



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128586-1

"Barcena, Flavio Antonio

s/ recurso de queja"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III del Tribunal de Casación Penal rechazó recurso interpuesto por la defensa contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata que había condenado a Flavio Antonio Barcena a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de robo en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de armas (v. fs. 52/58 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento, el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 92/104 vta.).

El recurrente denuncia la violación a los principios de culpabilidad, lesividad, proporcionalidad, humanidad, buena fe y *pro homine* en la aplicación de las penas. Plantea, además, la inobservancia de la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes. Cita los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 5 de la D.U.D.H.; 5.1 de la C.A.D.H. y 10 del P.I.D.C. y P.

Entiende que el *quantum* punitivo impuesto a su asistido no guarda proporción con el injusto que se le reprocha.

Critica los fundamentos del fallo señalando que el obstáculo insalvable para la disminución de la pena por debajo del mínimo legal, apoyado en que los

jueces no pueden desoir la ley, pudiendo incurrir en prevaricato, no puede tener asidero. Ello, en virtud de que no se configurarían los elementos objetivos y subjetivos del tipo previsto en el art. 269 del C.P. al disponer de una normativa de orden superior (art. 18 C.N.) que respeta la Constitución. Añade que los mínimos legales sólo contemplan un valor indicativo.

El defensor, agrega que si bien no se mantuvo la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del mínimo legal ante el Tribunal de Casación, la misma pudo y debió efectuarse de oficio.

Asimismo, sostiene que la pena impuesta a Barcena debe disminuirse por debajo del mínimo legal. Afirmo -nuevamente- que debe declararse la inconstitucionalidad del mínimo de la pena impuesto a su asistido, en función de los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Ertiende que los jueces no pueden verse compelidos a imponer una pena mínima, pudiendo no atarse a sus límites cuando esta exceda el principio de culpabilidad por el acto, citando opiniones doctrinarias que avalarían su planteo. Invoca, en la misma línea, lo resuelto por la Corte federal en el caso "Pupelis" y una serie de pronunciamientos dictados en el mismo sentido por esa Suprema Corte.

En definitiva, el recurrente solicita que Barcena sea condenado por debajo del mínimo legal, teniendo en consideración que la injusta ética lo desinhibió logrando que el imputado actúe con un menor grado de autodeterminación. Cita, al respecto, el precedente "Maldonado" de la Corte Federal.

III. El Tribunal de Casación resolvió declarar inadmisibile el recurso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128586-1

extraordinario local (v. fs. 105/107), por lo que el Defensor Adjunto dedujo recurso de queja (v. fs. 105/107).

Esa Suprema Corte de Justicia resolvió declarar mal denegado el recurso articulado y concedió la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley (fs. 196/199).

IV. El recurso extraordinario interpuesto por el Defensor Adjunto de Casación no puede ser atendido.

En primer lugar, cabe señalar que el recurrente centra su agravio en la solicitud de una sanción por debajo de los límites legales, ya propuesta ante el órgano intermedio, mas lo hace desde su mirada personal, apoyada por cierto en la opinión doctrinaria de autores que avalan la posibilidad de violar los límites legales de las sanciones que imponen las figuras penales en nuestro ordenamiento jurídico penal. Luego, advierto que el recurrente no controvierte eficazmente los fundamentos del fallo, en punto a la mentada imposibilidad de sancionar por debajo de los límites legales a su defendido (v. fs. 57 vta.).

En verdad, los argumentos de la parte aparecen como una simple opinión discrepante a la de aquel, técnica manifiestamente ineficaz para enervar lo decidido. Media, por ende, insuficiencia recursiva (artículo 495 del Código ritual).

En tal sentido se ha pronunciado esa Suprema Corte respecto de los argumentos del impugnante que no se ocupan de "*...replicar ni controvertir directa ni eficazmente los basamentos del sentenciante*" (conf. causas P. 53.712, s. del 17/02/98; P. 69.501, s. del 29/10/03; P. 117.171, s. del 12/09/17; entre otras).

Además, estimo que los reclamos que desarrolla el recurrente con

íntima relación a los tratados internacionales y normas de la constitución, referidos a la prohibición de penas crueles y degradantes, etc. contiene una variación argumental respecto de los cuestionamientos esgrimidos en oportunidad de impugnar el fallo de primera instancia (v. fs. 30/33 vta.).

En tal sentido, obsérvese que al momento de recurrir ante el órgano intermedio, la defensa solicitó que la pena se adecue al grado de afectación de la capacidad de culpabilidad que el imputado padecía al momento del hecho, incluso por debajo del mínimo legal y que la sanción sea dejada en suspenso, mas no hizo mención a la violación de los principios de lesividad, proporcionalidad, humanidad, buena fe y *pro homine* en la aplicación de las penas, como así tampoco invocó la inobservancia de la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes con cita los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 5 de la D.U.D.H.; 5.1 de la C.A.D.H. y 10 del P.I.D.C. y P.

En consecuencia, al haber mutado los argumentos de la queja, los reclamos novedosos no pueden ser abordados en esta sede. Al respecto, esa Suprema Corte ha dejado sentado que si se introduce de manera novedosa ante esa sede un tópico que no ha sido llevado a conocimiento de la instancia revisora, cambiando -de este modo- los motivos de agravio, el planteo formulado ante la instancia extraordinaria resulta intempestivo (conf. causas P. 109.958 sent. de 5/10/2011 entre muchas otras), destacando puntualmente que las pretensiones que son fruto de una reflexión tardía no pueden ser introducidas originariamente ante esa Corte (conf. P. 109.482, sent. de 11/7/2016 y sus citas).

En particular, en un caso análogo al de autos, ha rechazado "[e]



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-128586-1

novedoso agravio que ahora introduce, de la mano de los principios constitucionales de proporcionalidad, culpabilidad por el hecho, dignidad y humanidad de las penas, de que debió fijársela por debajo del mínimo legal, por ser éstos meramente indicativos, no fue formulada ante la sede casatoria, más allá de la escueta referencia esbozada..." (P. , de modo que no logra justificar que lo decidido al amparo de las previsiones legales que rigen el caso, conlleven a la descalificación del fallo por vía de la excepcional doctrina de la arbitrariedad de sentencias (arg. art. 126.318, sent. de 14/12/2016).

Cabe agregar que la mera invocación del precedente "Pupelis" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es idónea para enmendar la insuficiencia señalada.

Ello así pues en ese caso el alto tribunal federal sostuvo que, en virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11 de la C.N. (actual art. 75 inc. 12), resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de ciertos actos, desincriminar otros e imponer penas y, en consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal correspondiente. Agregó, en esta línea, que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador.

En el mismo pronunciamiento indicó la Corte que el principio de legalidad (art. 18, CN), al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder

Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente; que sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada.

Admitió la Corte federal en esa oportunidad que se puede introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, pero indicó que la proporcionalidad de la pena "*...sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho*", precisando que son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18, CN) y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional ("Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491", Fallos 314:424, sent. de 14/5/1991).

Esa Suprema Corte ha reconocido, en la misma línea, que el mentado principio de legalidad impone a los jueces el deber de respetar los marcos penales impuestos por el legislador, salvo que medien circunstancias que pongan en evidencia una



