



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

P. 128.849

"PÉREZ ASEM, MANUEL ADRIÁN
S/ RECURSO DE QUEJA EN CAUSA
N° 74.467 DEL TRIBUNAL DE
CASACIÓN PENAL, SALA IV".

La Plata, 29 de noviembre de 2017.

AUTOS Y VISTOS:

La presente causa P. 128.849-RQ, caratulada:
"Pérez Asem, Manuel Adrián s/ Recurso de queja en causa
N° 74.467 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV",

Y CONSIDERANDO:

I. Conforme surge de las copias acompañadas por la parte, la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento del 29 de diciembre de 2016, declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado contra la decisión de dicho órgano jurisdiccional que rechazó el recurso de la especialidad interpuesto contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 7 del Departamento Judicial San Martín que había condenado a Manuel Adrián Pérez Asem a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor penalmente del delito de robo con arma de fuego y autor del delito de portación ilegal de arma de guerra, en concurso ideal entre sí; y a la pena única de trece años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la presente y de la pena única dictada en el marco de la causa n° 2428 del Tribunal en lo Criminal n° 5 departamental, manteniendo la condición de reincidente (v. fs. 22/24).

Para así resolver, refirió que si bien se

///

encuentra abastecido el requisito del monto de pena "no ocurre lo mismo con el resto de los demás recaudos exigidos por la ley, es decir, no se halla reunida la naturaleza de los agravios vertida en la impugnación".

De seguido, y en relación al mérito de antecedentes condenatorios como pauta agravatoria de la pena, expuso que tampoco habilita la vía extraordinaria. En ese discurrir dijo que ello fue tratado en el fallo impugnado con debido responde.

Sumo a ello que es criterio de este Tribunal que "*[e]s improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se denuncia que se transgredieron los arts. 40 y 41 del Código Penal en cuanto -según la defensa- se configuró una doble valoración de una misma circunstancia al ser tomados los antecedentes condenatorios como pauta aumentativa de pena, que también sirvieron de base para declaración de reincidencia*", como así también que "*[e]s insuficiente el agravio defensorista según el cual la agravante derivada de los antecedentes condenatorios 'no existe...como tal' alegando que ella se enrola en los cánones del derecho penal de autor, por lo que su valoración implicaría violar el principio de legalidad y el derecho de defensa, pues no ha explicitado suficientemente el recurrente de que forma la circunstancia de volver a delinquir luego de recibir una condena no traduciría una contumacia significativa de mayor peligrosidad y que como tal, no resulte útil a los fines de la mensuración de la pena (del mismo modo que la ausencia de antecedentes); tampoco ha intentado evidenciar la impugnación que la pauta*



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 128.849

cuestionada no encuentre previsión legal en el enunciado del art.41, apartado segundo, del Código Penal, ni que su valoración sea incompatible con la esencia del sistema por aquél receptado" (fs. 23 -cursiva en el original-).

En consecuencia, señaló que el recurso no presenta la idoneidad y carga técnica necesaria para acceder a la instancia pretendida "desde que no cumple con el planteo de una cuestión federal que resulta apta para sortear uno de los requisitos objetivos que [reiteró] está ausente en esta situación particular". En consecuencia, destacó que la defensa no consiguió demostrar la relación directa e inmediata entre lo fallo y la cuestión federal esgrimida (v. fs. 23 vta.).

Asimismo, trajo a colación la doctrina de la arbitrariedad e indicó que tal circunstancia no se evidencia en el caso de autos.

II. Frente a ello, el señor defensor oficial adjunto la aludida instancia, doctor Nicolás Agustín Blanco, articuló recurso de queja (v. fs. 30/37 vta.).

Sostuvo que el recurso fue erróneamente desestimado, toda vez que resulta aplicable al presente la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes *in re* "Strada", "Di Mascio" y "Christou". En esa línea, afirmó que "la decisión que origina esta queja importa una negación de dicha competencia, que priva a [esta] Suprema Corte del rol institucional básico (...) de velar por la supremacía de la Constitución Nacional y el bloque federal todo" (fs. 33).

Tildó de arbitraria la negativa del a quo por fundarse "de modo sólo aparente mediante la invocación de

///

fórmulas genéricas y abstractas".

En ese discurrir, explicó que el caso se encuentra en condiciones de ser conocido por la Corte federal, ante atención a que: a) los agravios postulados en el remedio local son de índole federal, pues se debatió en él que el Tribunal de Casación vulneró el principio de culpabilidad por el acto y del *ne bis in idem* al considerar la condena anterior como agravante; a la vez que se planteó la inconstitucionalidad del art. 41 del Código Penal; b) esa cuestión federal se vincula de manera directa con la solución del caso; c) las infracciones federales fueron oportunamente planteadas en el recurso de casación toda vez que se originaron en la sentencia de mérito; y d) el gravamen es actual (v. fs. 33 vta.).

De este modo, señaló que el límite que en razón de la materia contempla el art. 494 del Código Procesal Penal debía ser inaplicado o declarado inconstitucional (v. fs. 34 vta.).

Observó que el *a quo* no sólo aplicó al caso dicha limitación de fuente local, sino que luego, para negar la concurrencia de los requisitos exigidos por la doctrina "Di Mascio" para declararlo inaplicable "formuló una serie de consideraciones dogmáticas que no se condicen con las constancias de la causa, ni del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que invocaba una indebida revisión de la sentencia de condena y violación de garantías constitucionales" (fs. 35).

Sobre el punto, mencionó que la casación defendió su propia interpretación restrictiva sobre el



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 128.849

alcance de su competencia como órgano revisor e ingresó impropriamente en aspectos que exceden el mero examen de la admisibilidad formal del recurso, en tanto importan pronunciarse sobre el acierto o no del contenido de su propia sentencia, desnaturalizando la función que le asigna el art. 486 del Código Procesal Penal (v. fs. cit.).

Aludió a lo dicho por esta Corte en la causa P. 85.977 y consideró que no resulta adecuado que el órgano que resuelve la sentencia en crisis sea quien analice si ha incurrido en la arbitrariedad que la parte le atribuye, tarea que resulta reservada al tribunal superior (v. fs. 35 vta.).

A lo expuesto, agregó que si bien el *a quo* decidió la falta de fundamentación autónoma del remedio mediante una formula genérica y abstracta, recordó que en la vía denegada se fundamentó debidamente por qué la postura adoptada por aquél resultaba conculcatoria de garantías constitucionales, al permitir la valoración de una circunstancia aumentativa de la pena en clara violación del principio de culpabilidad por el acto y a la garantía del *ne bis in ídem*, sin haber efectuado un análisis conglobado de la doctrina emanada de los tribunales internacionales y del Máximo Tribunal federal (v. fs. 36 vta.).

Concluyó que el remedio local no sólo portaba la fundamentación mínima requerida para su admisibilidad, sino que también demostraba la procedencia (v. fs. 37).

III. La queja es de recibo (art. 486 bis, CPP)

Así, tal como lo puso de manifiesto el quejoso

///

y conforme se aprecia de lo reseñado en el considerando primero de la presente, el Tribunal de Casación Penal se excedió en el juico de admisibilidad y se inmiscuyó en el fondo del reclamo.

IV. En función de ello, corresponde declarar mal denegado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y analizar, sin más, su procedencia, toda vez que este Tribunal se ha expedido en numerosos casos análogos al presente (art. 31 bis de la ley 5827).

V. Oportunamente la defensa denunció la violación al principio de culpabilidad por el acto y del *ne bis in ídem*, al considerar la condena anterior como agravante para determinar el monto de pena aplicable (v. fs. 18/21).

