por aquél (conf. P. 76.855, sent. del 5/III/2003; P. 85.524, sent. del 28/II/2007).

Sin embargo, no es el caso de autos, en que la queja no ha reparado en lo más mínimo en el razonamiento del **a quo** a fin de evidenciar su desajuste con las constancias del expediente; sin que los fundamentos empleados en el fallo dejen margen de interpretación alguna que permita apreciar que con su exposición se hubiese de algún modo también desestimado la temática aquí planteada, de forma tal de habilitar el examen de esta Corte respecto de la pretensión fiscal de que se declare indebidamente inaplicada la agravante contenida en el art. 41 bis a la figura actuada del art. 165, ambos del Código Penal (art. 495, C.P.P.).

Por las razones dadas, voto por la **negativa**.

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

Adhiero a los fundamentos y a la solución propuesta por el doctor Genoud con las siguientes consideraciones.

En este sentido, acuerdo que el recurso debe rechazarse pues resulta insuficiente (doct. art. 495, C.P.P.).

En efecto, la cuestión es sustancialmente análoga al criterio que oportunamente expusiera en P. 111.736, sent. del 26/XII/2012; P. 111.819, sent. del 20/III/2013; P. 111.770, sent. del 27/III/2013; P. 108.915, sent. del 17/IV/2013 y P. 108.548, sent. del 27/XI/2013.

Voto, en consecuencia, por la **negativa**.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

1. Disiento con mis colegas pues, desde mi punto de vista, el recurso procede.

2. El tribunal de juicio tuvo por probado -y arriba firme a esta instancia- que el día 21 de enero del año 2006, a las 13.15 aproximadamente, en el interior de la vivienda ubicada en la calle "Los Álamos" n° 3980 de la localidad de Adrogué, partido de Almirante Brown, Javier Leandro Eiroa, junto con -al menos- tres personas de sexo masculino, irrumpieron con fines de apoderamiento ilegítimo en la vivienda de mención, e intimidaron con un arma de fuego a la señora Graciela Noemí Giménez y a Ricardo Simón García, a quienes les exigieron la entrega de dinero, para apoderarse luego de un radiograbador; durante el transcurso de este accionar, Eiroa le efectuó un disparo a la persona de Ricardo García, para luego darse a la fuga con lo sustraído, siendo que este disparo le provocó lesiones de tal magnitud que lo llevaron a la muerte momentos después.

De este modo, llega indiscutido que el resultado lesivo -al menos respecto del aquí imputado autor del disparo letal- quedó inmerso en los parámetros del dolo. En lo que es objeto de agravio, la aplicación de la agravante del art. 41 bis (que fuera peticionada por el representante del Ministerio Público Fiscal durante el alegato), fue unánimemente receptada por el tribunal de juicio.

La reconstrucción probatoria del hecho, el grado de participación a título de coautor (art. 45, C.P.), y la calificación legal en los términos del art. 165 del Código Penal, fueron confirmados por el órgano revisor (conf., sent. de fs. 62/68), en cambio, por mayoría resolvió casar parcialmente el resolutorio en crisis obliterando la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal e incorporando como atenuante la falta de antecedentes condenatorios para así fijar la pena en doce años de prisión.

3. El señor Fiscal ante el Tribunal de Casación centra su agravio en la inobservancia del art. 41 bis del fondo, dado que a su entender, las circunstancias fácticas debidamente acreditadas permitían la aplicación de la norma en cuestión, tal como lo había resuelto el órgano de mérito.

a) Para ello conceptualizó los alcances del art. 41 bis del Código Penal, para estimar luego que la figura

aplicada (art. 165, C.P.) no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia del empleo de un arma de fuego, excepción prevista por la norma (art. 41 bis **in fine**, C.P.).

Más adelante y en embate a los argumentos esgrimidos por la mayoría del tribunal intermedio, señaló que "... la relación que vincularía a este particular tipo calificado con la figura básica es la de especialidad, correspondiendo aplicar el calificado cuando concurren sus exigencias fácticas. En definitiva esta pauta no aparece reñida con la lógica, sin transgredir, como se dice, el principio 'ne bis in idem', a través de una doble valoración de elementos del tipo de homicidio y con ajuste a circunstancias comprobadas de la causa que el recurrente parece no ver" (fs. 86 vta., sin resaltar en el original).

De seguido continuó analizando los fundamentos de la calificante, para concluir en que el tribunal revisor "yerra al delimitar el ámbito de aplicación de la norma, por cuanto la misma debe ser aplicada a homicidios perpetrados 'con armas de fuego'" (fs. 87 sin resaltar en el original).

b) Tal como lo señala el recurrente y lo sostiene el señor Subprocurador en su dictamen, la figura compleja del art. 165 no contempla 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. Más adelante me referiré sobre la restante excepción legal (cuando su aplicación excede el máximo legal de la especie de pena que corresponda -conf. art. 41 bis, parte final-), que fuera argumentada por la defensa al interponer el recurso de casación.

Entonces, conforme lo dicho hasta ahora, no se observa que el elemento "arma de fuego" se encuentre absorbido por la figura "robo con resultado homicidio". Y prueba de ello es que un robo con resultado homicidio puede ocurrir sin armas de por medio. De ahí que pueda concluirse que ambas figuras son independientes en cuanto a sus elementos configurativos, no obstante el modo en el que concurran.

c) Ahora bien, los argumentos que utilizó el Juez Sal Llargués para modificar la calificación legal cuestionada (a los que adhirió en ese punto el Juez Piombo), son inconducentes a tal fin.

Primero porque tal como lo advierte el colega que inaugura la votación -aunque él lo haga para sustentar la insuficiencia recursiva- los argumentos hacen referencia a otra figura (homicidio -art. 79 del Código Penal-) y no a la específica de naturaleza compleja aquí aplicada. Ello se observa al señalar que *"el delito de homicidio es el clásico delito de afectación del bien jurídico por lesión*

del mismo. Si la razón fundante de la agravación de cualquier delito en que se use un arma de fuego es el peligro que deriva del uso de esos implementos, en el caso del homicidio simple ese peligro se ha concretado con la muerte del sujeto pasivo. Ello torna irrazonable relevar un peligro que -como resulta de lo dicho- ha quedado absorbido (se ha realizado) en la muerte, lesión del bien jurídico que importa la ruptura definitiva de la relación de disponibilidad de ese sujeto pasivo con su vida" (fs. 64 vta./65).

Segundo porque los fundamentos que esboza no podrían ser refrendados en esta instancia ni aun tratándose de un caso de homicidio simple, dado que resultan contrarios a la doctrina de esta Suprema Corte que quedó establecida en los precedentes P. 103.838 (sent. del 9/IX/2009), P. 104.437 (sent. del 27/IV/2011), entre tantos otros más, donde se dijo que el art. 41 bis consiste en verdad, en una figura calificante de los tipos penales a los que se integra, modificadora de la escala punitiva respectiva, lo cual conlleva la necesidad de "construir" su relación de especialidad respecto de cada delito con el que se vincula, resolviéndose así que al homicidio cometido mediante la utilización de armas de fuego le es aplicable la agravante del art. 41 bis, postura que a su vez coincide con la recientemente establecida en forma plena por el

órgano casatorio (doct. art. 41 bis, 79, C.P., P. 102.647, sent. del 19/VIII/2009, e/o; Plenario 36.328, del 22/IV/2013).

Por lo que, con tal razonamiento, no resulta lógico aplicar el 41 bis al homicidio cometido mediante la utilización de un arma de fuego, pero no hacerlo cuando el mismo injusto tenga lugar en ocasión de un robo.

En virtud de lo expuesto, entiendo que esa porción de la sentencia no cuenta con fundamentos aptos para despojar del caso analizado a la agravante del art. 41 bis que fuera fundadamente aplicada por el Tribunal en lo Criminal nro. 1 de Lomas de Zamora, más allá de que el recurrente no haya profundizado en el yerro argumental del **a quo**, pues a su vez, sí repara en lo sustancial, que es que el elemento arma de fuego no se encuentra relevado en la figura del art. 165, y que no existe una doble valoración de los elementos propios de la figura de homicidio que citara el intermedio para motivar su solución normativa.

d) Dicho esto, corresponde dar respuesta a los restantes argumentos alegados por la defensa tanto en el recurso de Casación, como al sostener el mismo en el memorial que autoriza el art. 458 del Código Procesal Penal en fundamento de su pedido de exclusión de la agravante en discusión.

En el recurso de casación el señor Defensor Oficial, en subsidio de su agravio principal, argumentó en punto al tema objeto de análisis sosteniendo que "el Tribunal ... en su sentencia al aplicar la agravante prevista por el art. 41 bis del Código de Fondo con relación al delito de homicidio [**rectius:** robo con resultado homicidio], ha violado el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad de las penas contenidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional" (fs. 38 vta.).

Para fundar esta afirmación sostuvo que "el primer problema de interpretación se suscita a partir de lo dispuesto en el final del párrafo primero del art. 41 bis del Código Penal, en cuanto veda la aplicación del aumento de la pena cuando se superare 'el máximo legal de la especie de pena que corresponda'. Dado que esta parte entiende que las escalas del Código Penal y las leyes especiales, incorporados o no, no han excedido el tope de 25 años para las penas de libertad temporales, éste es el máximo legal de prisión o reclusión autorizada por nuestro ordenamiento, por lo que el aumento en un tercio del máximo de la pena está prohibido legalmente en el delito previsto por el art. 79 [**rectius:** 165] del C.P."

De seguido continuó su argumentación señalando las incongruencias que generarían las penalidades del art.

79 con más el aumento por el art. 41 bis, respecto del cálculo de diversas instituciones como la libertad condicional o la tentativa frente a una figura que prevé una pena de reclusión o prisión perpetua como la de homicidio calificado (art. 80, C.P.).

En definitiva sostiene que la violación se verifica desde que el art. 41 bis "no precisa los hechos punibles (tipo o figura delictiva) y las penas correspondientes desconociendo además la existencia de escalas penales racionales en un derecho penal de culpabilidad" (fs. 40).

Corresponde señalar que al momento de alegar el Fiscal de Juicio solicitó, para el hecho objeto de juicio que calificó como "homicidio en ocasión de robo" con la aplicación del art. 41 bis Código Penal, la imposición de una pena de quince años de prisión.

Frente a ello, las argumentaciones sobre la supuesta problemática a la que alude el defensor, vinculada a la eventual dificultad de establecer el límite máximo de pena de la escala en abstracto, carece de virtualidad frente a la pretensión punitiva del Fiscal, resultando meramente académica.

Por otro lado no está de más recordar que es doctrina de esta Corte que "la sola circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la

Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación a los tipos pertinentes de la Parte Especial ... no constituye una afectación del principio de legalidad" (conf. P. 93.717, sent. del 6/II/2008; P. 99.933, sent. del 29/XII/2008; P. 100.072, sent. del 12/XII/2008; P. 97.695, sent. del 25/III/2009).

5. Por último: tampoco hacen mella las apreciaciones vertidas por el señor Defensor ante el Tribunal de Casación en la memoria obrante a fs. 129/vta., por la que solicita se rechace de conformidad con lo resuelto en P. 113.790 (sent. del 26/IX/2012), en el cual se desestimó el recurso de la Fiscalía "en tanto el caso en estudio es sustancialmente análogo a aquél".

A mi modo de ver, no se trata de casos análogos, ni así lo demuestra la defensa, en tanto que en aquel precedente la insuficiencia del recurso fiscal decretada, se sustentó no sólo en el tramo del fallo que trajo el recurrente sino también frente a la diversa respuesta que expusiera la Sala Tercera del Tribunal de Casación, argumentación que dista de ser la que aquí utilizó la Sala Primera.

No obstante ello, sobre la temática en particular he fijado criterio con posterioridad al precedente invocado (v. P. 108.548), el que resulta contrario al que postula el señor defensor y coincidente con el propiciado por el

recurrente.

6. En virtud de lo expuesto, entiendo que debe reimplantarse al caso la agravante del art. 41 bis que fuera aplicada originariamente por el Tribunal en lo Criminal nro. 1 de Lomas de Zamora. Y si lo que digo es compartido deberá devolverse a fin de que nuevamente se fije pena de acuerdo con la calificación aquí establecida y las circunstancias atenuantes devenidas firmes.

Voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Soria**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votó también por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

Coincido con el temperamento propuesto por la doctora Kogan en razón de las particulares circunstancias del caso, en tanto resulta procedente el recurso fiscal conforme la doctrina de esta Corte que considera aplicable la norma del art. 41 bis del Código Penal, a las figuras que no contemplan un modo comisivo específico en razón de la mayor contundencia y vulnerabilidad para la víctima del homicidio cuando se emplea un arma de fuego (conf. P. 100.033 del 16/IX/2009, entre otras).

Voto entonces por la **afirmativa**.

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

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

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

1. Adhiero a la doctora Kogan con la siguiente aclaración, referida a un planteo de la defensa sometido a la Casación -que debe ser examinado aquí, como lo hace mi colega, en virtud del principio de adhesión a la apelación-.

Esa parte trajo a cuento la prescripción del art. 41 bis del Código Penal que establece que la elevación por la agravante "no puede exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda" (fs. 39 y ss.).

Sin embargo, el argumento defensorista es aquí inconducente pues el punto tenía incidencia para delitos cometidos antes de la reforma del art. 55 del Código Penal por la ley 25.928 (B.O., 10/IX/2004), ya que involucraba el controvertido tema de cuál era ese límite (P. 90.838, sent. del 18/II/2009).

En cambio, en este caso se juzga un homicidio cometido en el año 2006, cuando ya se encontraba vigente el nuevo texto del art. 55 del Código Penal en el cual el máximo de la prisión y la reclusión fue fijado en 50 años. En tal marco normativo la aplicación de la regla del art. 41 bis en relación al art. 165, ambos del Código Penal, no supera ese tope pues lo lleva a 33 años y 4 meses.

2. En cuanto a la suficiencia del reclamo fiscal -aspecto, en rigor, previo en el análisis de la impugnación- comparto con la doctora Kogan que, sin perjuicio de que el órgano intermedio refirió al "homicidio simple", quedó claro que no alteró el encuadre del suceso en el art. 165 del Código Penal de manera que no corresponde exigirle a la fiscalía que se alce contra la aplicación -que no tuvo lugar- del art. 79 del Código Penal.

En lo demás, los fundamentos expuestos por el acusador bastan para que su pedido pueda ser atendido.

Voto por la **afirmativa**.

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, por mayoría, se resuelve:

1. Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal Ajunto de Casación, casar la sentencia impugnada en el nivel correspondiente a la calificación legal atribuida en cuanto eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del Código Penal y, en ejercicio de competencia positiva, establecer que la misma resulta aplicable al **sub**

discussio.

2. Reenviar los autos al Tribunal de Casación Penal para que se gradúe la penalidad a imponer al procesado Javier Leandro Eiroa conforme lo resuelto en la presente (arts. 496, C.P.P.; 41 bis y 165, C.P.).

Regístrese y notifíquese.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

HECTOR NEGRI

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI EDUARDO NESTOR DE
LAZZARI

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario