



Luis J. Cevasco
LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Expte. N° 12332/2015 "Ministerio Público – Defensoría General de la C.A.B.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Rocha, René Rolando s/ infr. art. 189 bis CP -**recurso extraordinario federal**-"

TRIBUNAL SUPERIOR:

I

En legal tiempo y forma, en representación del Ministerio Público Fiscal vengo a dictaminar en relación con el recurso extraordinario federal deducido por el Sr. Defensor General Adjunto, Dr. Luis E. Duacastella Arbizu, contra la resolución dictada por ese Tribunal Superior con fecha 6 de abril de 2016, por la que se dispuso rechazar el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, que fuera anteriormente deducido en el legajo.

II

La defensa oficial, en su recurso extraordinario federal, atribuye a la decisión atacada graves vicios que generan su descalificación como acto jurisdiccional válido, en tanto arbitrariamente no sólo ratificó una sentencia que omitió –como le correspondía- el tratamiento seriamente propuesto sobre la violación al derecho de defensa en juicio y debido proceso (arts. 18 CN; 13.3 CCABA, 26 DADDH, 8.2 CADH y 14.3 PIDCyP) por cuanto confirmó una decisión que dispone una condena con prescindencia de lo establecido en el art. 230 del CPPCABAS y en clara violación al

principio de congruencia, sino que también convalidó la aplicación de la agravante del apartado 8 de inciso 2 del art. 189 bis del Código Penal que se reputa inconstitucional por violar los principios de culpabilidad por el acto, de proporcionalidad, de igualdad, de prohibición del bis in ídem y de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en los arts. 13 inc. 9 CCABA; 14, 18 y 19 CN; 9 CADH y 15 PIDCyP.

Sobre la base de tales planteos, el objeto de la pretensión de la recurrente es que se conceda el recurso extraordinario interpuesto y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación revoque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

III

El remedio procesal fue interpuesto en legal tiempo y forma, se cumplió con el plazo previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y se encuentran satisfechos los requisitos previstos en la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ninguna consideración habrá de hacerse en lo relativo a la exigencia de que el fallo atacado provenga del superior tribunal de la causa -en tanto la resolución cuestionada fue dictada por ese Tribunal Superior-, como tampoco en lo que se refiere al requisito de dirigirse el ataque contra una sentencia definitiva, que se encuentra cumplido al cuestionarse la sentencia condenatoria y haber transitado la defensa oficial la vía recursiva ordinaria y extraordinaria local.

Ahora bien, en lo que atañe a la necesaria concurrencia de una cuestión federal, corresponde analizar separadamente, por un lado, el



Luis J. Cevaso
LUIS J. CEVASO
FISCAL GENERAL A/C

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

tema de la alegada violación al principio de congruencia, y por otro, el de la invocada inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, 2° apartado, 8° párrafo, del Código Penal.

III. a. En relación con el primero de los extremos mencionados, debo señalar que, al dictaminar esta Fiscalía General en ocasión de la vista conferida a raíz del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado -ver fs. 112/116-, sobre la base del análisis de las constancias del legajo principal, se descartó el carácter sorpresivo que la defensa atribuyó a la introducción del tema relativo a la posible concurrencia de la circunstancia agravante prevista en el art. 189 bis, 2° apartado, 8° párrafo, del Código Penal y, en función de ello, se sostuvo que no se vislumbraba de qué manera la decisión adoptada habría conculcado el derecho de defensa en juicio, el principio de congruencia y el debido proceso legal, descartándose así la configuración, a ese respecto, de la exigida cuestión constitucional.

Por su parte, en el pronunciamiento del Tribunal Superior se sostuvo que el recurrente no logró conectar la afectación de las garantías constitucionales con las circunstancias del caso, puntualizándose en particular: 1) que las circunstancias procesales correspondientes a los fallos de la Corte Suprema invocados no coincidían con las de este caso -por lo que se entendió que no se justificó la aplicación de la doctrina proveniente de aquéllos-; 2) que la propia recurrente reconoció que tuvo oportunidad de rebatir la acusación de la fiscalía y en particular su pretensión de que se aplique la agravante, a la vez que no demostró cuales serían las defensas de las que se habría visto privado de ejercer -por lo que no se acreditó una afectación del derecho de defensa-; 3) que la discusión acerca de la aplicabilidad al caso del art. 230 del CPPCABA -descartada por

la Cámara de Apelaciones por no darse sus presupuestos-, remite a la interpretación de normas procesales, tema ajeno a la jurisdicción del Tribunal Superior¹.

El desarrollo contenido en el recurso bajo examen no logra superar las falencias oportunamente puntualizadas, en tanto abunda en citas jurisprudenciales y de disposiciones normativas, e incurre en una reiteración de consideraciones ya efectuadas sobre el tema en su anterior impugnación, que no supera la mera cita de supuestas garantías constitucionales afectadas, pero sin demostrarse en forma concreta su vulneración.

En función de lo expuesto, no se observa que el recurso extraordinario federal articulado plantee un diverso punto de vista en lo que hace al cuestionamiento que se viene efectuando en las diversas instancias, por lo que las razones en las que el Tribunal Superior sustentó la afirmación de no haberse introducido al respecto un caso constitucional mantienen plena virtualidad para negar la concurrencia de similar requisito para habilitar la vía extraordinaria federal.

Resulta entonces de aplicación la reiterada y constante jurisprudencia de la CSJN en cuanto a que, para prosperar, el recurso extraordinario debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, de modo que el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya para arribar a las conclusiones que lo agravian², exigencia que no se observa cumplida en el caso de autos.

¹ Confrontar votos de los Dres. Weinberg y Lozano en el pronunciamiento de fs. 118/123.

² Confrontar en ese sentido, C.S.J.N. “Fallos” 283:404, 302:155, 311:169, 311:542, 314: 481, 315:59, 315:325, 315:1699, 315:2906; 316:420, 316:2727 y 316:3026, entre muchos otros.



Luís J. Cevasco
LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

III. b. En lo que se refiere al tema de la cuestionada constitucionalidad de la circunstancia agravante aplicada en el caso de autos, si bien el panorama resulta ser distinto, en la medida en que el propio núcleo de la cuestión planteada -contradicción entre una disposición del Código Penal y cláusulas constitucionales y convencionales de jerarquía constitucional- importa la concurrencia de una cuestión federal, igualmente habré de proponer el rechazo del recurso articulado.

En esa dirección, corresponde inicialmente señalar que, en ocasión de su pronunciamiento de fecha 6 de abril de 2016, el Tribunal Superior afirmó que la defensa oficial no expuso argumentos novedosos que contrarresten su jurisprudencia sobre el tema establecida en los casos "Lemes" y "Taboada Ortiz"³.

Tal argumento resultó adecuado para rechazar la pretensión de la recurrente de obtener la modificación de la jurisprudencia establecida por ese Tribunal Superior en relación con la cuestión planteada, pero en mi opinión no resulta en principio eficaz para, sin más, rechazar la admisibilidad del remedio procesal tendiente a obtener del Máximo Tribunal de la Nación un pronunciamiento que fije su propia opinión respecto de la denunciada inconstitucionalidad de una disposición del Código Penal⁴, aten-

³ Confrontar T.S.J. Expte. N° 4603/05 "Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP —apelación— s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/ infracción art. 189 bis CP —apelación—'", rta. el 19 de julio de 2006; y Expte. N° 6457/09 "Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil -CP- s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 6462/09 "Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Taboada Ortiz, Víctor Fernando s/ infr. art. 189 bis CP".

⁴ Sin perjuicio de lo expresado, vale aclarar que la mayoría del Tribunal Superior entendió que un planteo similar al de autos, efectuado por la defensa oficial en el caso "Moreno", no habilitaba la

to la naturaleza de la cuestión debatida.

No obstante ello, en este caso en particular, entiendo que el recurso extraordinario federal plantea una cuestión insustancial que inhabilita la intervención del Máximo Tribunal.

En rigor de verdad, la Corte Suprema no se ha expedido en forma concreta respecto de la constitucionalidad de la agravante mencionada, en tanto en los casos llevados a su conocimiento los recursos respectivos fueron resueltos por aplicación de lo establecido en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -en los precedentes “Maciel”⁵ y “Taboada Ortiz”⁶ solamente dos de sus jueces emitieron opinión concreta sobre la cuestión de fondo⁷-.

Sin embargo, debe tenerse presente que en ocasión del cuestionamiento constitucional de otros institutos el Máximo Tribunal de la Nación abordó en particular el análisis de las mismas cuestiones en las que, en su recurso, la defensa oficial pretende sustentar la tacha de inconstitucionalidad.

vía extraordinaria federal –ver fallo denegatorio del recurso extraordinario, de fecha 27/5/15, en el Expte. n° 11153/14 “Incidente de apelación en autos ‘Moreno, Diego Ezequiel s/ art. 189 bis, 2° párrafo, portación de arma de fuego de uso civil —Código Penal— s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 11122/14 “Ministerio Público —Defensoría General de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Moreno, Diego Ezequiel s/ infr. art. 189 bis, 2° párrafo, portación de arma de fuego de uso civil, CP”-; asimismo, en dicho caso la presentación directa efectuada ante la Corte Suprema concluyó con la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario, por aplicación del art. 280 del CPCyCN -ver fallo de fecha 24/9/15 en el expte. CSJ 3559/2015/RH1 “Moreno, Diego Ezequiel s/ infracción art. 189 bis 2° párrafo Mod. Ley 25.886”-.

⁵ Confrontar C.S.J.N. Expte. M. 1395. XLII. “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, fallo del 5 de febrero de 2013.

⁶ Confrontar C.S.J.N. Expte. T.294.XLV “RECURSO DE HECHO Taboada Ortiz, Victor s/ inf. Art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil -causa n° 6457/09-“, fallo del 5 de febrero de 2013.

⁷ En “Maciel” y “Taboada Ortiz” la Dra. Argibay se inclinó expresamente por la constitucionalidad de la agravante, mientras que en el último de dichos fallos el Dr. Zaffaroni lo hizo por la inconstitucionalidad.



Luis J. Cevasco
LUIS J. CEVASCO
FISCAL GENERAL A/C

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Obviamente me refiero a los pronunciamientos en los que la Corte Suprema resolvió sobre planteos de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia y el régimen de agravación de la pena que conlleva, basados en la invocada violación del principio de culpabilidad y del derecho penal de acto, desconocimiento de la prohibición del ne bis in ídem, y afectación del principio de igualdad -esto es, los mismos cuestionamientos introducidos en el recurso ahora bajo examen-, estableciendo doctrina que resulta de indudable aplicación al caso de autos y que el desarrollo del recurrente no alcanza a rebatir.

La pretensión en contrario que ensaya la defensa oficial intenta disimular sin éxito el carácter análogo de las argumentaciones en base a las cuales se alega la inconstitucionalidad en tales casos y en el presente.

Basta para comprobar dicha calidad análoga, consultar el contenido de los fallos dictados por el Máximo Tribunal y a los que se remitiera en el caso "Arévalo"⁸ -en particular, "L'Eveque" (Fallos: 311:1451) y "Gramajo" (Fallos: 329:3680), y en este último caso, especialmente, considerando 12 a 18 del voto del juez Petracchi-, en el que se expidió respecto del planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia.

En sendos pronunciamientos se abordaron los temas ahora propuestos -principio de culpabilidad, derecho penal de autor, ne bis in ídem, igualdad ante la ley-, y lo mismo hizo el Procurador General de la Nación al dictaminar en el caso "Arévalo", en el que la Corte se remitió a los fallos señalados.

Ello permite afirmar que las cuestiones analizadas en los casos de

⁸ Confrontar C.S.J.N. Expte. A. 558. XLVI. "RECURSO DE HECHO Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835", fallo del 27 de mayo de 2014.

mención -aunque referidas al tema de la reincidencia-, que otorgaron suficiente sustento al fallo de la Corte Suprema en el caso “Arévalo”, brindan concluyente respuesta negativa a las razones en las que la defensa oficial pretende aquí sostener la alegada inconstitucionalidad de la agravante del art. 189 bis, 2° apartado, 8° párrafo, del Código Penal⁹.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe destacar que, aun cuando en los casos “Maciel”¹⁰, “Taboada Ortiz”¹¹ y “Moreno”¹² la Corte Suprema se inclinó por sostener la aplicación de lo establecido en el art. 280 del CPCyC y no se expidió sobre el fondo del planteo de inconstitucionalidad articulado, ese pronunciamiento importó la afirmación de que no existió “agravio federal suficiente” o de que las cuestiones planteadas resultaron “*insustanciales o carentes de trascendencia*”, situación que, entonces, es posible también afirmar en el presente caso.

Por lo demás, no se observa que en el recurso extraordinario federal se incluyan razonamientos novedosos que habiliten un renovado análisis de las cuestiones ventiladas en los precedentes antes mencionados, todo lo cual torna de aplicación la doctrina según la cual, si la cuestión fue dilucidada por la Corte, el agravio resulta insustancial cuando el apelante no aduce razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad de la jurisprudencia del Tribunal, ni agrega nuevos y serios argumentos que puedan llevar a una modificación del criterio establecido, y se limita a esgrimir su

⁹ Ver en este sentido la reflexión efectuada por la Dra. Argibay en su voto en el Expte. M. 1395. XLII. “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, fallo del 5 de febrero de 2013, Considerando 9°.

¹⁰ Confrontar C.S.J.N. Expte. M. 1395. XLII. “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, fallo del 5 de febrero de 2013.

¹¹ Confrontar C.S.J.N. Expte. T.294.XLV “RECURSO DE HECHO Taboada Ortiz, Victor s/ inf. Art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil -causa n° 6457/09-“, fallo del 5 de febrero de 2013.

¹² Ver referencia al fallo efectuada en la nota al pie n° 4.



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General

2016 "Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

discrepancia al respecto¹³.

Para finalizar, corresponde agregar que no obstante la inclusión tangencial de consideraciones vinculadas a la supuesta arbitrariedad del fallo del Tribunal Superior, en modo alguno se desarrollan argumentos suficientes para dotarlas de adecuado sustento, lo que obliga a recordar que el Máximo Tribunal tiene decidido que *"(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento, o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional"*¹⁴.

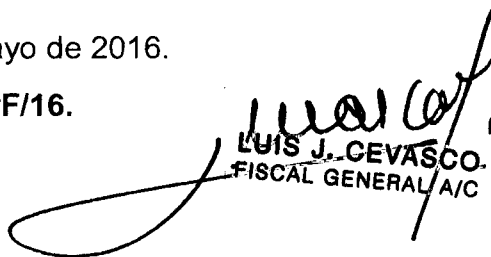
IV

En virtud de las consideraciones que anteceden, opino que debe declararse inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto, que

ES JUSTICIA

Fiscalía General, **13** de mayo de 2016.

DICTAMEN FG N° 347 /PCyF/16.


LUIS J. CEVASCO.
FISCAL GENERAL/A/C

Seguidamente se remitió al Tribunal Superior de Justicia. Conste.

¹³ Confrontar C.S.J.N. "Fallos" 334:139 y 326:3939.

¹⁴ Confrontar C.S.J.N. "Fallos" 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros.