Refirió que la interpretación efectuada del art. 41 del Código Penal, en virtud de la cual se permitiría una elevación de la pena, exclusivamente a raíz de una presunción de mayor culpabilidad derivada de la existencia de una condena anterior, además de resultar incompatible con nuestra Constitución, "importa un proceder que contraviene los datos de la experiencia en cuanto a conciencia del ilícito y ámbito de autodeterminación, a la vez que violenta el principio de culpabilidad por el hecho".

Asimismo, reflexionó que con dicho proceder se vulneró la garantía constitucional del *ne bis in ídem* "en cuanto se agrava la pena de un segundo hecho haciendo foco sobre otro hecho ya juzgado y por el que recayó condena, y en esa medida, su consideración como agravante representa la imposición de un porcentaje de pena que no



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 128.849

responde al nuevo hecho en juzgamiento".

En suma, postuló que, ante una norma cuya interpretación permitiera elevar el monto punitivo en razón de la existencia de condenas anteriores, contrariando de este modo los principios de mención, el órgano jurisdiccional tiene dos posibilidades: o bien realizar una interpretación de sus alcances que haga reconocer al texto apego a la Carta magna, decretando la inaplicabilidad de circunstancias agravantes de la pena cuando ellas se basen en un derecho penal de autor o agraven la sanción por un hecho posterior; o bien declarar la inconstitucionalidad de la norma, la que debe adoptarse en los casos en que el primer supuesto no resulte adecuado (v. fs. 20 vta.).

1. Resulta pertinente recordar que esta Corte tiene dicho que el cómputo como agravante de la condena anterior no vulnera el principio de culpabilidad (conf., en lo pertinente, P. 100.577, sent. de 22/X/2008, P. 102.267, sent. de 29/XII/2008, e/o). En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Gago, Damián Andrés s/causa N° 2175", sent. de 6 de mayo de 2008 -por remisión al dictamen del señor Procurador Fiscal- ha resuelto -y ello también es aplicable en lo pertinente a la situación de autos- que "...el desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (Fallos: 311:1451)".

En cuanto a la argüida violación del principio del *ne bis in ídem* sólo cabe indicar que la circunstancia de que las consecuencias gravosas que podrían surgir de

///

la existencia de los ya referidos antecedentes condenatorios no implica que por ese sólo hecho constituyan una doble condena o doble imposición de pena (conf. doctr., en lo pertinente, P. 57.387, sent. de 1/XII/1999; P. 60.751, sent. de 31/VIII/1999; P. 61.738, sent. de 23/IV/2003; P. 86.048, sent. de 16/IX/2003; 95.225, sent. de 13/VI/2007, e.o.).

Al respecto, también cabe traer a colación lo expuesto en distintas oportunidades (Fallos: 311:1451; 311:552 y 248:232) por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de lo cual deriva que no existe el agravio constitucional denunciado pues el principio *ne bis in idem* "no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (en referencia al art. 14 del Cód. Penal). Y tampoco para individualizar la pena que merece un nuevo delito (arts. 40 y 41). Pues como ha señalado el Alto Tribunal, es extraña al ámbito de dicha tutela constitucional la circunstancia de que se compute como agravante la comisión de un delito anterior (Fallos: 248:232) (conf. P. 70.498, sent. de 29/XII/2004; P. 86.679, sent. de 30/XI/2005).

2. En función de lo expuesto, se torna inoficioso pronunciarse sobre el planteo de inconstitucionalidad del art. 41 del Código Penal, en tanto el mismo dependía de la suerte del principal referido a la conculcación de los principios de



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///las firmas

P. 128.849

culpabilidad por el acto y del *ne bis in idem*, al computarse como pauta severizante de la pena la condena anterior que registraba el encausado.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia,

RESUELVE:

1. Admitir la queja interpuesta por el defensor oficial adjunto ante el Tribunal de Casación y declarar mal denegado el remedio del art. 494 del Código Procesal Penal (art. 486 bis del CPP).

2. Rechazar -por improcedente- el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado, con costas (arts. 496 del CPP y 31 bis de la ley 5827).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese.

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

HÉCTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

Lucía Jofre
Subsecretaria

Registrada bajo el n°2627