



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Causa N° 36.328
"Rodríguez, Fabián Andrés
s/ Recurso de Casación" –
Pedido de Acuerdo Plenario

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, a los 19 días del mes de abril de 2013, reunidos en Tribunal Pleno los señores jueces del Tribunal de Casación Penal, Dres. Carlos Angel Natiello, Benjamín Ramón Sal Llargués, Horacio Daniel Piombo, Dres. Jorge Hugo Celesia, Fernando Luis María Mancini, Carlos Alberto Mahiques, Dres. Víctor Horacio Violini, Ricardo Borinsky, Daniel Carral, Mario Eduardo Kohan, Martín Manuel Ordoqui, Ricardo Ramón Maidana, y el Dr. Federico Guillermo José Domínguez, Presidente del Tribunal, para resolver en la causa N° 36.328 caratulada "Rodríguez, Fabián Andrés s/Recurso de Casación".

Practicado el sorteo de ley resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **MAHIQUES – CARRAL – SAL LLARGUES – PIOMBO – MANCINI – CELESIA – VIOLINI – BORINSKY – NATIELLO – KOHAN – ORDOQUI – MAIDANA** Y en los términos del art. 5° inc. c) del **Reglamento Interno DOMÍNGUEZ**.

Cumplidos los trámites de rigor, corresponde plantear y votar la siguiente:

CUESTION

¿Resulta aplicable la agravante genérica consagrada en el artículo 41 bis del Código Penal a la figura tipificada en el artículo 79 del mismo cuerpo legal?

VOTACIÓN

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

I) Para dar adecuada respuesta a la cuestión sometida a este acuerdo plenario, considero relevante comenzar recordando que el artículo 41 bis del Código Penal -introducido a dicho cuerpo legal mediante la ley 25.297- establece, como circunstancia general de agravación de los tipos penales, que cuando alguno de los delitos previstos en el ordenamiento sustantivo sea cometido con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, la escala penal fijada para el tipo penal de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Dicha norma, asimismo, contiene una cláusula de exclusión en su párrafo segundo, donde dispone que la agravante genérica allí consagrada no puede aplicarse cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentra contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

Al instituir una escala penal más severa para los supuestos en que medien las circunstancias aludidas, la ley ha trasladado aquello que tradicionalmente se había considerado ponderable como pauta aumentativa –por el mayor contenido de injusto en orden a la naturaleza de los medios empleados a que alude el artículo 41 del código de fondo para la determinación de la pena- hacia el nivel típico. En otros términos, la norma incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, que opera entonces, como una calificante genérica agregada a la ley sustantiva en las figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades.

En mi opinión, se trata de una norma general que, reunidos sus requisitos de aplicación, proyecta sus efectos a una pluralidad de figuras delictivas, previstas en la parte especial del Código Penal. Tales características no son exclusivas de este precepto, pues son varias –y su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

número ha aumentado en los últimos años- las normas que participan de esta naturaleza, como ocurre en las regulaciones relativas a la intervención de menores en el hecho, la tentativa o la participación secundaria.

II) Resulta claro que la excepción prevista en el segundo párrafo del citado artículo 41 bis no es aplicable al delito de homicidio, ya que éste no contempla en sus diversas modalidades típicas a la violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego como un elemento constitutivo o calificante.

El propio texto legal nos marca entonces, sin mayor necesidad de esfuerzo argumental, el camino hacia una respuesta afirmativa al interrogante planteado a este pleno: el artículo 41 bis del Código Penal sí se aplica para agravar al delito tipificado en el artículo 79 del mismo cuerpo normativo.

Pero además, no estamos en presencia de una solución legislativamente novedosa, en cuanto se repara en que la utilización de ciertos medios ya ha sido expresamente considerada por el legislador en otras ocasiones a los efectos de establecer formas agravadas del homicidio (v.gr.: artículo 80 incisos 2° -"veneno u otro procedimiento insidioso"-; 5° -"por un medio idóneo para crear un peligro común"-), y en que tales previsiones no carecen de razonabilidad, pues encuentran un evidente fundamento en el mayor peligro generado por el empleo de tales medios, y la más grave culpabilidad que muestra su uso.

III) En nada cambia a la decisión que propongo la crítica que hace pié en la producción de la muerte de la víctima, es decir, en que el homicidio resulte consumado, pretendiendo que la extinción de la vida torna inútil toda agravación de la sanción que se base en la calidad o naturaleza de los medios empleados para provocarla.

Ello es así, pues el peligro que se erige como fundamento normativo no se vincula exclusivamente con la persona individual del sujeto pasivo, sino con el aumento cierto y efectivo de peligro para todo integrante de la sociedad que es generado por la utilización de medios especialmente riesgosos, como son, las armas de fuego.

El precepto también aparece razonable al atender el mayor poder ofensivo del medio empleado por el agente para llevar a cabo la acción típica (circunstancia intrínsecamente relacionada con aquella que fue mencionada en el párrafo anterior), y en la consecuente merma en las posibilidades de defensa del sujeto pasivo. Todo ello, insisto, revela a su vez un mayor grado del injusto cometido, y una mayor magnitud de culpabilidad de quien lo lleva a cabo.

Asimismo, el argumento que pretende sustentar la exclusión de este precepto del marco del artículo 79 del Código Penal en que la muerte verifica y es reflejo y consecuencia acabada de todo peligro, y en que ella no admite grados en su producción, cae por su propio peso frente a un homicidio que haya quedado en grado de conato. Es que tal situación generaría la evidente incongruencia sistémica de avalar la aplicación de una agravante genérica cuando el homicidio es tentado, e impedirla cuando resulta consumado, sin una auténtica explicación lógica y racional que de debido crédito a dicha distinción.

Tampoco estimo que sea un argumento relevante la ubicación sistemática de la norma de agravación, ya que nada obligaba al legislador a ubicar toda agravación del homicidio en el artículo 80 del código de fondo, sobre todo si no se pierde de vista que el artículo 41 bis no consagra una agravante de ese solo delito, sino de muchos otros, en la medida en que se correspondan con el supuesto normativo de aplicación.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

IV) Así las cosas, creo conveniente finalizar este análisis formulando ciertas precisiones vinculadas a la tarea interpretativa a cargo de los jueces, para lo cual es importante traer a colación algunas reglas hermenéuticas que a tales efectos ha delineado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, no puede soslayarse que aquellos motivos por los cuales el Congreso Nacional ha decidido legislar el precepto bajo análisis con sus concretos requisitos y contenido remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado inmiscuirse a los órganos judiciales, so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa.

Es dable también recordar que para determinar la validez de una interpretación debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (conf. C.S.J.N., Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769).

En tal sentido, el máximo Tribunal de la Nación se ha preocupado en dejar en claro que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla, pues de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto, solución ésta que resulta inaceptable (cfr. C.S.J.N., Fallos: 300:558; 301:595; 313:1007; 315:1256; 324:2780).

Por ende, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea viable una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal si no media debate y declaración de inconstitucionalidad, pues la exégesis de

la norma, aun con el fin de adecuación a principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu (cfr. C.S.J.N., Fallos 318:950, y sus citas).

V) En virtud de lo hasta aquí expuesto, a esta cuestión, voto por la afirmativa.

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

En punto a la cuestión planteada, abro mi respetuosa discrepancia con relación a la opinión propiciada por el distinguido colega que lleva la voz en este acuerdo.

Con antelación al presente he tenido ocasión de expedirme, sobre esta cuestión, en oportunidad de disentir con la solución allegada por la mayoría de la Sala que integro, en causa Nro. 9354 (reg. de Presidencia Nro. 34.017) “López, Carlos s/Recurso de Casación”.

En aquél caso, compartiendo los fundamentos vertidos por la opinión dominante de la Sala I de este Tribunal, (voto del doctor Benjamín Sal Llargués al que adhiriera el doctor Horacio Piombo, en causa Nro. 10.805 “Lozano Lacay, Alberto Oscar s/Recurso de Casación”) sostuve, en esencia, que “ ... a mi entender, deviene inaplicable esta regla aumentativa en el caso particular del homicidio (art. 79 del C. Penal), agravando la sanción porque se haya matado utilizando un arma de fuego.

Si lo pretendido es concretamente el homicidio, tipo de lesión, no puede resultar relevante un tipo de peligro, situación que debe diferenciarse de alguno de los tipos calificados que prevé el art. 80 del digesto de fondo, donde el criterio que ha inspirado la determinación del agravamiento obedece al empleo de ciertos medios, dado que constituyen tanto un ataque insidioso como un peligro que recae sobre otros bienes jurídicos”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Desde mi punto de vista, una adecuada intelección del alcance de la reforma introducida por la ley 25.297, por la que se crea el art. 41 bis, no puede prescindir en su examen del contexto social que parece haber inspirado, según puede verse en los propios antecedentes parlamentarios, la sanción legislativa que, en su posterior aplicación, no ha estado exenta de serios y fundados cuestionamientos.

