

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 9 de abril de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Soria, Kogan, de Lázzari, Negri**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 111.446, "Roldán, Jorge Armando. Fiscal Adjunto Tribunal de Casación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 38.330 seguida a Flores, Jonathan Gabriel. Tribunal de Casación -Sala I-" y su acumulada P. 111.944, "Flores, Jonathan Gabriel. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 38.330. Tribunal de Casación -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 del 15 de abril de 2010, hizo lugar -parcialmente, sin costas- al recurso homónimo interpuesto por el señor Defensor Oficial en representación de Jonathan Gabriel Flores contra la sentencia del Tribunal Criminal n° 1 del Departamento Judicial San Martín que lo había condenado a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas en calidad de autor responsable de los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego (cometido el 8 de abril

de 2007, causa 2613), en concurso real con el de robo agravado por el uso de armas de fuego y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad, a título de coautor, en concurso real con portación ilegal de arma de uso civil, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso ideal con lesiones leves, a título de autor (ocurridos el 31 de agosto de 2007, causa 2614), en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso ideal con lesiones leves, en concurso ideal con daño (acaecidos el 6 de septiembre de 2007, causa 2636). En consecuencia, casó dicha sentencia, dejó sin efecto la aplicación de la agravante genérica del art. 41 quater del Código Penal y redujo la pena impuesta al nombrado Flores a once años de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo el resto de las declaraciones (arts. 106, 210, 373, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 41 quater, 55, 89, 166 inc. 2 párrafo segundo, 189 bis párrafo tercero, 183 y 239 del C.P.; fs. 66/72 vta.).

El señor Fiscal Adjunto y el señor Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal interpusieron recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (causas P. 111.446, fs. 91/93 y P. 111.944, fs. 102/114 vta.), los que fueron concedidos por esta Corte (fs. 124/126).

Oído el señor Subprocurador General (fs. 128/133 vta.), dictada la providencia de autos (fs. 134), presentada la memoria que autoriza el art. 487 del rito (fs. 136/137 vta.) y hallándose la causa en estado de

pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

Previa: ¿Debe declararse de oficio la extinción de la acción penal por prescripción en orden a los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño?

1ª. ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal?

2ª. ¿Lo es el presentado por el señor Defensor Oficial de Casación Penal?

V O T A C I Ó N

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

Prioritariamente al tratamiento de los recursos interpuestos, esta Corte debe analizar si se encuentra o no vigente la acción penal de los delitos de resistencia a la autoridad y lesiones leves -que concurren idealmente entre sí; causa 2614- y de resistencia a la autoridad, lesiones leves y daño -todos en concurso ideal entre sí; causa 2636- que junto a otros ilícitos en concurso material son imputados al acusado Flores.

Pues es un criterio consolidado que la prescripción puede (y debe) ser declarada, incluso, de

oficio, en cualquier instancia del proceso y por cualquier tribunal, por tratarse de una cuestión de orden público que, como tal, opera de pleno derecho, por el sólo "transcurso del tiempo" (P. 50.959, sent. del 17/V/2000; P. 61.271, sent. del 23/VIII/2000; P. 62.689, sent. del 3/X/2001; P. 70.374, sent. del 28/IX/2005; entre muchas otras).

Por otra parte resulta innecesario establecer si debe aplicarse en el caso la tesis del paralelismo en el concurso ideal de delitos, en tanto ha operado el lapso previsto para los tipos de los arts. 89, 183 y 239 del Código Penal, que simbolizan las calificaciones que forman parte de la aludida relación concursal (art. 62 inc. 2, Cód. cit.).

En efecto, en el caso, desde la sentencia del Tribunal de Casación Penal, pronunciada el 15 de abril de 2010 (fs. 66/72 vta.) ha transcurrido el plazo de dos años previsto para los delitos tipificados en los arts. 89, 183 y 239 del Código Penal, sin que durante ese período mediase factor interruptivo alguno del curso de la prescripción sea, en atención al catálogo cerrado de actos procesales revestidos con tal aptitud por el art. 67 citado en su párrafo cuarto, incs. "b" a "e", sea porque tampoco se verifica la concurrencia de la restante causa del inc. "a", a tenor de los informes del Registro Nacional de

Reincidencia y Estadística Criminal y de la Dirección de Antecedentes Personales del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires agregados en la causa (ver fs. 142/144 y 153/158).

De todo lo expuesto se sigue que corresponde declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción respecto de Jonathan Gabriel Flores en orden a los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño, por los que venía condenado junto con otros ilícitos (arts. 54, 55, 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 -texto según ley 25.990-, 89, 183 y 239 del C.P.).

Por ello y en atención a lo que se resuelve en la cuestión siguiente, deben volver las actuaciones a la instancia de grado para que se individualice la pena de los delitos que subsisten, de acuerdo con los índices de graduación pertinentes (arts. 40 y 41 del C.P.).

Voto por la **afirmativa**.

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

Adhiero al voto del Juez Genoud.

Siendo que los hechos aquí en juzgamiento acontecieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.990 (B.O., 11/I/2005), se rigen indudablemente por sus previsiones (art. 18, C.N.).

Con todo es dable señalar que ya con anterioridad a su dictado sostuve que a los efectos de determinar si ha operado o no el plazo de prescripción de la acción penal, deben analizarse separadamente cada uno de los delitos atribuidos al imputado sea que concurren materialmente (art. 55, C.P. -conf. P. 79.797 -"Vasallo", sent. de 28/V/2003-) o de manera formal (art. 54, C.P. -conf. P. 66.793 -"J., J. s/Abuso de armas", sent. de 9/XII/2003- y P. 85.149 -"T., J. H. Calumnias e injurias en concurso ideal", sent. de 29/IX/2004-), pues, la regla que determina que el plazo de prescripción debe correr independientemente para cada delito no autoriza a efectuar distinciones, según se trate de una u otra forma concursal. Aunque ahora lo dispuesto en el quinto párrafo del art. 67 del Código Penal -según ley 25.990, cit.- no deja margen para ninguna discusión, adscribiendo sin ambages a la llamada "tesis del paralelismo".

Por ello y demás consideraciones expresadas en el voto del ponente, hallándose satisfechos todos los requisitos necesarios para que opere el instituto de la prescripción respecto de los delitos aludidos en la cuestión en trato, doy el propio por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Kogan, de Lázzari y Negri**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron la cuestión previa también por la

afirmativa.

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

1. La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, en cuanto interesa, eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter del Código Penal y redujo la pena impuesta al procesado Flores a once años de prisión (fs. 66/72 vta.).

Sostuvo, a esos fines, que "la sola concurrencia de un menor de edad en la comisión del hecho, no habilita su aplicación automática. Debe -para ello- acreditarse que el mayor se haya aprovechado o valido del mismo, o que lo haya iniciado en la senda criminal. Ese 'proselitismo delictivo' no se ha acreditado en el fallo, ni invocado por el acusador, por lo que debe ceder" (del voto del doctor Sal Llargés que concitó -sólo en este argumento- el acuerdo de los demás integrantes del tribunal; fs. 69 vta. tercer párrafo y 71).

2. El recurrente denuncia inobservada la referida ley sustantiva en el entendimiento que las circunstancias acreditadas permiten subsumir el caso en la referida agravante, conforme lo decidido por el órgano de juicio.

En tal sentido recordó los objetivos perseguidos por el legislador con la sanción de la ley 25.767 de dar respuesta a la sociedad frente a la participación en los

delitos cometidos por mayores y menores, por la sensación de impunidad que la sanción de los menores genera, e intentar evitar que los mayores utilicen a los menores para la comisión de delitos, de modo de proteger a estos últimos (fs. 92).

Señaló que el texto de la norma "no especifica que debe comprobarse un deslinde de responsabilidad hacia el menor. Es decir, no requiere a los fines de incrementar la escala punitiva aplicable para el o los mayores que intervinieran en el hecho, otra exigencia que alguno de los delitos previstos en el ordenamiento de fondo sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, de donde la exigencia subjetiva de finalidad, carece de virtualidad para su aplicación" (fs. **idem**).

De tal manera consideró que debía restablecerse su imposición -y la consiguiente sanción fijada en origen- puesto que se comprobó en el escenario de los hechos la presencia de un menor, lo que refleja la mayor peligrosidad del encartado, derivada de la decisión de hacer participar a aquel o de haber aceptado su concurrencia (fs. 92 vta.).

3. El señor Subprocurador General sostuvo el recurso y propició su acogimiento (fs. 129/130 vta.).

En sentido diverso, el señor Defensor solicitó a fs. 136/137 vta. se declare inadmisibile el recurso fiscal en función de los agravios que entiende le ocasionaría su

eventual acogimiento; petición sobre la cual deviene innecesario pronunciarse pues, más allá de las consideraciones que pudieran formularse, la queja no prospera (art. 421 del C.P.P.).

Si bien es cierto que desde la interpretación literal no se verifica que se exijan elementos subjetivos también lo es, como lo reconoce [el señor Subprocurador] en su dictamen, que existen otras interpretaciones -nacidas a partir de los diferentes proyectos de ley que gestaron a la agravante en cuestión-, entre las cuales se encuentra aquélla que entiende que la participación debe haber pretendido descargar la responsabilidad en los jóvenes o que los mismos deben ser instigados por los adultos; y -al menos otra-, que estima que la agravante tiene en miras la utilización de un menor para la comisión del ilícito, o cuando se demuestre alguna influencia sobre el mismo para impulsarlo a delinquir.

En ese contexto y teniendo especialmente en cuenta la escasa diferencia de edad verificada en el caso entre el imputado -21 años- y el menor, la postura asumida por el órgano casatorio de descartar el juego directo de la preceptiva objetada ante la falta del elemento subjetivo que entendió injustificado en la causa ni invocado por esa parte acusadora, no ha sido fundadamente controvertida en la impugnación; por el contrario, en opinión del

recurrente, la conducta del imputado daría sentido a la agravante en razón de la mayor peligrosidad evidenciada por su decisión de hacer participar al menor o al menos aceptar su concurrencia, y las notas anímicas de su propio razonar se contraponen con la prevalencia de la lectura literal de la norma por la cual aboga, técnica ineficaz para demostrar violación legal alguna en la significación jurídica asignada al hecho (art. 495, C.P.P.).

Por lo expuesto, voto por la **negativa**.

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

1. En el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo estudio, el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal postuló como único agravio la inobservancia de la agravante estatuida en el art. 41 quáter del Código Penal, pues -a su entender- las circunstancias fácticas debidamente acreditadas en autos permiten su aplicación a uno de los delitos de robo con armas atribuido al imputado (fs. 92).

Se queja de los argumentos que llevaron al órgano casatorio -a partir del voto del Juez Sal Llargués, a cuya parcela adhirieran los otros votantes- a desconsiderar la aplicación de esa agravante genérica, con sustento en que "la sola concurrencia de un menor de edad en la comisión del hecho, no habilita su aplicación automática", debiendo

acreditarse que el mayor se haya aprovechado o valido del menor o lo haya iniciado en la senda criminal.

Considera, contrariamente a lo allí decidido, que lo único que reclama ese precepto a los fines de incrementar la escala punitiva aplicable al delito cometido es que lo haya sido con la intervención de un menor de dieciocho años de edad, "de donde la exigencia subjetiva de finalidad, carece de virtualidad para su aplicación" (fs. 92).

Dice que en el caso la intervención de un menor de edad en el hecho se trata de un dato fáctico adecuadamente demostrado y que la mayor peligrosidad que justifica el plus punitivo "deriva de la decisión de hacerlo participar al menor o de haber aceptado su 'conurrencia'..." (fs. cit. y vta.).

2. Al dictaminar el señor Subprocurador General a fs. 128/133 vta., sostuvo el recurso fiscal.

3. Como señalé al votar la causa P. 107.881, sent. de 7/IX/2011, de los diversos proyectos de ley tratados en oportunidad de sancionarse el precepto en cuestión, prevaleció el texto finalmente aprobado frente a otros que proponían otras fórmulas.

En el trámite parlamentario al que se hace referencia tales proyectos de ley fueron -juntamente- tratados sobre tablas en la Cámara de Diputados el

14/VIII/2002, en la 11° Sesión Ordinaria (expedientes 3143-D-01, autoría del Dip. Fayad, que reprodujo el presentado tiempo antes en coautoría con la Dip. Carrió -exp. 1705-D-98-; 1350-D-02, autoría de la Dip. Roy; 2002-D-02, autoría de la Dip. Martínez; 2248-D-02, autoría del Dip. Martínez Llano; y 4624-D-02, autoría del Dip. Saredi).

Allí se acordó un texto único que el 20/IX/2002 fue girado al Senado de la Nación, siendo tratado tiempo después (teniendo también a la vista, según se informa, el expediente 1934-S-02, de autoría del Sen. Pichetto), en la Orden del Día N° 936, recibiendo sanción definitiva el 6/VIII/2003, según el texto que expresa la ley 25.767 (B.O., 1/IX/2003).

En los diferentes textos puestos a consideración, la agravante -cuya incorporación al Código Penal fue propuesta como art. 10 bis, 41 quáter, complementario del art. 45 o 45 bis- preveía el aumento de la escala penal del delito respectivo con fórmulas no siempre equivalentes. Así se establecía que la agravante tendrá lugar cuando el agente "*... delinquiere con la intervención de un menor que no ha cumplido 18 años o se valiere o sirviere de éste o lo determinare directamente a cometerlo*" (proyecto Fayad-Carrió, y de similar tenor el proyecto Roy); "*... si los hechos se cometieren sirviéndose de niños o en perjuicio de éstos*", entendiéndose por tales a los menores de 18 años

(proyecto Martínez); "... cuando en el hecho hubieren intervenido menores, imputables o no, o se hubiere determinado a los mismos directamente a cometerlo" (proyecto Pichetto); "quienes perpetraren un delito [...], juntamente o con la participación de personas menores de edad...", en cuyo caso se preveía una pena diversa a la establecida para el delito respectivo "por la inclusión del menor" (proyecto Martínez Llano). Finalmente, con un contenido pensado en la responsabilidad penal de los padres, tutores y guardadores que omiten velar por el buen comportamiento de los menores bajo su patria potestad tutela o guarda (proyecto Saredi).

De todas esas fórmulas prevaleció la que expresaba como común denominador la agravación del hecho cuando "sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad", quedando relegadas las que especificaban el "valerse" o "servirse" de un menor, inimputable o no, con el fin de descargar la responsabilidad criminalidad en él, o las de inducción o instigación (el que determinare a un menor de 18 años directamente a cometer un delito determinado).

Por ello, si bien el sentido de los diversos proyectos parlamentarios, por sus fundamentos y por la discusión en el trámite de la sanción, reflejan como objetivo primordial de la agravante "desalentar la

utilización de menores para delinquir o su intervención en la comisión de delitos" (Fayad), y que la mayor severidad punitiva tenga "efecto disuasivo", pues "[l]os adultos deben saber que formar, alentar y acompañar a un menor en el delito, es un hecho grave, y que conlleva, necesariamente, una mayor responsabilidad de su parte..." (Pichetto), primó como fórmula abarcativa de todas las expresiones en danza la del hecho cometido "con la intervención de menores", por sobre la de "utilización de menores", "servirse o valerse de menores", que por definición comprenden el "aprovechamiento". Con quedar también esas conductas comprendidas en la agravante no parecen ser las únicas que le dan sentido.

Como vemos el criterio amplio ha sido preferido por el propio legislador frente a otras fórmulas más restrictivas que se discutieron en ocasión de sancionarse el precepto. Ya por esto no puede refrendarse la interpretación que del art. 41 quáter efectuó el tribunal recurrido, pues los propios antecedentes parlamentarios cuya utilidad para conocer el recto sentido y alcance de la ley ha sido siempre reconocida por la Corte federal, despejan toda duda al respecto (Fallos 321:2594; 323:3386; 325:2386).

4. Por lo demás, también ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, las

palabras deben entenderse empleadas en su verdadero significado -el que tienen en la vida diaria-, y cuando la ley emplea varios términos, no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (conf., por muchos, Fallos 326:1778; 327:769 y 5736; 328:456); y, además, cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla (Fallos 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780; 330:4476). Siempre teniendo en cuenta que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos 300:700).

5. En esto acierta el recurrente cuando señala que el tribunal revisor ha delimitado erróneamente el contenido del precepto en cuestión cuando señala que aquél reclama que debe acreditarse en el caso que el mayor se haya aprovechado o valido del menor de edad, o lo haya iniciado en la senda delictiva, o inducido al delito.

6. Claro está que de la fuerza prevalente de la interpretación literal y la voluntad del legislador, no parece derivarse como conclusión inescrutable que la circunstancia comprobada de la presencia en el escenario de

los hechos de un menor de edad abastece la agravante, sin atender al real sentido de los distintos ingredientes que la componen.

La norma agrava la pena respecto de los mayores que hubieran participado en alguno de los delitos contemplados en el digesto penal, cuando en él haya existido la "intervención" de un menor de dieciocho años de edad.

Esa "intervención" del menor a que alude el precepto es aquella con significado jurídico, penalmente relevante, lo cual se da cuando éste interviene en el hecho en el cual participa el mayor a través de algunas de las formas de autoría o participación previstas en el sistema penal (arts. 45 y 46 del C.P.).

Por supuesto que por fuera de los casos prototípicos, podrá siempre existir algún supuesto en el que corresponda efectuar un mayor esfuerzo para elucidar si por la particular configuración del suceso en el que participan en sentido amplio un mayor y un menor de edad la intervención del primero interesa ese énfasis punitivo; pero este no es uno de aquellos casos marginales.

7. Por lo demás, como señala la Procuración en su dictamen, aun cuando no se requiera aquel plus al que refiriera el fallo casatorio (inducir, influir, instigar, aprovecharse de), debe existir el elemento subjetivo

exigible respecto de cualquier circunstancia que integra el tipo objetivo en los delitos dolosos (fs. 129 vta.).

8. En el caso, en relación con el hecho que nos ocupa (causa 2614) se tuvo por acreditado que el 31 de agosto de 2007 el aquí imputado Jonathan Gabriel Flores junto con el menor J. V. -de 17 años de edad- ingresaron al comercio "Dash Deportes" del partido de San Miguel y mediante violencia y el uso de un arma de fuego -que en el debate quedó acreditado que portaba Flores- sustrajeron dinero y efectos personales a los del lugar, retirándose con el botín, para seguidamente subir al colectivo de la línea 303 -interno 230-, constatándose que uno de los sujetos, el mayor, portaba sin la debida autorización un revólver cargado calibre 32, quien al tratar de huir del transporte una vez divisado por el personal policial desobedeció la orden impartida y resistió a golpes lesionando en forma leve a uno de los preventores.

De las constancias del expediente no cabe duda que se hallan configurados los presupuestos de aplicación de la agravante, en tanto Flores en coautoría con el menor perpetraron el desapoderamiento violento narrado, llevando como quedó además acreditado Flores la iniciativa, portando el arma de fuego y efectuando posteriormente la resistencia contra el personal policial.

9. Para terminar, no se me escapa que Flores para

entonces era un joven de 21 años de edad, y de 17 años el menor J. V. que intervino junto a él, lo cual refleja poca distancia temporal entre ambos que podrá hallar mérito en ocasión de determinarse la cuantía punitiva.

Lo relevante es que, aun cuando ambos han incurrido en un comportamiento ilícito, en el caso de gravedad, el legislador les dispensa un trato diferencial, no sólo desde lo formal del enjuiciamiento sino también respecto del régimen sustantivo (vgr.: art. 4, ley 22.278). Pues, como ha señalado la propia Corte federal ello se debe, entre otras cuestiones a considerar, a que los menores (niños o adolescentes) no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos. Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al menor no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto de aquél es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional (v. consid. 37 del caso "Maldonado", Fallos 328:4343).

Sólo desde esa especial hermenéutica es dable afirmar que está inferido en el sentido de la agravante que quien participa en un hecho delictivo con un menor de edad

se "vale" de un sujeto al cual el legislador de dispensa un trato diferencial y tuitivo.

