



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

P. 130.492

"MERLINO, AXEL JOSE DAVID S/
RECURSO DE QUEJA EN CAUSA N°
78.730 DEL TRIBUNAL DE
CASACIÓN PENAL, SALA III".

La Plata, 12 de diciembre de 2018.

AUTOS Y VISTOS:

La presente causa P. 130.492-RQ, caratulada:
"Merlino, Axel José David s/ Recurso de queja en causa N°
78.730 del Tribunal de Casación Penal, Sala III",

Y CONSIDERANDO:

I. La Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 17 de agosto de 2017, declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado contra la decisión de dicho órgano jurisdiccional que rechazó el remedio de la especialidad interpuesto contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 7 del Departamento Judicial San Isidro que había condenado a Axel José David Merlino a la pena de cinco años y cinco meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse agravado por la intervención de un menor de edad (v. fs. 56/60).

Para arribar a tal temperamento, en primer lugar, detalló que -en lo medular- la defensa se quejó de la errónea e infundada aplicación del art. 41 *quater*, lo que -a su modo de ver- afectó los principios de legalidad y culpabilidad (v. fs. 56 vta.).

///

Luego, señaló que en autos no se encuentra abastecido el requisito del monto de pena y que, si bien el remedio en abordaje constituye el carril idóneo para el tratamiento de las cuestiones federales que pudieran estar involucradas, a fin de permitirle al impugnante transitar por el superior Tribunal de la causa, como recaudo de admisibilidad del potencial remedio federal (art. 14 ley 48), conforme los precedentes "Strada", "Di Mascio" y "Christou" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la admisibilidad del reclamo -en dicho marco- no se satisface con la mera invocación de una cuestión de tal naturaleza sino que es menester su correcto planteamiento (v. fs. 58).

Advirtió que las afectaciones de las garantías de legalidad y culpabilidad, así como del principio de máxima taxatividad interpretativa -que el quejoso deriva de lo que considera una indebida aplicación del art. 41 quater-, no fueron articuladas conforme a dichas exigencias (v. fs. 58 vta.).

A tal fin, trajo a colación lo dicho por esa sede "ante el idéntico motivo [llevado] en el recurso de casación" y razonó que aquél "[f]rente a lo así resuelto, más allá de su enfática discrepancia, [...] no pone en evidencia la existencia de graves defectos de fundamentación o razonamiento en el fallo cuestionado a fin de demostrar que consagre una exégesis irrazonable del texto legal, o brinde una respuesta inadecuada para la situación que aquella norma contempla (C.S.J.N., Fallos: t. 310, pág. 234) cuando, como el mismo recurrente reconoce, el método interpretativo seguido por



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 130.492

la Sala -que menciona como 'literal'-, resulta tan válido como el propuesto por su parte" (v. fs. 59).

En consecuencia, dijo que el recurrente lejos de demostrar las afectaciones constitucionales que denuncia, "pretende simplemente derivarlas de una supuesta errónea aplicación del artículo 41 *quater* del Código Penal, intentado introducir, elípticamente, una cuestión de derecho común ajena a la cuestión federal invocada" (v. fs. 59).

Agregó que aquél insiste en sus propias razones acerca del modo en que debe interpretarse la norma cuya aplicación al caso cuestiona, "sin adunarles ningún fundamento que evidencie la violación a las garantías invocadas [...], con lo que no logra patentizar la relación directa e inmediata entre éstas y lo debatido y resuelto en el caso" (v. fs. 59 vta.).

II. En objeción, el señor defensor oficial adjunto ante la aludida instancia, doctor Ignacio Juan Domingo Nolfi, articuló queja (v. fs. 67/74).

Sin perjuicio de destacar que se encuentra en blanco una carilla de la misma (v. fs. 72 vta.), la defensa en su presentación liminarmente se refirió al cumplimiento de los recaudos formales de la impugnación y reseñó los antecedentes relevantes de la causa (v. fs. 67/68 vta.).

Entendió que el carril denegado fue debidamente fundado, "observándose la violación al principio de legalidad y al principio de culpabilidad en la que incurre la sentencia cuestionada" (v. fs. 69 vta.).

Destacó que el propio tribunal casatorio

///

reconoce que aquél porta una enfática discrepancia, por lo que mal podría hablarse de insuficiencia técnica en los fundamentos en el plano formal. Observó que, de allí en adelante, todo lo expresado por aquél excede el marco formal del primer juicio de admisibilidad (v. fs. cit.).

Recordó que la Sala actuante incurrió en errónea aplicación de la norma en cuestión toda vez que se limitó a exigir objetivamente la mera intervención de un menor de dieciocho años en el delito, sin acudir a la máxima taxatividad interpretativa que impone el principio de legalidad y sin verificar un nexo subjetivo entre la actuación de su asistido y la intervención del menor en contra de los alcances del principio constitucional de culpabilidad (v. fs. 70).

Señaló que aquélla resalta que su método de interpretación literal es tan válido como el propuesto por la parte, por lo que "si afirma que la telésis realizada en el recurso puede resultar válida entonces el examen sobre la procedencia de la interpretación planteada desde el punto de vista constitucional merced a los principios de legalidad y culpabilidad es del resorte exclusivo de la Suprema Corte". Patentizó que la inteligencia de la norma planteada deja a salvo la máxima taxatividad interpretativa como corolario del principio de legalidad y culpabilidad a diferencia del criterio literalista del Tribunal de Casación que consagra una responsabilidad penal objetiva reñida con la Carta magna (v. fs. cit. y vta.).

En segundo lugar, dejó sentado que no se intentó introducir elípticamente un asunto de derecho



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 130.492

común ajeno a la competencia federal, sino más bien se delinearon en el recurso los contornos de la cuestión federal planteada, los que detalló (v. fs. 70 vta. cit./71).