El dictamen, suscripto por la mayoría de la comisión de la Cámara de Diputados, que se presentara como anteproyecto de la reforma en trato, sostuvo, entre otras cuestiones “ ... es evidente que en esta coyuntura son necesarias algunas reformas que den solución a un problema muy específico como son los delitos tentados o consumados con armas de fuego. Algunas estadísticas elaboradas sobre series cronológicas de los últimos años muestran una tendencia creciente de delitos cometidos en el conurbano bonaerense, en particular robos con armas de fuego y homicidios como consecuencia de robo” (Antecedentes Parlamentarios, LL-2001-A, pág. 165/166).

Entiendo así que esta proclamada “coyuntura” derivó sin más en un criterio de política criminal, profundizado en tiempos posteriores, que pareciera haber echado mano a lo que en la doctrina nacional se conoce como “legislación penal de emergencia” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, *“La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”*, AAVV, “Teorías actuales en el derecho penal”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 1998, pág. 617) o a lo que desde la doctrina extranjera sobre la material, particularmente por parte de Winfried Hassemer, se ha definido con claridad como “derecho penal simbólico”.

Esto se advierte en cierto grado de improvisación (no se sabe si inconsciente o estratégico) que ha llevado, previo a su sanción y tal como

surge de la discusión en la cámara revisora, a sostener que “No podemos modificar delito por delito...” (Opinión del Senador Agúndez durante el debate parlamentario, en Antecedentes Parlamentarios, LL-A-2001, pág. 184).

El coste inicial de esta técnica legislativa, cuyas implicancias habían sido ya correctamente advertidas por el Diputado Quinzio, en su disidencia total, (Antecedentes Parlamentarios, citados, pág. 162/163) trajo aparejada en su aplicación una serie de incongruencias sistemáticas.

Se apreciaba, a poco de introducida la reforma, una violación del principio de proporcionalidad de las penas. Así, el máximo de la escala legal aplicable que regía por entonces (25 años) se enfrentaba a la pena que en expectativa se configuraba, para el caso y como ejemplo, la prevista para la conducta prohibida por el art. 79 que, en función de la agravación prevista por el art. 41 bis, resultaba en su umbral máximo equivalente a treinta y tres años y cuatro meses de prisión o reclusión.

En este sentido, desde la doctrina y por aquellos tiempos, se censuraba la posibilidad de aplicación de esta agravante, toda vez que el aumento de un tercio en el máximo de la pena estaría prohibido legalmente respecto de las figuras previstas en los arts. 79 (homicidio simple); 100 inc. 3ro. (duelo irregular); 124 (abuso deshonesto agravado por el resultado muerte); 142 bis (privación ilegítima de la libertad agravada por ser el sujeto pasivo mujer o menor de 18 años de edad y en los casos de los incisos 2 y 3 del art. 142); 144 ter (tortura); o 165 (homicidio en ocasión de robo), entre otros, por cuanto contemplaban como máximo en sus escalas penales la pena de veinticinco años de reclusión o prisión (Friele, Enrique Guillermo, *El artículo 41 bis del Código Penal: un producto más de los discursos de emergencia?*, en ... quien cita a De la Rúa, Jorge “Código Penal Argentino, Parte General, 2da. edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 139, Zaffaroni-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Alagia-Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As. 2000, pág. 966).

También por entonces se apreciaba una inconsistencia sistemática en los supuestos vinculados a la libertad condicional, de modo que un sujeto condenado a la máxima pena que suponía la configuración del art. 79 y la agravante del art. 41 bis, resultaba más gravoso en cuanto a los plazos para la obtención de los beneficios de aquel instituto, ello en relación a las exigencias previstas para el mismo supuesto en los casos de homicidios calificados (art. 80 del C. Penal).

Más allá que posteriores reformas introdujeron cambios tanto en la configuración del máximo legal aplicable (ley 25.928, reforma introducida al art. 55 del C. Penal) como en los plazos de cumplimiento de condena exigidos a los fines de la libertad condicional (ley 25.892, modificatoria del art. 13 del mismo cuerpo legal), aún persisten incongruencias sistemáticas que se pueden apreciar en la configuración de la pena en supuestos de tentativa.

Tanto así que, en su término máximo, los delitos sancionados con pena de prisión perpetua quedarían limitados a quince años de prisión, en tanto la figura del homicidio simple del art. 79 agravada por aplicación del art. 41 bis, del modo que se propone en el voto precedente, importa, en casos de conato, un parámetro de pena máximo que asciende a veintidós años y fracción de meses de prisión o reclusión.

Lo que queda claro entonces, más allá de las consideraciones en cuanto a la determinación de la pena y su relación con el principio constitucional de culpabilidad, es que esta reforma vino de algún modo a trastocar la coherencia sistemática que presentaba la parte general de nuestro plexo penal de fondo.

En consecuencia, me permito sostener que una interpretación sistemática conduce a considerar que no resulta ya tan clara la letra de la ley y que, en todo caso, siguiendo en esto la jurisprudencia de nuestro máximo intérprete constitucional, la exégesis debe procurar el sentido que “... las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos”.

Por lo demás, encuentro otras razones que gravitan en la posición que propugno.

La regla del art. 41 bis prevé el aumento de pena “cuando alguno de los delitos previstos en este código se cometiera con violencia e intimidación...” siempre que sea “mediante el empleo de un arma de fuego”.

En lo que respecta a la intimidación, puede afirmarse sin hesitación que, al menos en el supuesto de homicidio, queda naturalmente marginada.

En cuanto a la utilización como medio contra las personas en delitos que receptan el acometimiento con violencia, en los casos de homicidio, el legislador ha previsto taxativamente en los incisos 2 y 5 del art. 80 del C. Penal su ponderación como “ratio agravatoria” en cuanto repotencian –de modo particular- la violencia propia del homicidio, por lo que puede entenderse que ha desatendido cualquier otra forma de agravamiento típico que califique al tipo básico, situación que no puede refutarse desde el empleo de esta novedosa, al menos para nosotros, técnica legislativa que parece apoyarse en la pereza del legislador.

El fundamento de mayor culpabilidad puede explicarse en aquellos casos desde que el autor realiza otros males más allá del que provoca con el hecho de la propia muerte de la víctima, extendiendo la lesividad material de la conducta, incrementando así el injusto material del hecho (inc. 5 del art. 80), del mismo modo que las especiales características de los medios utilizados, por insidiosos o clandestinos, implican un mayor contenido de injusto (inc. 2 del art. 80).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Diferente es la situación cuando se analiza la ratio agravatoria que importa la aplicación del art. 41 bis del C. Penal al supuesto del homicidio simple. Así, la concurrencia de la utilización, como medio violento, de un arma de fuego no implica –desde mi punto de vista- la presencia de un injusto diferente, por más grave, al del genérico delito previsto por la regla del art. 79, sino que, en todo caso, convierte al autor en objeto de un mayor reproche culpabilístico, situación atendida por la norma del art. 41 inc. 1° del C. Penal, considerando además que la pena contemplada en el tipo básico resulta lo suficientemente amplia, de modo tal que permite la posibilidad de individualización de la sanción con atención a las circunstancias especiales que pueden servir de fundamento para su ponderación.

En la misma línea argumental que reseñara al inicio del presente, colacionando mi opinión anterior sobre esta cuestión, encontramos el fundamento de la disidencia del diputado Quinzio, quien sostuvo: “Si bien es cierto que podría afirmarse que en la figura del homicidio ya tiene incluida la seguridad del daño mayor imaginable contra la persona (la muerte) y que no puede ser agravado el hecho, además, porque existe un gran ‘peligro’ por el arma de fuego”, agrega entonces con tono crítico “también es cierto que un juez podría concluir en que también el homicidio se agrava por el uso de arma de fuego” (Antecedentes parlamentarios, ob. citada, pág. 162).

Es que la aplicación de la agravante bajo examen debe entenderse – como bien apunta Garibaldi, Gustavo (“Algo más sobre la participación y dolo eventual. La desconcertante agravante genérica del art. 41 bis del C. Penal” LL, Suplem. de Jurisprudencia penal del 30/7/02)- en una aplicación acotada solo “ ... a los supuestos que no prevean ya, como agravante calificativa, la utilización de ‘armas’ (excluyendo, por cierto, los casos de homicidio). Modo de ver las cosas y de leer la excepción, claramente compatible con las

expresiones 'constitutivo' o 'calificante' empleadas (art. 41 bis último párrafo)".

De algún modo, podría decirse que la razón de ser de la excepción se funda en los motivos de deslinde propios del "concurso aparente" de normas penales. Desde este prisma de análisis, bien puede estimarse que la aplicación de la regla del art. 41 bis debe marginarse en los casos de homicidio, toda vez que la regla del art. 79, bajo un supuesto de consunción, desplaza a la agravante por contener todo el injusto y culpabilidad de ésta. (Jeschek, *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, trad. de Manzanares Samaniego, 4º edición, pág. 573, Granada, 1993).

En esta perspectiva, algún sector de la doctrina nacional entiende que " ... Si éste es el fundamento de la punibilidad, la concreción de este peligro, es decir, el comienzo de ejecución de cualquier delito en que intervenga el arma como medio para la comisión, el efectivo empleo del arma producirá el desplazamiento de la figura de peligro abstracto ... por aplicación del principio de subsidiariedad tácita" (Sancinetti, Marcelo, "Tipos de peligro, en las figuras penales (Homenaje al profesor Carlos Creus)", CDyJP, Nro. 12, pág. 156).

Para finalizar, vuelvo a insistir en que el inicio del siglo XXI se ha caracterizado por una profusa actividad reformista en lo que respecta a la legislación penal, resultando que muchas de ellas, dado el contexto de su sanción y tal como lo adelantara en el inicio de este voto, derivaron en graves falencias sistemáticas.

Si bien no desconozco la magna jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, en el sentido de armonizar las diferentes disposiciones legales, descartando la inconsecuencia en la creación legislativa; lo cierto es que ha sido el propio legislador quien ha advertido el riesgo implícito en esta tarea reformista, claramente expuesto por el diputado Alchourron cuando se trató



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

en la Cámara de Diputados la modificación al régimen de la ley 24.660 a través de la ley 25.948, oportunidad en la que señaló: “(n)o importa que se crucen las leyes, porque al fin de cuentas habrá siempre un juez que ponga orden. No importa que a lo mejor estemos produciendo leyes con errores técnicos, sobre todo cuando estamos procediendo en forma apurada. Debemos reconocer que las circunstancias nos han llevado necesariamente a esta situación. Es cierto que esta sesión se realiza a las apuradas, pero lo importante es salir adelante (...)” (Antecedentes Parlamentarios, La Ley, T° 2005/A, Bs. As., Ed. La Ley, 2005, p. 315).

Este fenómeno, propio de los últimos tiempos, reclama por un lado, abandonar criterios formalistas de interpretación de la ley, por el otro, acercarse a posiciones intermedias en la tarea hermenéutica, basadas en la teoría de Hart sobre la “textura abierta” del lenguaje, distinguiendo tres etapas en la exégesis: la identificación de las normas, su sistematización y la determinación de su coherencia. (Sarrabayrouse, Eugenio “Neopunitivismo e inclusión de agravantes genéricas en el código penal. El caso del art. 41 bis y el delito de homicidio” en *Neopunitivismo y Neoinquisición*, Director Pastor, Daniel, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2008, pág. 511).

Resulta así entonces que cuando se aprecia una colisión de dos o más interpretaciones posibles, lo que se corrobora aquí con un somero repaso de la jurisprudencia que evidentemente ha seguido caminos dispares, debe recordarse, siguiendo los lineamientos de nuestro máximo intérprete constitucional, que “ ... el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que

más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Acosta, Alejandro Esteban s/Recurso de hecho”, Causa 28/05 C.S.J.N.).

No se trata en el caso de un juicio adverso a la constitucionalidad de la regla del art. 41 bis, criterio seguido por el Superior Tribunal de la provincia de Entre Ríos, (Sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal, 15/6/2004, “Clari, Gaspar M.”). Con arreglo a la doctrina de la C.S.J.N., entiendo que se trata de aquellos pronunciamientos que evitan expedirse por la inconstitucionalidad (sentencia estimatoria) o por la constitucionalidad (sentencia desestimatoria) de la norma objetada. Dentro de este nuevo género, cabe aludir a lo que se denomina “*sentencia manipulativa aditiva*”, que “es la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la constitución” (Sagues, Néstor P. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, cap. V., pp. 73 a 76).

De otro lado, no puede desatenderse que en países como España, con una tradición similar al nuestro en materia penal, los cambios introducidos por la reforma operada sobre el código sustantivo en 1995 condujo a la supresión de muchas de las figuras de homicidio calificado, en la convicción de que las circunstancias agravantes debían ser revisadas para no caer en una doble valoración.

El eje de la discusión se ceñía entonces a la ponderación de los fundamentos que avalaban la necesidad de agravamiento de la sanción.

En el caso de nuestro país, en vista de las discordantes interpretaciones a que ha dado lugar la aplicación de la agravante del art. 41 bis, entiendo que existe, por parte de los jueces, un deber republicano de ajustar el recto sentido de aplicación en pos de salvar la vaguedad e indeterminación del texto de la ley, teniendo como norte en esta tarea el principio constitucional de legalidad, para que entonces, las garantías fundacionales no queden sólo como palabras de buena crianza.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Por lo expuesto, a la única cuestión planteada VOTO POR LA NEGATIVA.

A la única cuestión planteada, el señor Juez doctor **Sal Llargués** dijo:

El tema de la interpretación de la ley penal –que en principio parece de única entrada- reclama algunas reflexiones preliminares.

El muy fértil debate que el Pleno de este Tribunal se dio cuando se decidiera la convocatoria a este pronunciamiento me obliga a formular algunas consideraciones relativas a uno de los principios que nos ayudan a quienes trabajamos de jueces a mejor cumplir nuestra tarea en materia de interpretación de la ley.

En un conocido libro de casos (el de Eser y Brukhardt) los autores dedican buena parte del primero a esta cuestión.

Afirman que –pocas veces- los conceptos que se utilizan en las leyes son unívocos, pero aún cuando pudiera sostenerse que los que emplea una determinada ley son unívocos, la comprobación de que en realidad lo son, es fruto de la interpretación de la misma.

De allí que afirmen que todas las palabras empleadas deban ser interpretadas.

La precisión mayor la formulan cuando –con cita del Mezger - Zipf- sostienen que lo anterior es en rigor *“hallar el sentido de las expresiones jurídicas con la finalidad de ser aplicadas a supuestos de hecho concretos”* y que este fenómeno se encuentra regido, dirigido por un *“preconcepto”* o *“comprensión previa”* de ese texto.

Abordan luego un desarrollo prieto pero muy ilustrativo de los criterios de interpretación empleados por el Tribunal Federal Supremo (Eser, Albin y Bjorn Burkhardt *“Derecho Penal – Cuestiones fundamentales de la Teoría del*

Delito sobre la base de casos de sentencias” Trad. Bacigalupo, Silvina y Cancio Meliá, Manuel, supervisada por Enrique Bacigalupo, Ed. Colex, Madrid 1995).

Este abordaje y esa breve cita nos permite aclarar inicialmente que nunca –ni aún en una supuesta vigencia exclusiva y excluyente de la más rabiosa exégesis- es posible pretender prescindir de la interpretación de la ley y entonces se hace indispensable establecer con qué parámetros hay que afrontarla.

Losa jueces de Napoleón debían leer el texto de la ley vigente y seleccionar el aplicable y –al discernir esa aplicabilidad en ese magro sentido del término- necesariamente debían interpretarlo.

Aún cuando se sostuviera que este es un proceso sencillo, en último análisis no es sino acudir a la voluntad del legislador (que era el propósito del Emperador) y que es uno de los métodos de interpretación de la ley que algunos autores denominan “*interpretación teleológica subjetiva*”.

Pero entonces el primer dato que afirmamos es que el proceso de interpretación es siempre insoslayable.

La segunda adquisición de esa breve apertura es que –según estos autores con los que coincido- en la faena de desentrañar cuál es el sentido de la ley que justifique su aplicación al caso concreto, se parte de un “*preconcepto*”, una “*aproximación previa*”, una “*comprensión previa*”.

Esa “*comprensión previa*” contiene –entre otras cosas- todo aquello con lo que uno llega al proceso de enfrentar un conjunto de disposiciones para escoger una y aplicarla al caso concreto.

El nudo exégeta –según se ha dicho- llega con el mandato de limitar ese proceso a su mínima expresión y en ello uno podría reconocer –además- que lo hace desde la comprensión previa de la necesidad de sujetarse a la voluntad del legislador y de reducir su intervención a la mera ejecución de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

esas directivas frente a un caso que parece merecerlas y –naturalmente- desde la tácita aceptación de que este punto de partida no puede discutirse en su legitimidad.

Este punto de partida –entonces- responde a una concreta visión del tema desde el reconocimiento del poder del legislador en desmedro del poder del juez.

Descreo que sea la correcta percepción de la faena judicial.

Todo esto viene dicho por la pretensión de que la tesis a la que me opongo es la que surge diáfana del texto legal y que ello exime de toda otra consideración.

El procedimiento penal, procedimiento adversarial o de partes es un proceso dialéctico donde se enfrentan la tesis de la acusadora a la antítesis de la defensa material y técnica que concluye en la síntesis confiada al tercero imparcial. En la primera cuestión de la sentencia es donde se dirime el problema de la subsunción del hecho en una de las figuras del Código Penal (o en ninguna de ellas) de las alegadas por alguna de las partes y es allí donde los jueces deben aguzar el análisis de lo probado para decidir cuál es la correcta recepción de la conducta investigada (sobre el punto es altamente ilustrativo el libro de Manuel Atienza *“Tras la justicia”* Ed. Ariel, Barcelona 2003).

Hans Kelsen en su Teoría pura del derecho (Ed. Eudeba Bs. As. 1987) a propósito de la interpretación (Capítulo X, pág. 163) afirma: *“en síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho descende un grado en la jerarquía del orden jurídico”*, fenómeno este último al que renglones atrás ha caracterizado señalando que *“en el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma*

general a un hecho concreto el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer”.

En esta materia y en el ámbito de la legislación constitucional convencional, la norma del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra la interpretación más restrictiva, progresiva y pro hómine fijando las pautas más trascendentales para la intelección de todos los derechos que proclama, entre los que se destacan los relativos al proceso penal.

Dice expresamente: *(Normas de interpretación) – Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

Para prohibir las reversiones argumentales, el art. 30 establece que: *“las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.*

En el ámbito de la ley del Estado Provincial, reza el art. 3 del Código Procesal Penal: ***“Interpretación.*** *Toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona, limite el ejercicio de un*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, deberá ser interpretada restrictivamente”.

El principio de interpretación más restrictivo de penalidad (tal la denominación más frecuente de esta herramienta elemental del juez penal) es derivación razonada del carácter sancionador –no constitutivo- que el derecho penal exhibe y puede demostrarse con suma sencillez a partir del análisis de algunas disposiciones legales del derecho interno.

El primer Título Preliminar del Código Civil de la República Argentina, “*De las leyes*” señala en su artículo 15 que “*los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*”.

Esta imposición tiene su correlato en el Código Penal que –casi en los mismos términos- tipifica y pena la conducta del “*juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley*” (art. 273 C.P.).

Esto señala el incontrovertible camino de quien es llamado a dirimir una cuestión de derecho, la obligación de tratar y resolver las cuestiones planteadas.

Pero entonces surge clara una divisoria de aguas entre las faenas de los jueces que administran cuestiones civiles y aquellos a los que nos confían las penales y que resulta de la lectura de los artículos 16 del Código Civil y 18 y 19 de la Constitución de la Nación.

Reza el primero: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”.

Esto es sinónimo de que el sistema civil es un continuo de resolución de conflictos en el que –para que sea un continuo- puede apelarse a la analogía o a los principios generales del derecho. En ese insondable marco, todas las lagunas han de llenarse mediante todos esos recursos de solución razonable de cada caso.

Este camino está vedado en el sistema penal signado por el principio de legalidad que importa –en el caso- la proscripción de la analogía como modo de composición legal y –más aún- vedar la remisión a los principios generales del derecho con ese propósito.

La legalidad penal hace que las prohibiciones sean un *numerus clausus* que –además- deben reunir los requisitos que fija el art. 19 de la Constitución de la Nación que –en lo que importa- reclama que la conducta, para ser relevada penalmente, deba ser amén de manifiesta, lesiva de bienes jurídicos ajenos (“... *ni perjudique a un tercero* ...”).

Esta lesividad se articula asimismo con la última de las normas que conforman este conjunto, que es el art. 42 del C.P. en el que queda de relieve que –además de lo dicho- la misma debe haber comenzado a hacerse evidente a lo menos por la puesta en peligro de un bien jurídico ajeno. El comienzo de la ejecución, y sólo eso, importa el abandono del ámbito de la reserva y la pareja exposición del sujeto activo al poder coercitivo del Estado.

Por ello puede afirmarse que el sistema penal es –contra lo afirmado respecto del civil- un discontinuo de ilicitudes, en el que éstas se destacan como ínsulas en un mar insondable de ejercicio de la libertad. En este contexto la norma es la libertad y la excepción la prohibición.

Esta es la razón de ser del principio de interpretación más restrictivo de penalidad del que resultan variadas expresiones como el principio de inocencia, la aplicación de la ley más benigna, el “*in dubio pro reo*” y otras



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

manifestaciones seguidas de estas (prohibición de “*reformatio in pejes*”, “*ne bis in eadem*”, etc.).

Hechas estas reflexiones, cabe abordar la cuestión que convocara al acuerdo y anticipo que –como quien me precede en el voto, Dr. Daniel Carral– creo que no procede la aplicación de la norma del art. 41 bis del C.P. cuando se trata de una imputación por homicidio simple del art. 79 del mismo texto de fondo.

Dispéñese la reiteración pero –como lo recuerda ese voto al que adhiero– la más clásica clasificación de las infracciones penales por el modo de afectación del bien jurídico a que se refiera cada una de ellas las divide en delitos de lesión y delitos de peligro.

Omito en este abordaje la más discutible división en afectación por peligro concreto o peligro abstracto.

La afectación por lesión importa la pérdida de ese bien jurídico en tanto que la afectación por peligro, como su designación lo indica, releva su puesta en riesgo.

El delito de homicidio es clásico delito de afectación del bien jurídico por lesión del mismo, esto es decir que ese ilícito termina con el mentado bien jurídico de modo definitivo, cualquiera sea la noción a que se apele de “*bien jurídico*”.

Si la razón fundante de la agravación de cualquier delito en que se use un arma de fuego –como se ha visto– 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.

Resulta de toda evidencia que –desde cualquier paradigma del delito- la imputación no puede desdoblarse y revalorizar tramos que ya han tenido recepción en la faena de calificar el hecho. Si el legislador, pletórico de panpenalismo, pensó en agravar todo delito cuando se use un arma de fuego y ello no sea parte constitutiva del tipo, lo hizo con la ilusión preventivista general negativa de von Feuerbach de inhibir su uso por el mayor peligro que irroga.

En este sentido me remito in totum al voto del Dr. Carral que hago mío por su completividad, contundencia y versación.

En la añosa Teoría de las Normas de Binding, existía un legislador racional. Hoy, demostrada esta falsedad, con Zaffaroni, creo que cabe esperar que exista a lo menos un juez racional que desentrañe el alcance de las prohibiciones que –a discreción- ha multiplicado el legislador que tenemos.

Así, por caso, una exacción ilegal cometida con arma de fuego, debería merecer mayor pena por el peligro que ese uso importó. Pero si – como se deja dicho- se trata de un delito de lesión (el bien jurídico como relación de disponibilidad de una persona respecto de un ente se afecta y se pierde) qué sentido tiene relevar el peligro que –antes de fenecer- ha corrido?

Esta suerte de consunción (encerramiento conceptual) es irrazonablemente violada con la aplicación de la agravante en esos supuestos.

Es claro que el tipo del art. 79 del C.P. reclama el dolo de matar (el clásico animus necandi) y para ello puede el sujeto activo servirse de cualquier medio que –en el caso- mejor provea a ese propósito homicida.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Esto importa decir que la noción del “*medio de matar*” –en principio- es tácito en el tipo en análisis. Esto es lo que con toda claridad dijo el Codificador a quien no le cabe el sayo del legislador actual.

En esa obra consular que produjera (“*El Código Penal y sus antecedentes*” Ed. Tommasi Bs. As. 1923 T. III pág. 323) sostuvo respecto de los “*Medios empleados para la comisión.- La ley no habla de los medios que se pueden usar para la comisión del delito de homicidio y no necesita hacerlo, bastando con que fije la noción. Los que pueden usarse para causar la muerte de una persona son diversos. Desde luego, se pueden emplear armas que ocasionen lesiones cuya consecuencia sea la muerte. Esas armas pueden ser todas las susceptibles de ocasionar esos efectos, sin distinguirse entre las que tienen por objeto la defensa personal, o sean las armas propiamente dichas, de los otros instrumentos que no se han fabricado con ese propósito, pero que se hayan usado a esos efectos ... Los medios morales también están comprendidos en la ley que no hace distinciones, como se ha dicho antes, y que abarca a todos, bastándole que por medio de uno de ellos se haya llegado a la consecuencia ... Puede también usarse de la fuerza física y de los órganos naturales, sin recurrir a armas para dañar y aún matar a otro*”.

