



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en favor de Matías Ezequiel P y Luis Antonio C contra la decisión de la Sala VI del Tribunal de Casación Penal bonaerense que confirmó las condenas que se les impuso a las penas de dieciocho y catorce años de prisión, respectivamente, por considerárseles coautores de homicidio en ocasión de robo, agravado por el uso de arma de fuego. Además, a P se lo condenó por el delito de tenencia ilegal de un arma de esa índole.

El *a quo* fundó su resolución en tres motivos. Por un lado, consideró que si bien la parte se agravió de que el temperamento impugnado resultaría violatorio de los principios de proporcionalidad de la pena y culpabilidad, el tribunal de casación no concedió su recurso en relación con ese planteo, sin que se hubiera opuesto queja al respecto. Por otro lado, entendió que el agravio referido a la invocada transgresión de la garantía de *ne bis idem*, que se habría consumado, según la recurrente, al haberse subsumido los hechos en los artículos 165 y 41 bis del Código Penal, ya fue desestimado por ese mismo tribunal en casos análogos. En efecto, señaló que, según su jurisprudencia, el elemento “arma de fuego” no está previsto en la figura del homicidio en ocasión de robo, ya que este delito puede cometerse también sin un arma de esa característica. Finalmente, afirmó que el planteo subsidiario al anterior, mediante el cual se pretendió la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 41 bis, no debía prosperar, ya que no había sido introducido en el recurso de casación, por lo que resulta extemporáneo (cf. la copia digitalizada de la decisión aludida).

La defensa dedujo recurso extraordinario contra tal decisión, a la que considera arbitraria en tanto, en primer lugar, habría restringido injustificadamente la materia sometida a conocimiento del tribunal de alzada. En efecto, sostuvo que, al

considerar que la cámara de casación no había concedido el recurso de su especialidad en relación con el agravio referido a la violación de los principios de proporcionalidad de la pena y culpabilidad, la suprema corte provincial se apartó de las constancias de la causa, pues del auto de concesión de tal recurso no surgiría dicha limitación (cf. págs. 8/15 de la copia digitalizada del escrito de interposición de la apelación federal).

En segundo lugar, la defensa señala que lo resuelto por el *a quo* transgrede la garantía constitucional de *ne bis in idem* al convalidar la calificación de los hechos de una manera que, según lo entiende, implica valorar el mismo elemento objetivo dos veces. En particular, aduce que, según se tuvo por probado en la sentencia de condena, el robo del que fueron responsables los imputados se realizó con el uso de un arma de fuego, por lo que el homicidio cometido con la misma arma en ocasión de ese robo no puede agravarse por el empleo de tal elemento sin violarse la garantía mencionada (cf. págs. 15/25 ídem).

Ese recurso extraordinario fue declarado inadmisibile, lo que motivó la queja de la cual V.E. corre vista a esta Procuración General.

II

Es doctrina del Tribunal que las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local que se interponen ante ellos no son, en principio, revisables en la instancia del artículo 14 de la ley 48, y que la tacha de arbitrariedad a su respecto es especialmente restrictiva (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 327:5416 y Fallos: 307:819 y 308:174). Empero, la regla puede ceder cuando lo resuelto conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante sin fundamentación idónea o suficiente.

Pienso que éste es uno de esos casos de excepción. En efecto, como surge de lo dicho, el *a quo* no dio tratamiento al agravio mediante el cual se invocó la



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

transgresión de los principios de proporcionalidad de la pena y culpabilidad al entender que la cámara de casación no había concedido el recurso de su especialidad sobre el punto, y que la defensa consintió este temperamento. En particular, afirmó tan solo que “[a] tenor de lo que surge del auto de admisibilidad, el recurso ha sido concedido por el Tribunal de Casación sólo respecto del tramo en que la señora defensora cuestiona la errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal...” (cf. págs. 2/3 de la citada copia de la decisión impugnada mediante recurso federal).

Sin embargo, advierto que en el auto en cuestión el tribunal de casación señaló expresamente que los agravios planteados por la defensa eran tanto aquel sobre la aplicación del artículo mencionado como el otro vinculado con la pena impuesta, y en la parte resolutive del mismo auto no se observa ninguna limitación al alcance de la concesión del recurso, sino que simplemente se dice allí: “conceder el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto...”. En idéntico sentido, el considerando 4 de ese decisorio comienza con la afirmación –sin distinguos– “el recurso es admisible” (cf. págs. 2/3 de la copia digitalizada del auto aludido).

No pretendo desconocer que el tribunal de casación también afirmó, en el penúltimo párrafo de la misma resolución, al referirse a los requisitos de admisibilidad del recurso, que el contenido de la impugnación se vincula con la errónea aplicación del artículo 41 bis y, subsidiariamente, con la validez constitucional de esa norma, pero de ello no puede deducirse la voluntad de los jueces, no expresada en ninguna parte del texto de la resolución bajo análisis, de conceder aquel recurso solo en relación con este agravio. Aprecio que, de haberlo querido, así lo habrían manifestado los magistrados, pero esto, como se ha dicho, no ocurrió. Al respecto, V.E. tiene dicho que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y

normativos efectuado en sus fundamentos (cf. Fallos: 326:1885; 332:943; 334:490; 339:873 y 345:1101, entre muchos otros).

En cualquier caso, el *a quo* ni siquiera aclaró la razón por la cual consideró que el tribunal de casación no había concedido el recurso de su especialidad respecto del otro agravio allí planteado. En rigor, como se ha señalado, únicamente afirmó que la circunstancia aludida surgía del auto de concesión de tal recurso, a pesar de que, de acuerdo con lo expuesto, ello no surge de sus constancias.

En consecuencia, la decisión impugnada mediante recurso federal, en lo concerniente al planteo aquí analizado, luce dogmática y desprovista de fundamentos, por lo que no puede ser reputada como un acto jurisdiccional válido y, en este punto, debe ser dejada sin efecto en virtud de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 312:683 y 329:5424, entre muchos otros).

III

Sostengo una opinión distinta respecto del agravio referido a la aplicación al *sub examine* del artículo 41 bis del Código Penal.

En efecto, considero que la recurrente no logra demostrar la arbitrariedad de la respuesta que el *a quo* le ha dado a su planteo, y que su impugnación federal solo trasunta una disconformidad con lo resuelto que no alcanza para habilitar la jurisdicción de la Corte. Máxime cuando el planteo se dirige –en definitiva– a la inteligencia de normas de derecho común, por regla materia ajena a la vía intentada.

Cabe señalar que de la decisión de la suprema corte provincial surge que, según su criterio, el tipo del artículo 165 del Código Penal comprende dos delitos independientes que afectan bienes jurídicos diferentes, es decir, por un lado, el robo y, por el otro, el homicidio cometido en ocasión de aquél (cf. págs. 3/4 de la citada copia de la decisión aludida).



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

La recurrente no discute tal interpretación de la norma en la que se subsumieron los hechos imputados, sino que aduce que, dado que los acusados utilizaron un arma de fuego para la comisión del robo en el marco del cual se produjo la muerte que se les atribuyó, se trata de un supuesto de concurso aparente de leyes entre el citado artículo 165 y el 166 del Código Penal, que prevé el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego. Al respecto, afirma que, de acuerdo con las particularidades del caso, la relación entre ambas normas es de consunción, ya que la primera encierra conceptualmente a la segunda. Por ello, sostiene que al aplicarse el artículo 165 se desplazó al 166, en el que el uso de un arma de fuego ya es una circunstancia disvaliosa, por lo cual, en su opinión, si también se aplica al caso, tal como se lo hizo, la agravante del artículo 41 bis, se valora nuevamente la misma circunstancia (cf. págs. 15/25 de la copia citada del escrito de interposición del recurso federal).

Sin embargo, la interpretación normativa que surge de la decisión del *a quo* en el caso resulta compatible con aquella según la cual la aplicación al *sub examine* de la agravante del artículo 41 bis no importa considerar el uso del arma de fuego para la comisión del robo, sino para el otro delito, independiente de aquél, contenido en el artículo 165, como lo es el homicidio. En consecuencia, no hay una reiterada ponderación del mismo hecho o circunstancia, pues el uso de un arma de fuego para la comisión de un robo es un hecho o circunstancia diferente del uso de un arma de fuego —aunque sea la misma— para la comisión de un homicidio en ocasión de aquél.

En conclusión, aprecio que el *a quo* ha respondido al planteo de la recurrente sobre la pretendida afectación de la garantía de *ne bis idem* con base en una interpretación de las normas de derecho común aplicables que, más allá de su acierto o error, no aparece como inconcebible en el marco de una racional administración de justicia, pues no se aparta inequívocamente del contenido de aquéllas, ni exhibe una carencia absoluta de fundamentación, lo que descarta la posibilidad de considerar que se

trate de un supuesto de estricto carácter excepcional como lo es la arbitrariedad (Fallos: 330:4770; y 334:13, entre otros).

IV

Por todo lo expuesto, opino que la queja es procedente y corresponde hacer lugar al recurso federal interpuesto solo en lo que respecta al agravio analizado en el punto II del presente dictamen, sin que ello importe emitir juicio sobre el fondo del planteo.

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2022.