Asimismo, coligió que no resulta ajustado a las constancias de la causa "que se trate el recurso de una mera insistencia en las propias razones sobre la interpretación del artículo 41 quater del Código Penal" (v. fs. 71 cit.).

Mencionó que se citó jurisprudencia de la propia Sala en resoluciones anteriores y de otras Salas del mismo Tribunal en las cuales se efectuaron interpretaciones acorde a la tesitura propuesta en la vía desestimada (v. fs. 71 vta.).

Consideró que la decisión del órgano revisor puesta en crisis constituye una férrea defensa de su sentencia anterior para justificar su interpretación literal de la norma en cuestión, "[y] lo hace de modo infructuoso, pues resulta evidente que la interpretación objetiva no resiste per se la crítica frente a las implicancias de los principios de legalidad y culpabilidad en el caso que, es de subrayar, lejos está de tratarse de una cuestión de derecho común" (v. fs. 73).

III. El juicio negativo ha de mantenerse en esta instancia, aunque por diverso fundamento.

III. 1. Al momento de interponer el recurso de casación contra la sentencia del órgano de mérito (v. fs. 32/34), la entonces defensa particular del imputado -en lo que interesa- esgrimió que "el instituto previsto en

///

el art. 41 quater del C.P. no es [...] de aplicación automática". Advirtió que en el caso "no existe el aprovechamiento como elemento normativo, ya que la escasa diferencia de edad entre [su] ahijado procesal y el coimputado, al momento de ser denunciado el hecho, no permiten cristalizar con sustento el requisito aludido" (v. esp. fs. 33 vta.).

III. 2. A su turno, el Tribunal de Casación señaló que "...es reiterada la opinión de la Sala respecto que para aplicar la agravante calificadora del artículo 41 quater del Código Penal [...] basta con que el imputado haya delinquido juntamente con un menor de edad, y sin que para su procedencia sea menester que el mayor busque descargar su propia responsabilidad, como pretende la defensa, ya que la ley aumenta la escala por el proselitismo delictivo que practica" (v. fs. 42 vta.).

III. 3. Ahora en la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley incoada (v. fs. 49/55 vta.), apuntó que en el supuesto de autos aparece inobservada la ley sustantiva, en razón de que se afectaron los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad [...] situación que se origina atento la **indebida aplicación al caso de la agravante estatuida en el art. 41 quater del Código Penal**" (v. fs. 49 vta., resaltado en el original).

De ese modo, denunció la errónea e infundada aplicación del art. 41 quater del C.P., lo que determinó la afectación de los principios de legalidad y culpabilidad (arts. 18, 19, 33 y 75 inc. 22 de la Const. nac.; 8.2 y 9 de la CADH; art. 14.2 del PIDCP) -v. fs. 51



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 130.492

vta.-.

Resaltó que el Tribunal tuvo por probada la mera participación del menor, aplicando la agravante prevista en el art. 41 *quater*, mediante una interpretación literal del texto de la norma, incurriendo de esta manera en la afectación a los principios de legalidad y culpabilidad (v. fs. 52).

Para fundamentar lo expuesto, transcribió diversos fragmentos del debate parlamentario desarrollado en relación a la ley 25.767 y señaló que "...la máxima taxatividad interpretativa -como corolario del principio de legalidad- impone que, en este caso, la mera interpretación literal quede fuera de lado -ya que permitiría una más extensiva punibilidad- y se tome en consideración el debate parlamentario como fuente válida de precisión del ámbito de lo prohibido" (v. fs. cit. y vta.).

Explicó que deviene necesario "...realizar una apreciación de las circunstancias del caso para determinar si corresponde aplicar la norma porque el mayor 'determinó' o 'se valió' del menor para cometer el hecho ilícito" (v. fs. 53).

Puntualizó que "[l]a agravación de la escala penal por la sola comisión del delito con la participación de un menor (arts. 45 y 46 del Cód. Penal) contradice el criterio rector del derecho penal que determina que toda norma que reprime con mayor fuerza determinadas circunstancias, como la que se discute en el presente, se fundamenta en el mayor grado de disvalor del injusto" (v. fs. 53 vta.).

///

III. 4. De lo reseñado se advierte que mientras el recurso de casación se fundó en la errónea aplicación del art. 41 *quater* del Código Penal, en la vía extraordinaria se varió dicho embate y se denunció la afectación a los principios de legalidad y culpabilidad por la indebida aplicación al caso de la aludida agravante.

De lo expuesto se colige que la defensa oficial hizo un viraje argumental de las críticas llevadas en el libelo casatorio al pretender transformar el planteo originario en uno distinto con otros matices argumentales que, en rigor, son producto de una reflexión tardía (conf. causa P. 115.892, resol. de 11-XII-2013; P. 118.228, resol. de 9-IV-2014; P. 125.994, resol. de 18-XI-2015; P. 126.855, resol. de 13-VII-2016; P. 126.872, resol. de 4-VIII-2016; P. 128.674, resol. de 28-VI-2017; P. 127.383, resol. de 28-VI-2017; P. 128.868, resol. de 25-X-2017; P. 130.550, resol. de 30-V-2018; entre otros).

Por ello, la Suprema Corte de Justicia,

RESUELVE:

Rechazar -por improcedente- la queja traída por el señor defensor oficial adjunto a favor de Axel José David Merlino, con costas (art. 486 bis del CPP).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese.



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///las firmas

P. 130.492

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NÉSTOR DE LÁZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

HILDA KOGAN

R. Daniel Martínez Astorino

Secretario

Registrada bajo el n°2406