De lo dicho se sigue que toda noción de “*medio*” está tácitamente implicada en el tipo en cuestión puesto que lo central es que el sujeto pasivo seleccione una cualidad (no sino eso son los medios) asequible a sus fines de quitar a otro la vida. Esto permite decir que el tipo sistemático del homicidio se integra con esta noción de medio, cualquiera sea este, lo que hace del mismo un elemento necesario y en términos de la disposición en trato (art. 41 bis del C.P.), un elemento constitutivo del mismo.

Si el medio del homicidio es relevado en algunos de los supuestos del art. 80 del mismo texto de fondo, como lo pone de resalto el Dr. Carral, ello obedece a criterios que extrañan esas conductas de la propia del homicidio simple por razones de diversa naturaleza que tributan a un mayor grado de injusto; en el caso del veneno u otro procedimiento insidioso (inc. 2) por esta última característica y en el caso del medio capaz de generar un peligro común (inc. 5) justamente porque redundan en un riesgo concreto de lesión a bienes jurídicos distintos del que es titular el sujeto pasivo.

Esto contesta el voto que abre el acuerdo cuando equipara estas agravaciones a la que motiva el pronunciamiento.

Esta última disposición colacionada del inc. 5 del art. 80 del C.P. es prueba de lo que digo: el peligro no se releva porque afecte al sujeto pasivo (lo que sería la irrazonabilidad que predico de la tesis a la que me opongo) sino porque –efectivamente- ese medio representa un peligro para otros bienes jurídicos.

Remito otra vez a Rodolfo Moreno (h) cuando en la cita precedente en que afirma que el medio puede ser cualquiera (“... *Los medios morales también están comprendidos en la ley que no hace distinciones, como se ha dicho antes, y que abarca a todos, bastándole que por medio de uno de ellos se haya llegado a la consecuencia ...*”, en párrafo siguiente sostuvo “*el código, para que no haya al respecto ninguna duda, ha traído un precepto expreso en la parte general, contenido en el artículo 78, según el cual queda comprendido en el concepto de violencia, el uso de medios hipnóticos o narcóticos*”. La violencia es consustancial al homicidio aún cuando –como respecto de toda obviedad- el artículo no haya señalado ese modo comisito. Me resulta poco menos que inconcebible un homicidio en que no haya mediado violencia. Esto refuerza la idea de que hay elementos constitutivos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

de los tipos que no están denotados sino connotados en ellos y que resultan de la naturaleza de las cosas (Der Natur der Sache).

Esto contesta al voto que abre el acuerdo en cuanto sostiene que no puede operar la cláusula del segundo párrafo de la disposición porque el delito de homicidio *“no contempla en sus diversas modalidades típicas a la violencia o intimidación contra las personas ...”* (del voto del Dr. Mahiques).

La referencia que este votante hace a una supuesta incongruencia de esta tesis para el caso de conato deviene del error que importa sostener que –de algún modo- la norma del art. 41 bis del C.P. pueda operar respecto del homicidio simple.

Si se predica un atropamiento conceptual que imponga evitar la irrazonabilidad de la duplicación de una recepción penal, no sería menor el error de sumar el peligro (que es de muerte) a otro peligro (también de muerte). Sin recalar en el subjetivismo a ultranza, resulta claro que la tentativa de homicidio –cualquiera sea el paradigma y la explicación que de la misma se de– se reprime (entre otras tantas razones y fundamentos) porque el bien jurídico que la consumación lesiona, al no llegar a ese estado del iter criminis, ha sido puesto en peligro, de modo que el caso redundaría en una violación de la prohibición de ne bis in eadem.

El problema radica, como se viene señalando, en que como lo enseñara el Codificador, los medios son indiferentes en su relación con la necesidad de proveer a la destrucción de la vida del sujeto pasivo, llevando ínsita la noción de peligro. En resumen, ese atropamiento conceptual no es menor en el conato. Los medios aptos para provocar a otro la muerte necesariamente (a salvo la tentativa inidónea o el delito imposible que tributan en otro puerto) han de irrogar peligro para la vida. En caso contrario,

si no representan peligro para la vida del sujeto pasivo, el sujeto activo seleccionaría otra causalidad.

Finalmente, no creo que las razones que inspiraran al legislador puedan acotar la facultad jurisdiccional porque constituyan *“cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado inmiscuirse a los órganos judiciales, so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa”*. El artículo 57 de la Constitución del Estado Provincial, dice otra cosa.

Tal es mi voto.

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

Adhiero al voto del Dr. Benjamín Sal Llargués y, por su intermedio, al sufragio emitido por el miembro de la Sala III, Dr. Daniel Carral.

No obstante, dejo formulada dos observaciones de incidencia colateral.

La primera, que agravar el homicidio por el empleo de armas de fuego trae a la memoria, luego de releer al inolvidable maestro don Luis Jiménez de Asúa, un retroceso al siglo XVI, cuando el empleo de arcabuz o ballesta tornaba al delito en extraditabile en las relaciones entre los reinos de Portugal y España. Más aún, si el resultado de muerte tenido en mira al tipificar el ilícito del art. 79 del C.P. resulta agravado por el empleo de arma de fuego, a tenor de un supuesto espaldarazo jurisprudencial, me imagino a un febril y futuro legislador pergeñando que también resulta necesario sancionar más vigorosamente cuando se empleen medios más crueles como la incineración con nafta –a la manera de la muerte elegida por los bonzos-, o la electrocución seleccionada por ciertas bandas de narcos mexicanos, o la irradiación con sustancia radiactivas, tal como lo utilizan los servicios secretos rusos en sus atentados a la vida. De ahí en más a un texto legal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que sea un muestrario casi medieval, sólo resta un paso. Creo necesario – cuando no indispensable- no auspiciarlo en esta sede.

La segunda, que la hermenéutica es una ciencia y no un parecer azaroso y subjetivo, sino una metodología en la que no debe interpretarse una disposición de forma aislada, sino en función de todos los principios generales de la rama del Derecho de que se trata, entre los cuales lucen los sistemáticos de razonabilidad y congruencia (*Sala I, sent. del 23/3/2004, en causas 12.938 y 13.597, “Ocanto Ramírez”*). En ese orden de ideas emerge como necesario tener muy presente que si la intención del legislador no resulta clara, como ocurre en el caso, procede acudir a los datos aportados por su construcción sistemática (*Sala I, sent. del 6/7/2000 en causa 818, “Recurso de Casación Fiscal”*). Y esto ha sido hecho y elucidado en prosa de meridiana claridad en los pareceres a los cuales adhiero.

Voto por la negativa.

A la única cuestión planteada, el señor Juez doctor **Mancini** dijo:
Adhiero por sus fundamentos al voto del Sr. Juez Dr. Mahiques.

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

En mi opinión, no se distingue el peligro que pone en riesgo el bien jurídico tutelado, del grado de facilitación del desarrollo causal del hecho que el medio produce.

Es posible establecer interesantes relaciones entre ambos conceptos. Por empezar el peligro relevado mediante el agravamiento por el uso de armas es justamente la causa que facilita el resultado, porque genera intimidación en la víctima o bien cierta prevención que inhibe su respuesta defensiva. Nadie cedería ante el agresor si no fuera por la intimidación que le

provoca el medio que éste utiliza. Por eso la utilización del arma debe ser explícita cuando la agravante opera como intimidación contra las personas (en el robo no basta con que el autor lleve un arma oculta entre las ropas) por más que esta acción presuponga un peligro para la vida.

En cambio, al peligro de causar la muerte lo desplaza la muerte, que es la concreción de aquel peligro. No hay tanto una relación de consunción sino de subsidiariedad por interferencia, hasta que se produce el resultado final abarcativo de la previa causalidad puesta en marcha y unifica el disvalor dentro de los márgenes del tipo consumado.

En los delitos de daño que consuman con la producción del resultado, siempre la tentativa importa poner en peligro el bien jurídico protegido, pero a nadie se le ocurre reprochar la conducta por esa doble vía de la puesta en marcha de los actos de ejecución y la obtención del resultado, pues ambos se conminan aunadamente como realización integral del tipo desde que la tentativa es una extensión de la tipicidad, entendida ésta en la forma que viene descrita en las figuras penales correspondientes, que permite reprochar las acciones previas a la consumación.

