

**P. 128.118-RQ - “Serra, Luis Alberto
s/ Recurso de queja en
causa n° 66.692 del Tribunal
de Casación Penal, Sala I”.-**

///Plata, 12 de julio de 2017.-

AUTOS Y VISTOS:

La presente causa P. 128.118-RQ, caratulada: “Serra, Luis Alberto s/ Recurso de queja en causa n° 66.692 del Tribunal de Casación Penal, Sala I”,

Y CONSIDERANDO:

1. La Sala I del Tribunal de Casación Penal, el 5 de abril de 2016, desestimó los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley presentados por la defensa oficial de Luis Alberto Serra contra el pronunciamiento de ese mismo órgano jurisdiccional que, luego de una anulación parcial y reenvío dispuesto por esta Corte en causa P. 125.508 (res. del 15/VII/2015 -fs. 52/54-), confirmó la sentencia del Tribunal en lo Criminal N°5 de La Matanza que condenó al nombrado a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (fs. 75/83).

En lo que hace a la vía prevista en el art. 494 del ritual, afirmó que las denuncias de arbitrariedad por falta de fundamentación en la individualización de la pena, revisión aparente de la sentencia de condena y errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP, no trascienden de una mera opinión discrepante con lo decidido. Destacó que la defensa no se hizo cargo de los argumentos del fallo casatorio y concluyó que los agravios no se desarrollaron con suficiencia y carga técnica necesaria en tanto no se demostró la relación directa e inmediata con lo resuelto. En su apoyo, trajo a colación pronunciamientos de esta Corte (fs. 76 vta./79 vta.).

En cuanto al remedio extraordinario de nulidad, recordó las causales del art. 491 del CPP y aseveró que ninguna de ella se configuró en el caso. Indicó que los planteos de la defensa no encuadran en el art. 168 de la Constitución provincial ya que lo que pretende es controvertir el acierto o error

de lo decidido, extremo detraído del remedio en examen. Citó jurisprudencia de este Tribunal (fs. 80/81 vta.).

2. El defensor oficial presentó queja (fs. 88/98 vta.).

a. En primer lugar, explicó que uno de los tópicos llevados en el recurso extraordinario de inaplicabilidad consistía en la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP por no haberse fundado debidamente el monto de la pena. Alegó que a pesar de configurar un embate de ley sustantiva, el *a quo*, equivocadamente, lo analizó como si fuera de cariz federal (fs. 92 vta.).

b. En segundo término, manifestó que la sentencia de casación presenta déficits que ameritan su anulación ya sea por haber incurrido en una omisión de tratamiento de una cuestión esencial (art. 491, CPP) o arbitrariedad al no haberse analizado los argumentos fundamentales llevados en el memorial, lo que implicó una revisión aparente del fallo de condena (art. 494, CPP). En función de ello, entendió que se debió declarar la admisibilidad del remedio extraordinario de nulidad o, en su defecto, del de inaplicabilidad de ley (fs. 93 vta./94).

En tal sentido, refirió que en la vía del art. 491 cit., se criticó la omisión de tratamiento de cuestiones esenciales llevadas en la memoria por lo que debió declararse admisible (fs.94/vta.).

A continuación, relató que si la Alzada juzgó que no se había quebrantado el art. 168 de la Constitución provincial, entonces, debió conceder el carril extraordinario de inaplicabilidad de ley pues, a su entender, el órgano revisor incurrió en arbitrariedad al utilizar afirmaciones dogmáticas y arbitrarias para desechar las críticas expuestas en el memorial, quebrantando el derecho a ser oído (arts. 8.2.h. de la CADH y 14.5. del PIDC y P).

De seguido, manifestó que en el canal del art. 494 cit. se “demostró que, habiéndose reclamado la revisión de la limitación valorativa de la pauta mensurativa de la pena ‘ausencia de antecedentes condenatorios’, habiéndose solicitado la consideración de la circunstancia ‘corta edad del imputado’ que había sido omitida por la sentencia de mérito y habiéndose planteado una serie de infracciones legales y constitucionales que tal

temperamento acarreaba, el Tribunal de Casación se valió de una fundamentación aparente para eludir estos planteos” (fs. 95 vta.).

Por todo lo expuesto, arguyó que el juicio de admisibilidad negativo es arbitrario pues a pesar de haberse demostrado la existencia de agravios de índole federal desarrollados con la suficiencia y carga técnica necesaria (cfe. “Strada”, “Di Mascio” y “Christou” de la Corte nacional) se los desestimó (fs. 96/97 vta.).

A todo evento, dejó plantada la inconstitucionalidad del art. 494 cit. (fs. 97 vta.).

3. La inadmisibilidad del recurso extraordinario de nulidad debe confirmarse aunque por motivos distintos a los expuestos por el Tribunal de Casación Penal (art. 486 bis, CPP).

El obstáculo formal para la concesión del carril en cuestión radica en que el impugnante carece de legitimación para recurrir en tanto pretende renovar *ex novo* una pretensión (omisión de tratamiento de los agravios llevados en el memorial) que, en rigor, no fue sostenida a lo largo del proceso y que, por lo tanto, quedó preclusa (art. 481, CPP).

A los fines de lograr una mayor claridad expositiva se realizará una reseña de los hitos relevantes del caso:

a. De la lectura de la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 5 de La Matanza, se advierte que las partes no solicitaron la valoración de atenuantes, pese a lo cual el órgano de mérito oficiosamente ponderó la falta de antecedentes penales “con la limitación propia de la corta edad”. A su vez, descartó la aplicación de agravantes. Finalmente, fijó la pena en doce años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 40 y 41, CP -fs. 1/21, en especial, fs. 18/21-).

b. La defensora oficial, doctora Analía Gaggero, en lo que aquí importa, en el recurso de casación denunció la inobservancia de los arts. 40 y 41 del CP por entender que al no haberse ponderado agravantes y sí atenuantes la condena debió estar más cerca del mínimo de la escala penal (fs. 30/32).

c. En el memorial, el defensor oficial, doctor José María Hernández, mantuvo dicho agravio (fs. 33 vta.).

A su vez, agregó que no resulta adecuado limitar la atenuante de falta de antecedentes penales en función de la corta edad del imputado pues ello implicaría invertir la carga de la prueba y quebrantar los principios de culpabilidad e *in dubio pro reo* (fs. 34).

Por último, criticó que no se haya considerado como pauta diminuyente la “corta edad del imputado” (fs. 34 vta.).

d. La Sala I del Tribunal de Casación Penal, el 26 de noviembre de 2014, en lo que concierne al monto de la pena, abordó el agravio llevado por la defensora de la instancia (v. punto b.) y lo descartó. Respecto de los argumentos del memorial (v. punto c.), únicamente señaló que “la ponderación de la edad del acusado en los términos señalados por la sentencia (respuesta a la quinta cuestión del veredicto...), no resultó contraria a las normas que la rigen” (fs. 39/41).

e. Contra ello, el defensor oficial, Mario Luis Coriolano, articuló recurso extraordinario de nulidad y denunció falta de mayoría de fundamentos en el tratamiento del agravio vinculado con el sistema de determinación judicial de la pena en caso de ausencia de agravantes y existencia de atenuantes.

f. Esta Corte, el 15/VII/2015, hizo lugar a la impugnación, anuló parcialmente la condena y mandó a dictar un nuevo fallo por estimar que no había mayoría de fundamentos en lo que se refiere al método de individualización de la pena ante la ausencia de agravantes (fs. 52/53).

g. Con el alcance fijado en el punto anterior, la Sala I del Tribunal de Casación Penal, el 2 de febrero de 2016, dictó un nuevo pronunciamiento (fs. 55/57).

El juez Violini, que concitó la adhesión simple del Juez Borinsky abordó nuevamente el agravio desarrollado en el recurso de casación (determinación del monto de pena ante la ausencia de agravantes y la presencia de atenuantes) y lo descartó. En tal sentido, afirmó que “si el artículo 79 del Código Penal establece para el delito de homicidio una escala penal que

va desde un mínimo de ocho años a un máximo de veinticinco años de prisión, si el a quo -a pesar de que las partes no introdujeron pautas disminuyentes- valoró como circunstancia atenuante la carencia de antecedentes -en los términos establecidos en la quinta cuestión del veredicto...-, y rechazó considerar la agravante postulada por el acusador público... entonces la tarea jurisdiccional de determinación de la pena en el caso concreto se realizó de acuerdo a lo normado en los arts. 40 y 41 del Código Penal” (fs. 55/57 vta.).

h. Contra ello, el defensor oficial presentó recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad:

En el primero, denunció que el Tribunal revisor omitió decidir sobre la crítica a la limitación del valor de la pauta mensurativa de la pena “ausencia de antecedentes penales” y sobre falta de ponderación de “la corta edad” como otra atenuante (fs. 70/74).

En el de inaplicabilidad de ley, desarrolló dos críticas. Como primer punto, tachó de arbitraria la sentencia y se agravió de la afectación del derecho a la revisión y a ser oído (arts. 1 y 18, CN; 14.5., PIDC y P; 8.2.h., CADH) por entender que los argumentos desarrollados en el recurso de casación se desestimaron en base a fórmulas genéricas y dogmáticas y que las denuncias llevadas en la memoria (sentido limitado de la pauta “falta de antecedentes penales” y falta de valoración de “la corta edad” como pauta atenuante) no se abordaron (fs. 60/68 vta.).

En segundo lugar, denunció la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP pues se fijó la pena sin atender a las circunstancias puntuales del caso, tales como la falta de antecedentes penales y su corta edad (fs. 68 vta./69 vta.).

4. Ahora bien, de la reseña efectuada en el punto anterior surge que -como se adelantara- la parte carece de legitimación para cuestionar la supuesta omisión de tratamiento de los agravios llevados en el memorial ya que esta pretensión no fue mantenida debidamente a lo largo del proceso por lo que precluyó la discusión sobre el punto (art. 481, CPP).

Es decir, contra el primer fallo de casación que confirmó la

condena de primera instancia (v. punto 3. d.) la defensa oficial al presentar el primer recurso extraordinario de nulidad nada dijo sobre la supuesta omisión de tratamiento de los agravios llevados en la memoria (v. punto 3. E.; fs. 42/47) cuando ese era el momento para plantearlo. Por el contrario, se limitó a cuestionar la falta de mayoría de fundamentos en el abordaje del agravio desarrollado en el recurso de casación.

En definitiva, el recurrente pretende ahora renovar *ex novo* un agravio que quedó consentido por no haberse planteado en el primer momento posible.

5. En lo que atañe a la inadmisibilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. punto 3. H.), la queja procede parcialmente:

La desestimación de la tacha de arbitrariedad y de la supuesta violación del derecho al recurso y a ser oído en relación al método empleado para individualizar el monto de la pena, debe confirmarse.

Como acertadamente se puso de manifiesto en el juicio de admisibilidad negativo, la defensa oficial no desarrolló dichas denuncias con la suficiencia y carga técnica necesaria, por el contrario, se limitó a formular una mera opinión discrepante sobre el método empleado para individualizar la sanción.

Frente a ello, el quejoso no logró remover eficazmente dicho obstáculo formal en razón de que no probó la relación directa e inmediata entre la supuesta afectación de las garantías constitucionales y lo debatido y resuelto en el caso (art. 15 la ley 48).

Resulta pertinente aclarar que en el marco de este embate, también se agravio de la falta de tratamiento de las argumentaciones llevadas en la memoria -idéntica crítica a la expuesta en la vía extraordinaria de nulidad bajo el supuesto de omisión de tratamiento-, en función de ello, corresponde tener por reproducido lo expuesto en los puntos 3. y 4. del presente.

6. Distinta suerte corresponde al tramo de la queja dirigido a conmover la inadmisibilidad de la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley en lo que hace a la denuncia de errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP

pues debe tener acogida favorable.

Como lo puso en evidencia el defensor oficial, la Alzada analizó dicho embate como si fuera de índole federal cuando, en rigor, se trata de una causal propia del art. 494 del CPP (errónea aplicación de la ley sustantiva), diferenciación que tiene consecuencias en lo que hace al juicio de admisibilidad pues las críticas constitucionales para superar esta etapa deben cumplir con recaudos específicos (arts. 14 y 15 de la ley 48) que no se exigen a las denuncias de la ley sustantiva.

En definitiva, habiéndose abastecido el recaudo del monto de la pena (doce años de prisión) y tratándose de una denuncia vinculada con la errónea aplicación de la ley sustantiva (arts. 40 y 41 cit.), el recurso debe declararse admisible (art. 486 y 494, CPP).

En función de lo expuesto, y siendo que esta Corte se expidió con anterioridad en casos sustancialmente análogos al presente, corresponde aplicar el art. 31 bis de la ley 5827.

7. El agravio de errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP es improcedente (art. 496, CPP).

Cabe recordar que esta Corte tiene dicho que los arts. 40 y 41 del Código Penal no contiene un determinado sistema legal para efectuar la dosimetría, ni un punto de ingreso a la escala penal dentro del marco de las previstas para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad. De ahí que el criterio divergente respecto de la incidencia de la circunstancia atenuante computada y de la ausencia de agravantes sobre el *quantum* de la pena a aplicar no implica ni significa violación legal alguna (cfe. P. 74.318, sent. del 7/V/2003; entre otras más; P. 115.699, sent. del 11/VI/2014P. 123.844, res. 29/VI/2016; P. 126.034, sent. del 4/VIII/2016).

En suma, las consideraciones esgrimidas acerca del modo de determinar la sanción a imponer, sólo representan una diferente visión sobre la manera en que debe efectuarse dicho proceso, lo que resulta ineficaz para conmover lo fallado (cfe. P. 94.341, sent. del 31/X/2007; P. 94.888, sent. del 8/VIII/2007; e/o).

Por ello, la Suprema Corte de Justicia,

RESUELVE:

1. Rechazar la queja contra la denegatoria del recurso extraordinario de nulidad (art. 486 bis y ccds. del CPP según ley 14.647).

2. Hacer lugar parcialmente al recurso de queja contra la inadmisibilidad del carril extraordinario de inaplicabilidad de ley, con el alcance fijado en el punto 5. (arts. 486 bis, 494 y ccds. del CPP, según ley 14.647).

3. Rechazar, por improcedente, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (arts. 496, CPP; 31 bis de la ley 5827).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese.-

Eduardo Julio Pettigiani

Héctor Negri

Eduardo Néstor de Lázzari

Daniel Fernando Soria

R. Daniel Martinez Astorino

Secretario