Es claro que la finalidad del legislador es desincentivar o desalentar la comisión de delitos con la intervención o participación de menores de edad, sin que quepa ingresar a evaluar su razonabilidad. Pues, no huelga recordar que el control que al respecto compete a los órganos jurisdiccionales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (conf. C.S.J.N., entre otros, Fallos 308:1631; 323:2409).

10. Como resultado de lo dicho, propongo hacer lugar al recurso deducido por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, casar la sentencia recurrida en cuanto eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter con relación al art. 166 inc. 2, ambos del Código Penal -respecto de la causa 2614 seguida al imputado- y, asumiendo competencia positiva establecer que resulta aplicable al caso.

Con todo, a tenor de lo resuelto en la cuestión previa en razón de las prescripciones declaradas, sumado a la reposición de la agravante del 41 quáter que aquí se propicia, deberán volver los autos a la instancia a fin de graduar la pena a imponer.

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

Los señores jueces doctores **Kogan** y **de Lázzari**,

por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la primera cuestión también por la **afirmativa**.

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

Adhiero al voto del doctor Soria con la sola aclaración en cuanto a que si bien por regla los fallos de la Corte de Justicia de la Nación no son vinculantes, pues sus alcances se encuentran limitados a los casos en que se dictan, su contenido puede, no obstante, ser receptado en orden a su validez intrínseca, como sucede en la especie en relación a los citados.

Voto por la **afirmativa**.

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

Según el señor defensor, la sentencia del **a quo** resulta arbitraria en la medida que el examen de la individualización punitiva se apartó sin razón alguna de los parámetros fijados en el precedente P. 87.172 de esta Corte, así como de la postura delineada por la Corte federal con el fallo "Casal" acerca del derecho del imputado a obtener una revisión amplia de su condena y de la pena impuesta (fs. 105 vta./107 vta.).

Con reflexiones además sobre el sistema reglado por los arts. 40 y 41 del Código Penal se disconforma concretamente con el monto determinado por la casación en la

inteligencia que ese proceso tomó en consideración el punto medio de la escala pertinente, cuando, a su criterio, la dosimetría se realiza a partir del monto mínimo de aplicación a la especie, de acuerdo con los argumentos que sobre el tema expuso (fs. 108 vta./113 vta.).

Ahora bien, en la cuestión previa planteada se dispuso el reenvío de esta causa a la instancia anterior para que se mensione la pena correspondiente en razón de las prescripciones declaradas; siendo así, y teniendo en cuenta el reseñado contenido de la queja, su tratamiento carece por el momento de virtualidad (art. 421, C.P.P.).

Así lo voto.

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

Concuerdo con el ponente en que a tenor de lo resuelto en la cuestión previa en la que se dispuso la prescripción de la acción penal de los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño, sumado a la reposición de la agravante del 41 quáter del Código Penal con relación al hecho de la causa 2614 propiciada, siendo que los autos deberán volver al tribunal de la instancia a fin de mensurar la nueva pena correspondiente al caso, la queja en tanto transcurre por el carril de su determinación, y el régimen de lo reglado por los arts. 40 y 41 del Código Penal, su tratamiento

carece por ahora de virtualidad.

Así lo voto.

Los señores jueces doctores **Kogan, de Lázzari y Negri**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la segunda cuestión en igual sentido.

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, oído el señor Subprocurador General, se resuelve:

1. Declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción respecto del procesado Flores en relación a los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño, por los que venía condenado junto con otros ilícitos (arts. 54, 55, 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 -texto según ley 25.990-, 89, 183 y 239 del C.P.).

2. Por mayoría, hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, casar la sentencia recurrida en cuanto eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter con relación al art. 166 inc. 2, ambos del Código Penal -respecto del expediente 2614 seguido al imputado- y, asumiendo competencia positiva, establecer que resulta aplicable al caso (art.

496 y conchs. del C.P.P.).

3. Declarar inoficioso el tratamiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el señor Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal (art. 421 y conchs. del C.P.P.).

4. Devolver la causa al tribunal **a quo** a fin de que se gradúe la pena a imponer al acusado Jonathan Gabriel Flores de conformidad a lo aquí resuelto (art. 496 y conchs. del C.P.P.).

Regístrese y notifíquese.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario