



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

P. 128.586

"BARCENA, FLAVIO ANTONIO S/
RECURSO DE QUEJA EN CAUSA N°
70.928 DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN
PENAL, SALA III".

La Plata, 28 de febrero de 2018.

AUTOS Y VISTOS:

La presente causa P. 128.586-RQ, caratulada:
"Barcena, Flavio Antonio s/ Recurso de queja en causa N°
70.928 del Tribunal de Casación Penal, Sala III",

Y CONSIDERANDO:

I. La Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento del 20 de diciembre de 2016, desestimó -por inadmisible- el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto contra la resolución de ese mismo órgano jurisdiccional que, rechazó la vía homónima y confirmó el fallo del Tribunal en lo Criminal n° 1 de Mar del Plata en cuanto condenó a Flavio Antonio Barcena a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por la autoría penalmente responsable de los delitos de tentativa de robo en concurso real con robo agravado por el uso de armas (v. fs. 52/54).

Para así decidir, en primer lugar, el Tribunal de Alzada señaló que la parte denuncia el quebranto al principio de culpabilidad en función del mínimo legal que prevé la figura enrostrada a quien asiste -cinco años de prisión-. De seguido, puso de manifiesto la restricción cognoscitiva que aparea el art. 494 del Código de rito, recordó que el recurso extraordinario de inaplicabilidad

///

de ley constituye el carril idóneo para el tratamiento de las cuestiones federales que pudieran estar involucradas (art. 14 de la ley 48; conf. doctr. Ac. 80.570, resol. del 17-VII-2003; Ac. 101.238, 5-XII-2007, e.o. (v. fs. 52 vta./53). No obstante, aclaró que la admisibilidad del reclamo no se satisface con la mera invocación de una cuestión de tal naturaleza sino que será menester su correcto planteamiento, situación que no se verificó en autos en tanto -señaló- que la defensa no logró demostrar la relación directa e inmediata entre las garantías invocadas y lo resuelto en el caso (v. fs. 53 y vta.).

Luego, afirmó que el argumento por el que se pretende que los mínimos legales resultan meramente indicativos no fue sometido, como tal, a la consideración de esa Sala, por lo que -expuso- que resultaba aplicable la doctrina de esta Corte en cuanto tiene dicho que no se configura agravio constitucional u omisión relevante si la cuestión que se pretende agravante no ha sido sometida a tratamiento del tribunal intermedio, "pues no puede existir agravio si el sentenciante no resuelve lo que no se ha pedido". Ello con cita de lo resuelto en P. 99.522 por esta Suprema Corte (v. fs. 53 vta.). En ese raciocinio, agregó que éste Tribunal indicó que debe desestimarse el carril, si la cuestión traída ha sido producto de una reflexión tardía que obsta a su atendibilidad, "en la medida que habiéndose articulado como una cuestión federal [...] se encuentra sujeta a las exigencias establecidas para asuntos de esa índole a su oportuna introducción" -conf. P. 118.822- (fs. cit./54).

Finalmente, expresó que "el impugnante soslaya



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 128.586

que una mera cita doctrinaria en apoyo de su pretensión no tiene la virtud de derogar la ley vigente, de la que el mínimo legal de la escala forma parte, con lo que el agravio resulta igualmente inatendible si no va acompañado del pertinente tilde de inconstitucionalidad" (fs. cits.).

Concluyó en la plena vigencia los límites de recurribilidad del art. 494 del Código Procesal Penal, pues la defectuosa formulación de los planteos de pretendida índole federal a tenor de lo fallado en "Strada", "Christou" y "Di Mascio" por la Corte federal el valladar normativo (v. fs. 54).

II. Frente a ello, el defensor oficial, doctor Ignacio Juan Domingo Nolfi, articuló recurso de queja -art. 486 *bis* del CPP- (v. fs. 58/66).

En primer lugar, reseñó los motivos por los que el *a quo* denegó el carril extraordinario, y planteó su discrepancia con los argumentos que -a su entender- cimentaron el juicio negativo: el carácter extemporáneo de los planteos formulados, y la "inatendibilidad" del agravio constitucional (v. fs. 60 y fs. 63).

a. Respecto al primero, arguyó que la cuestión federal -inconstitucionalidad del mínimo legal de la escala- fue introducida en la primer oportunidad disponible, esto es, el acta de debate, con específica alusión a la parcela de la misma que incluye el reclamo (v. fs. 60).

Añadió que en la vía casatoria "si bien no se acudió literalmente a la petición de inconstitucionalidad", se objetó la misma desde la arista

///

constitucional, y se efectuó la reserva federal en virtud del quebranto al principio de culpabilidad -arts. 5.6, CADH y 10.3, PIDCP- (v. fs. cit. y vta.). Explicó, asimismo, que el carril denegado analizó las premisas del fallo casacional que "se sustrajo del estudio de agravio" desde dicha perspectiva (fs. 60 vta.), y agregó que "pese a todo" el *a quo* emitió un juicio de valor sobre el rechazo del planteo por el órgano de la instancia, "dot[á]ndo[lo] de virtualidad" (fs. cit.).

En dicho marco, tachó de arbitrario al auto denegatorio por apartamiento de las constancias de la causa, y ancló el vicio en la "omisión de tratamiento de los argumentos conducentes y por el carácter inmotivado de la resolución dictada" (fs. cit.). Agregó que no pueden soslayarse las circunstancias personales de su asistido, y citó lo resuelto por este Tribunal en P.121.576 (v. fs. 61).

Concluyó en que, aun cuando se entendiera que el embate fue planteado recién en la vía denegada, ello no lo constituye en "reflexión tardía", pues resulta la primera oportunidad para someter el embate a conocimiento de esta Corte. Denunció el quebranto a los principios de proporcionalidad de la pena y de culpabilidad, lesividad, humanidad, buena fe y *pro homine* (v. fs. cit. y vta.).

En refuerzo, trajo a colación lo fallado en "Autolatina Argentina S.A.", "Casal", y "Coria" por el Máximo tribunal. Citó los arts. 480, 435 y 434 del Código Procesal Penal y alegó que la interpretación correcta del primero de ellos no puede restringir la competencia de este Cuerpo cuando se encuentre en juego una cuestión



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 128.586

federal; y -a todo evento- dejó planteada la inconstitucionalidad de dichas normas -arts. 5 y 31, Const. nac.- (v. fs. 62 vta./63).

b. En segundo término, edificó su crítica en la no atendibilidad del reclamo (v. fs. 63.). A tal fin, transcribió la parcela específica y le endilgó arbitrariedad (v. fs. cit. vta.). En contraposición, afirmó -por un lado- que el recurso no contiene "meras citas doctrinarias", ni se buscó la derogación de la ley vigente sino adecuar sus efectos al caso concreto, a la luz de los principios constitucionales y las circunstancias del hecho. Por el otro, aseveró que allí se petitionó expresamente la inconstitucionalidad, con transcripción de los párrafos y remisión a las fojas que así lo acreditan (v. fs. cit.). Finalmente, indicó que la arbitrariedad por contradicción del auto adverso dimana de su propia reseña de agravios, en la cual especifica el embate que luego desestima (v. fs. 64). Asimismo, agregó que el carril porta el quebranto a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, con anclaje al caso (v. fs. cit. y vta.).

Sentado ello, postuló que la sede casacional se excedió en sus facultades al expedirse sobre la procedencia del agravio, al criticar la postura que defiende el carácter indicativo de los mínimos legales (v. fs. 64 vta.).

En ese carril, expuso sobre el riesgo que conlleva el análisis de una sentencia por el mismo Tribunal que la dictó, con cita de lo resuelto en P.85.977 de esta Suprema Corte (v. fs. cit.).

///

Agregó que la respuesta basada en la inatendibilidad del planteo no puede considerarse válida y suficiente para cancelar al vía intentada, y esgrimió que se vedó a Barcena el acceso a la jurisdicción en el marco de la garantía de revisión amplia -art. 8.2.h, CADH- (v. fs. 65).

Para finalizar pidió que se considere que, en caso de confirmarse la condena impuesta, su asistido deberá reingresar al establecimiento carcelario (v. fs. 65 vta./66).

III. La queja procede (art. 486 *bis*, CPP).

En efecto, tal como lo evidenció el quejoso, contrariamente a los sostenido en el juicio de admisibilidad negativo, en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley se demostró que la pretensa cuestión federal allí esgrimida (inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal) fue planteada con la suficiencia y carga técnica necesaria para sortear el estadio de la admisibilidad, guardando relación directa e inmediata con lo debatido y resuelto por el Tribunal de Casación.

Por todo lo expuesto, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre el fondo del asunto, corresponde admitir el recurso para garantizar el adecuado tránsito de la causa a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los arts. 31 de la Constitución nacional y 14 de la ley 48 (conf. art. 486 bis del CPP; doctr. de los precedentes "Strada" -Fallos: 308:490-, "Di Mascio" -Fallos: 311:2478- y "Christou" -Fallos: 310:324- de la Corte nacional; Ac. 80.570,



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///las firmas P. 128.586
resol. del 17-VII-2003; Ac. 87.203, resol. del
22-IX-2004; Ac. 96.735, resol. del 24-V-2006; Ac.
101.238, 5-XII-2007, e.o. de la SCBA).

Por ello, la Suprema Corte de Justicia,

RESUELVE:

1. Admitir la queja interpuesta por el Defensor Oficial Adjunto ante el Tribunal de Casación a favor de Flavio Antonio Barcena y declarar mal denegado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (art. 486 bis, CPP).

2. Conceder la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley (art. 494, CPP).

Regístrese, notifíquese y, requiérase al a quo la remisión de la causa n° 70.928 de la Sala III (arts. 486 *bis in fine* del CPP).

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

HÉCTOR NEGRI

EDUARDO NÉSTOR DE LÁZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

R. Daniel Martínez Astorino

Secretario

Registrada bajo el n°124