La agravación por el uso de un arma de fuego no releva sólo el peligro posible para la vida como un disvalor concreto lo cual se aprecia con mayor facilidad cuando el bien jurídico que se pone en riesgo es el mismo que desvalora la figura que lo incluye como elemento del tipo.

La agravante antes bien alude a una facilitación del resultado derivado del uso del medio, que ha sido captada y excedida por los autores de delitos, redundando en una alarmante proliferación de la violencia a veces innecesaria y por tanto irracional ocasionada por la utilización de armas de fuego.

Claro que desde el punto de vista de la tipicidad el homicidio no requiere de ningún medio en particular, pues para su causación basta con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que el utilizado, incluido en la causalidad, sea suficiente para producir la muerte.

Todos los medios tienen en general relevancia para la adecuación a la figura del homicidio simple, salvo que hayan sido contemplados como agravante en el art. 80.

Aún los medios morales que son aquellos que no recaen en forma física o material sobre la víctima, pueden causar la muerte en determinadas circunstancias que el autor aprovecha para lograr sus fines (caso del enfermo del corazón a quien se le comunica falsamente la muerte de su hijo).

El homicidio puede ser practicado por cualquier medio de ejecución, es un crimen de forma libre.

Frente a la idea de parte de la doctrina de que el homicidio requiere materialidad de la acción y medios perceptibles para Carrara resultaban totalmente indiferentes a la esencia del hecho los medios utilizados para matar, puesto que habían sido eficaces.

Esa descategorización del medio se da desde una posición de mínima, en tanto revela que no se exige la existencia de medios predeterminados bastando con que el utilizado haya causado la muerte pues el homicidio se “constituye” con cualquier medio que lleve al resultado supresor de la vida.

Pero estas afirmaciones sólo son relevantes para la conformación del tipo básico del homicidio y en ese ámbito, sirven para rechazar los planteos de atipicidad de la conducta basados en la naturaleza del medio empleado pero no cuando se pretende jerarquizar los medios en función de su peligrosidad u otro criterio con el que el legislador quiera agravar la figura.

El robo también requiere de violencia constitutiva del tipo, ejercida mediante cualquier medio o modo de comisión, pero cuando se comete con

un arma, con un arma de fuego, de utilería, causando lesiones o si resulta la muerte, la ley agrava la figura imponiendo una pena mayor.

En el mismo sentido, se cualifica el homicidio por los medios y modos descritos en el art. 80 del C.P. No me parece que la circunstancia de que en un caso el medio sea insidioso o en otro ponga en peligro bienes jurídicos ajenos (incs. 2 y 5 del art. 80) permita inhibir con esos solos argumentos la pretensión legislativa de agravar el homicidio cometido con el uso de armas de fuego, desde que en todos los casos se trata de la utilización de medios que, cada uno con sus características, no son constitutivos del homicidio sino de su agravamiento y que forman parte del disvalor de la acción, esencialmente graduable en función de sus modalidades y de los medios empleados para la producción del resultado.

Tampoco resulta razonable eliminar del análisis la posible intimidación, que es uno de los supuestos de aplicación de la agravante, con el argumento de que en el supuesto del homicidio queda materialmente marginada, pues la utilización de un arma permite inhibir la respuesta defensiva de la víctima por la extrema intimidación que provoca. La intimidación que el arma produce es un efecto inescindible del carácter vulnerante que en abstracto las armas poseen, no de su efectiva ofensividad.

Las relaciones que pueden establecerse entre los factores referidos a la peligrosidad de las armas de fuego y la intimidación que provocan son tan relevantes en el tema que nos ocupa, que podría decirse que un factor es la causa del efecto que configura el otro y que ninguno de esos factores debería dejar de analizarse en su naturaleza y alcances.

La peligrosidad se deriva de las características del ser, sentido en el cual tiene una naturaleza óptica, porque proviene de las calidades esenciales del objeto que la genera.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Desde este punto de vista puede distinguirse claramente la peligrosidad del instrumento de la peligrosidad de la conducta que lo utiliza con determinado fin. Cuando la conducta crea un peligro de afectación de un bien jurídico, en el caso la vida, es necesario el dolo dirigido a suprimirla y la realización de actos ejecutivos que impliquen el comienzo de la tentativa.

Ese es el peligro que la ley releva mediante una ampliación de la tipicidad en el art. 42 del C.P. y que concurre de manera subsidiaria porque desaparece con la consumación y la producción del resultado. La peligrosidad “óptica” en cambio, existe sin tentativa y cuando se aparea a la causalidad de la ejecución no es constitutiva de la tentativa que se abastece con cualquier medio sino que agrega un plus de peligrosidad propio que proviene de su naturaleza como instrumento, que es distinta en cada caso y que en las armas de fuego tiene una particular relevancia que ha llevado al legislador a sancionar más gravemente la conducta que se valga de ese medio.

Parece prudente acudir aquí a los antecedentes parlamentarios para precisar desde el punto de vista teleológico cuál ha sido la intención del legislador al dictar la norma del art. 41 bis del C.P.

En los fundamentos del dictamen de la Comisión de Asuntos Penales se señaló que “es sabido que el modus operandi de los delincuentes se lleva a cabo con el uso de armas de fuego y por ello es que tenemos que atacar esta metodología delictiva para que la vida y la integridad física estén más protegidas..., por ello incrementamos la reacción penal en el caso de que estos hechos estén realizados con armas”.

En la exposición del miembro informante, Senador Agundez, se expresó fijando los alcances de la norma “en el delito de homicidio con armas de fuego, cuyas penas se aumentan en esta ley... tenemos en cuenta una

estadística sobre el tipo de armas que se utilizan. En 1995 el 28% de las armas que se empleaban para cometer delitos con violencia o intimidación eran revólver o pistola y en el año 1997 aumentó al 49%”.

“Creo que la contundencia del arma de fuego y la vulnerabilidad de la víctima reflejan evidentemente que el arma contundente es la de fuego, y no otra. ¿Cuál es el bien jurídico que se tutela? La vida. El 95% de los homicidios y las muertes producidas en la Argentina, son producidas con armas de fuego. ¿Para qué sirve el aumento de las penas mínimas y máximas en aquellos delitos cometidos con armas de fuego cuando se trate con intimidación o violencia a la persona? Se toma el homicidio, las lesiones leves, graves o gravísimas, la privación ilegítima de la libertad, los apremios ilegales, la extorsión, etc.”.

“¿Porque no tienen estas agravantes otras armas? Habíamos dicho que existía una mayor impunidad cuando se usaba un arma de fuego... El sentido de la ley es claro y contundente. Es prevenir la tenencia de armas de fuego”.

Por su parte el Senador Sergnese se preguntó cuál era el objetivo del proyecto, respondiendo “La reducción de los delitos cometidos con armas”.

De estas breves transcripciones se desprenden claramente dos aspectos: en primer lugar la explícita mención de que el propósito del legislador fue introducir el delito de homicidio entre las figuras cuyas penas se agravaban por la utilización de armas de fuego. En segundo término que el agravamiento obedeció a la comprobación y al reclamo consecuente de la sociedad que lo ha advertido, del aumento de los delitos cometidos con armas de fuego, medio elegido con alarmante frecuencia para la comisión de delitos, entre ellos el homicidio, por la extrema contundencia que posee y el estado de vulnerabilidad en que coloca a las víctimas, razón por la cual el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

legislador procuró desalentar su uso mediante el agravamiento de la sanción correspondiente a cada una de las figuras a las que se aplica.

Como ya lo he sostenido en el precedente “Montana” (c. 11200, sent. del 23-XII-2003), al instituir una escala penal mas gravosa para los supuestos en que medien las circunstancias aludidas, la ley traslada al nivel típico aquello que antes era analizado en el ámbito de la determinación de la pena por integrar la naturaleza de los medios empleados a que alude el art. 41 de la ley de fondo, incorporando aquella circunstancia como elemento objetivo que opera como una calificante genérica y crea figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades.

Entonces, más allá de lo que pueda señalarse en torno a la técnica legislativa utilizada, debe establecerse como primera conclusión que se trata de una norma general que proyecta sus efectos a una pluralidad de figuras delictivas previstas en la parte especial del código, atributo que no es exclusivo de este precepto, pues lo mismo podría afirmarse, por ejemplo, de la regulación relativa a la tentativa y la disposición contenida en el art. 227 ter respecto de las acciones que pongan en peligro la Constitución Nacional.

A diferencia de lo que ocurre en relación con la figura de robo con armas prevista en el art. 166 inc. 2° del C.P. –entre otras-, en el caso del homicidio no resulta de aplicación la regla de exclusión contenida en el segundo párrafo del art. 41 bis, por cuanto este delito no contempla a nivel típico el empleo de armas de fuego, de manera que no podría considerarse que tal elemento ostente el carácter constitutivo o calificante al que se refiere la referida regla de excepción cuando se la utiliza para ejercer violencia o intimidación.

El argumento que, con cita de la opinión vertida por el legislador Quinzio durante el debate parlamentario de la ley 25.297, señala que resultaría imposible agravar el hecho fatal por la existencia del peligro derivado de la utilización de un arma, porque la figura de homicidio tiene incluida la seguridad del daño mayor imaginable contra las personas, como es la muerte, parte de la incorrecta premisa de considerar que el mayor desvalor de la acción que supone la concurrencia de la circunstancia agravante sólo podría tener fundamento en el peligro generado, el cual quedaría subsumido por la consumación del resultado.

Sin embargo, la norma no contiene ninguna disposición que excluya su aplicación a aquellos delitos que la doctrina denomina de resultado –cuyo ejemplo arquetípico es el homicidio simple-, y en este caso es razonable entender que la agravante se fundamenta en la contundencia que supone la utilización de un arma de fuego con la consiguiente disminución de las posibilidades defensivas de la víctima, es decir en la naturaleza del medio empleado, en tanto tal extremo configura un mayor contenido de injusto.

Si bien la muerte es el resultado que consuma el homicidio, su producción no enerva el grado de disvalor de la acción representado por la naturaleza del medio que, en el caso de la violencia ejercida durante la comisión del hecho mediante el uso de armas de fuego, la ley ha querido sancionar especialmente atribuyéndole el carácter de agravante de la escala penal correspondiente del delito que se trate.

En el delito se considera tanto el disvalor de la acción como el del resultado y, en el primer caso, la utilización de determinados medios puede significar un incremento del contenido de injusto de la conducta que se traduzca en un agravamiento de la sanción, ya sea por la vía genérica del art. 41 del C.P., por la previsión de una agravante específica que califique la figura básica como en los supuestos de los incs. 2º, 5º y 6º del art. 80



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

respecto del homicidio con veneno, por medio idóneo para crear un peligro común y con el concurso premeditado de dos o más personas; o mediante una agravante que si bien enunciada en forma genérica en la parte general del código, se trata de un tipo penal calificante con proyección sobre las diversas figuras de la parte especial perpetradas con violencia o intimidación mediante el uso de armas de fuego.

Un homicidio puede ser cometido de una infinidad de formas y a través de una innumerable cantidad de instrumentos. Entre todos ellos, la ley puede distinguir lícitamente cuáles resultaron más violentos o eficaces y, por ende, más riesgosos para los titulares de los bienes jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el homicidio que se comete con alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

Cuando se han empleado armas de fuego, habiendo desempeñado éstas un papel fundamental en el atentado contra la vida de la víctima, es posible advertir un mayor contenido injusto en términos comparativos y, con ello, una razón legítima para agravar el homicidio.

El mayor riesgo derivado de la utilización de armas de fuego, por otra parte, debe medirse ex ante, y no ex post, como se considera en los votos precedentes.

Por supuesto que ex post todos los instrumentos empleados para cometer un homicidio doloso o los que determinaron un resultado culposo se equiparan en cuanto a su vulnerabilidad, pues en todos estos casos concretos se ha arribado al mismo resultado.

Ex ante, sin embargo, no podría decirse que la utilización de un “cuchillo”, proporcione al autor las mismas posibilidades de éxito o la misma temeridad que la utilización de un arma de fuego cargada y apta para el disparo. En general, ocurre lo contrario.

En definitiva, aún cuando no se haya utilizado la mejor técnica legislativa, no se advierte por qué el legislador no podría agravar el homicidio en razón del medio utilizado para cometerlo, desvalorando la extrema contundencia de las armas de fuego frente a la proliferación de delitos perpetrados con esa modalidad comisiva, por lo que entiendo que la cuestión planteada al acuerdo debe responderse afirmativamente.

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Mahiques, como así también a los fundamentos dados por el Dr. Borinsky de los que tomo conocimiento en este acuerdo.

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

A fin de mantener postura, no huelga recordar lo expuesto en otros Acuerdos generales acerca de la constitucionalidad de los Plenarios:

Si el Más Alto Tribunal de la Nación viene diciendo que sus pronunciamientos sólo deciden el caso y no obligan sino en él (ver Corte Suprema, Fallos: 16, 364), aunque los jueces inferiores tengan el deber moral de conformar sus decisiones en casos similares, sobre la base de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y la necesidad de evitar recursos inútiles, sin que ello les impida apreciar los casos con su personal criterio y apartarse de ellas cuando, a su juicio, no sean conformes a los preceptos claros del derecho, ya que ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes en los que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos (ver Corte Suprema, Fallos idem ant.); no se me ocurriría imponer como obligatoria una doctrina que en el caso se aparta de los precedentes de la Suprema Corte.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Por lo demás, la Corte Suprema, cuyas decisiones son finales y sus pronunciamientos sí se hallan en una situación de singular privilegio institucional (cfr. Sagués “Recurso Extraordinario. Astrea. Bs.A. 1989. I pag 180), tampoco expresa tenerla (cfr. Fallos 302:980), refiriendo que si sus sentencias impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaran equivaldrían, cuando interpretaran leyes, a la ley misma, y cuando interpretaran a la Constitución, a esta última.

Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: no bien la sentencia judicial fuese dotada de la imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese solo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley.

La diferencia existente entre las normas constitucionales y legales, y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal.

Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias, en su momento dictadas para resolver otros casos concretos (conc. S.C.B.A. 29/09/92 en La Ley 1993-A-397).

El Reglamento, al imponer la obligatoriedad de la interpretación que se establezca mayoritariamente a todos los jueces del tribunal aunque no hayan participado en la votación (artículo 28), aparece como una disposición superconstitucional que colisiona el principio republicano de la división de poderes, menoscaba el orden de prelación de las leyes (arts. 1, 5, 18 y 31 de la Constitución Nacional) e imposibilita el Servicio requerido en el artículo 8° incisos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por

las que se pretende que un tribunal independiente no tenga, como tal, condicionamientos como el que resulta de la misma (conc. Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentina”. Tea. Bs. As. 1963. To. I pag 139 y siguientes), o lo que es igual, que no se le imponga ninguna forma determinada de entender la ley.

Por ello, siempre fui de la idea que la interpretación resultante del acuerdo de todos los jueces, resultaba aplicable para nosotros a los casos pendientes, sin mengua de la independencia de los demás jueces, obligados sí a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle en legal forma, respetando los derechos de las partes.

Agrego a lo expresado que la resuelta descentralización del Tribunal va a terminar perjudicando la pretensión unificadora que nos convoca.

También encuentro un escollo para la construcción de la doctrina plenaria, y que surge de la advertencia de Elías P. Guastavino en “Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad” que interpola Atilio C. González en “Doctrina plenaria obligatoria ‘versus’ pronunciamiento descalificatorio de la Corte” (La Ley 2.000.E-953), respecto a que “ninguna exégesis jurisprudencial, ni aún la establecida por tribunales plenarios con fuerza legal vinculante, exhibe inmunidad frente al control de constitucionalidad; cualquier precepto, legal o reglamentario, y cualquier hermenéutica judicial, puede incurrir en inconstitucionalidad, cuya admisibilidad se encuentra subordinada a la concurrencia de los requisitos o presupuestos genéricos y específicos previstos al expresado efecto; por lo que no me parece que podamos consagrar una doctrina plenaria que terminaría acotando el control de constitucionalidad que le pertenece al Alto Tribunal de la Provincia.

Por ello, decidida la convocatoria que hasta ahora es incompleta, salvo el voto en punto a la finalidad unificadora pues la misma aparece ya cumplida desde el Más Alto Tribunal de la Provincia de sus precedentes P.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

102.775 y P. 109.913, entre otros más y a cuya doctrina se adecuan los fallos de la Sala que integro sobre la base de consideraciones similares a las expuestas por los doctores Mahiques y Celesia, a propósito de la variable calificadora que resulta de la norma que por ende se aplica tanto al homicidio como a los delitos mencionados por los citados colegas, por lo que postulo recircular este demorado Pleno –que recibiera el 12 de octubre de 2012 y devuelvo durante su transcurso- a fin que se reconsidere la reformulación de la primera encuesta y den su voto los nuevos integrantes del Tribunal.

Dado que la recirculación tuvo respuesta parcial implícita y negativa, ya que no existió consenso para ampliar el temario de encuesta, salvo el voto en este punto.

Así lo voto.

A la única cuestión planteada, el señor Juez doctor

Natiello dijo:

Adhiero a la postura esbozada por mis preopinantes colegas, Dres. Mahiques y Celesia, puesto que he sostenido inveteradamente en diferentes pronunciamientos de este Tribunal, en que me ha tocado decidir, que la manda del art. 41 bis del Código Penal es de aplicación a todas las figuras típicas de la parte especial de la ley sustantiva –o de leyes complementarias- que no hagan expresa referencia en su estructura típica a la violencia o intimidación contra las personas mediante el uso de armas del tipo de las de fuego (vgr. Causa n° 15.535, “Oñoz”, del 25/11/04).

Con ese andarivel –y en lo que puntualmente a este plenario merece- el artículo 79 del C.P. a mi juicio no hace referencia alguna ni al género “armas” ni a la especie “de fuego” y por tal motivo todo ilícito imputado bajo esa tipicidad no se encuentra atrapado por la excepción que –en el segundo párrafo- contempla la citada norma. Por lo demás resulta evidente que el

empleo de un arma letal revela en el homicidio cierto grado de preordenación, incrementa las posibilidades de éxito de la empresa e implica finalmente disposición de medios para delinquir (cfr. Causa 9195 “Otegui”).

Por ende, cierro la discusión –en lo que a mi refiere- postulando la plena aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis a la figura del homicidio simple traída a estudio.

En lo demás, no puedo dejar pasar por alto y hago mío, lo expuesto por el Dr. Borinsky en punto a extender la explicación del artículo 41 bis del C.P. a otros delitos y la convocatoria a los nuevos integrantes del Cuerpo.

Así lo voto.

A la única cuestión planteada, el señor Juez doctor

Kohan dijo:

Convocado a participar del presente plenario, debo formular ciertas aclaraciones que estimo pertinentes previo a expedirme sobre el fondo de la cuestión.

Estimo que si bien la convocatoria a realizar el mismo es anterior a la toma de posesión del cargo de quien esto escribe, analizando como se ha desenvuelto el pronunciamiento con los votos que me preceden, ya se ha alcanzado una mayoría de opiniones que establece la aplicación del dispositivo contenido en el art. 41 bis del Código Penal al delito previsto y reprimido por el art. 79 del mismo digesto normativo.

Con ello, advierto que mi intervención en este fallo –adelantando que adheriré a esa postura mayoritaria- y la de los colegas que ingresaron al Tribunal conmigo en nada afectarán o alterarán las expectativas de quien hubo de petitionar la convocatoria al plenario en forma previa a nuestra asunción, siendo que entonces no se ven afectados los intereses del justiciable.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Por tanto, a los fines de evitar una nueva convocatoria que redundaría en un dispendio jurisdiccional innecesario, es que veo justificada mi participación en el mismo (junto con los Dres. Maidana y Ordoqui).

Sentado lo dicho, adhiero a los votos de los Dres. Mahiques y Celesia, por sus mismos fundamentos.

A ello debo añadir, humildemente, que considero que la regla del art. 41 bis del Código Penal invocada actuará generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que éstos no incluyan el empleo de armas, y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica. (sobre la exigencia subjetiva, Reinaldi V. Félix, *“Delincuencia armada”*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002, Pág. 99).

La figura de homicidio simple se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima y la aludida figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistencia en el empleo de un arma de fuego (en similar sentido, Reinaldi, op. cit., pág. 95; Laje Anaya, Justo, *“El art. 41 bis del Código Penal y las andanzas del diablo –Ley n° 25.297-“*, S.J. n° 1318, 23/11/2000, p. 641).

Además de lo antes expuesto, la referida circunstancia tampoco resulta contemplada por ninguna de sus figuras calificadas (agravadas o atenuadas –art. 80, y 81, pto. 1 inc. a. del Código Penal-). Considero que es este el modo en el que lo entendió el legislador, al fundamentar la inclusión de la norma que comentamos, en las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego. Cito como ilustrativas las palabras del Senador Agúndez quien señaló que *“Uno de los delitos fundamentales considerado es el delito mayor ... el homicidio ... En el delito de homicidio con armas de fuego (las) penas se aumentan en esta ley ...”* (Antecedentes

Parlamentarios, La Ley 2001-A, pág. 183). Además de las razones de política criminal del legislador, resulta claro que cuando el autor de este delito emplea un arma de fuego como medio violento, ello le brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto (Reinaldi, *op. cit.*, págs. 90, 95 y 103).

El criterio antes esbozado ha sido reeptado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de nuestra provincia en forma reiterada en los fallos P 102.647 del 19-8-2009, P 107.006 del 30-3-2011 y P 109.805 del 10-3-2011 entre otros. En igual sentido se ha pronunciado el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba en causa “N. V. H. p.s.a. homicidio, etc. –Recurso de casación–”(Expte. “N”, 7/2002), resuelta el 27/8/03.

Por lo expuesto, a la cuestión planteada, voto por la AFIRMATIVA.

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

Atento a la convocatoria efectuada al suscripto para emitir opinión en el presente Acuerdo Plenario, habré de formular las siguientes precisiones.

Considero que carezco de aptitud funcional para pronunciarme en este, pues en caso de así hacerlo violaría el principio del Juez Natural.

El Tribunal que en la actualidad integro, ha cambiado su arquitectura institucional de modo tal que, no solamente se ha ampliado la cantidad de miembros, sino también, su estructura de funcionamiento; así, las tres originarias salas de tres miembros hoy se han transformado en seis salas de dos miembros cada una. Esta mutación, valga la metáfora, le ha dado otra anatomía y fisiología al cuerpo casatorio.

Más allá de ello, en cuanto interpreto que la magnitud del cambio, per se, me invita a mantenerme ajeno a la cuestión en tratamiento, lo cierto es que el Acuerdo Plenario fue convocado con anterioridad a la conformación del órgano tal como funciona en la actualidad (ver fs. 205 y vta.).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Esta circunstancia me impone llamarme a silencio, pues mas allá de cómo resulte la mayoría de opiniones, la incorporación de tres nuevas voluntades claramente modifican el cuadro de mayorías y minorías tenido en cuenta al momento de plantearse el llamado, como mínimo en su faz aritmética.

Así las cosas, la opinión de quien suscribe, implica una prórroga jurisdiccional lesiva del principio del Juez Natural. Quienes en su oportunidad intentaron la vía en tratamiento en búsqueda de seguridad jurídica, hoy no deberían encontrar su respuesta en mi opinión, pues no estaba habilitado al momento en que se presentara el intento.

Aún en el terreno de la obviedad, no se trata de nuevos jueces en viejos cargos, cuya incidencia sería intrascendente; de lo que se trata es de la ampliación de la plantilla de jueces en su cantidad; extremo que a mi entender lesiona la doctrina del artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto en el caso el justiciable resultaría "...sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..." (artículo citado).

Vale recordar que la ley que crea el nuevo formato del Tribunal data del primero de diciembre de 2009 (ley 14.065), por lo que resulta posterior a la causa petendi del presente expediente.

Ello sentado, es mi convicción que me encuentro interdicto a expedirme en autos.

Sin perjuicio que sobre el tópico me he pronunciado en reiteradas oportunidades en mi condición de Juez de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Quilmes, en una pluralidad de incidencias relativas a prisión preventiva, elevación a juicio y otros incidentes en lo que cupo mi competencias.

Así lo voto.

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

Con la salvedad hecha por el doctor Mario Eduardo Kohan en la parte inicial de su voto, que hago propia, con relación a la oportunidad en que se convocara el plenario, la toma de posesión del cargo y la mayoría de opiniones ya alcanzada, encuentro superfluo expedirme respecto de la cuestión que sirviera de convocatoria, habida cuenta que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en su actual composición, a partir de la causa P. 100.072 del 12-XI-2008, ya se pronunció al respecto, circunstancia que, atento la jerarquía del órgano, en resguardo de la igualdad y por razones de economía procesal, impone su seguimiento.

Sin perjuicio de lo expuesto, habré de adherir a los votos de los Dres. Carlos Alberto Mahiques y Jorge Hugo Celesia, por sus mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que no siendo para más se dio por terminado el Acuerdo Plenario y en atención al resultado que arroja el tratamiento de las cuestiones precedentes el Tribunal de Casación Penal, **RESUELVE**, por mayoría, a la única cuestión planteada:

Es aplicable la agravante genérica consagrada en el artículo 41 bis del Código Penal a la figura tipificada en el artículo 79 del mismo cuerpo legal.

Notifíquese y regístrese en el Libro de Acuerdos Plenarios, y oportunamente vuelva la causa a la Sala II del Tribunal a sus efectos.

Siguen las ///



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

/// firmas

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

