

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 22 de diciembre de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores, **de Lázari, Genoud, Kogan, Soria**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 125.464, "Mendoza, Walter Damian. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 64.911 del Tribunal de Casación Penal, Sala I".

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial Lomas de Zamora condenó a Walter Damián Mendoza a la pena de veintidós años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, y a la pena única de treinta y cuatro años de prisión, comprensiva de la anterior y de la condena a trece años de prisión dictada por el Tribunal n° 2 del mismo departamento judicial por los delitos de robo agravado por su comisión con arma, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal calificado por su comisión con arma, en concurso real con robo agravado por escalamiento, en concurso real con abuso sexual agravado por acceso carnal (fs. 29/47; sent. del

26/XI/2013).

A su turno, la Sala Primera del Tribunal de Casación, mediante el pronunciamiento dictado el catorce de octubre de 2014, casó parcialmente el decisorio impugnado, eliminó la aplicación al caso de la agravante de los antecedentes penales del imputado, añadió la atenuante del buen concepto presunto y fijó, por mayoría, el monto de pena única en treinta años de prisión, accesorias legales y costas (fs. 86/105).

Frente a lo así resuelto, el señor Defensor ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 165/175 vta.), el que fue concedido por resolución de Casación de fs. 176/179. A fs. 193/198 dictaminó el señor Subprocurador General aconsejando que el recurso sea rechazado. A fs. 199 se dictó la providencia de autos. Hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

1. El señor Defensor ante el Tribunal de Casación

formuló tres agravios, todos referidos a la pena impuesta al imputado. Afirmó que el órgano intermedio no debió asumir competencia positiva y fijar pena, sino que debió reenviar la causa para que esa tarea se hiciera en la instancia previa. Asimismo criticó que al graduar la sanción, la Casación no haya oído a su asistido. En subsidio planteó que el tribunal mencionado no fundó su decisión acerca de la pena.

Sobre lo primero, dijo que al asumir competencia positiva, el tribunal incurrió en violación al debido proceso, la defensa en juicio y la doble instancia. Citó en apoyo de su postura los arts. 8.2.h de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C. y P. (fs. 169 y vta.). Afirmó que la Casación debió haber reenviado el expediente para que la pena fuera fijada nuevamente en la instancia del juicio, tanto para permitir un amplio debate sobre la misma, como para poder incorporar nuevas circunstancias que fueran sobrevinientes, y una vez dictada esa decisión en la instancia primigenia, posibilitar un nuevo recurso contra ella y su consiguiente revisión amplia (fs. 169 y vta.).

Dijo que al haberse fijado la pena en Casación, su parte se ve imposibilitada de discutirla en vista de las limitaciones que presenta esta instancia extraordinaria.

Señaló que el órgano intermedio hizo una modificación radical del fallo condenatorio en lo que

respecta a la pena, pues admitió que los antecedentes condenatorios no podían considerarse agravantes en razón de la prohibición contra el doble juzgamiento (**non bis in idem**), computó como atenuante el buen concepto presunto del imputado al no haber datos sobre ese punto, y dijo que correspondía hacer una unificación de condenas y no de penas. Por ese motivo, estimó que la decisión de asumir competencia positiva y establecer su medida era violatoria del derecho a obtener una revisión integral de la sentencia condenatoria (fs. 170 vta./171).

2. Coincido con el señor Subprocurador General en que el agravio debe ser desechado. El derecho a obtener la revisión integral de la sentencia de condena es precisamente el que la parte ejerció con su recurso de casación. En esa instancia, la parte obtuvo el progreso parcial de sus pretensiones, lo que se tradujo en una reducción de la pena que había sido impuesta al imputado en sede originaria. Esa adecuación integra la tarea de revisión (art. 460 del C.P.P.).

No debe confundirse la situación del presente caso, en la que la Casación trata y recepta parte de los agravios de la defensa sobre las pautas para fijar la pena y consecuentemente reduce la ya impuesta en la instancia anterior, con la de una condenación dispuesta en esa sede (accediendo a un recurso fiscal), modificatoria de una

previa absoluci3n.

En ese segundo caso tendríamos que la primera condena sería la dictada por el 3rgano revisor, y por eso es que su decisi3n, que es novedosa y como tal no ha sufrido revisi3n, requiere -a su vez- que la parte pueda impugnarla con amplitud, en cumplimiento de lo establecido por el art. 8.2.h. de la C.A.D.H., en la interpretaci3n que a dicha disposici3n le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Naci3n a partir del precedente "Casal" (Fallos 328:3399).

Bien diferente es la situaci3n de autos. La decisi3n que hace lugar parcialmente al recurso de la defensa y conforme lo pedido reduce la pena fijada en la primera instancia -aunque en una medida menor a la pretendida- no puede asimilarse al fallo condenatorio que cubren las normas y precedentes citados por la parte, que es el que hace indispensable la revisi3n amplia ya mencionada, porque esa reducci3n de pena es fruto precisamente del cumplimiento del derecho a la revisi3n del fallo condenatorio.

3. En el segundo de sus planteos, la defensa aleg3 que se viol3 el derecho de su asistido a ser 3ido ante el Tribunal de Casaci3n antes de reducir la pena que su parte había recurrido. Cit3 los precedentes "Maldonado" (M.1022.XXXIX. del 7/XII/2005) y "Pin" (P.1659.XL. RHE del

8/IX/2009 -recurso del imputado Eloy José Forcada-) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aunque admitió que sus circunstancias no eran idénticas a las de autos. Requirió que se declare la nulidad de la sentencia que recurre (fs. 171 vta./172 vta.).

4. Como bien lo señala el dictamen del señor Subprocurador General, la defensa desistió del debate oral que prevé el art. 458 del Código Procesal Penal, reemplazándolo con el memorial que consta a fs. 76/79 vta. oportunidad que pudo haber utilizado para ejercer el derecho que ahora alega se le ha negado.

No sólo eso, sino que requirió al Tribunal de Casación que "... adecue el monto impuesto en la condena ... al mínimo legal". Al agravarse ahora por la falta de reenvío, se coloca en franca contradicción con lo que requirió en esa instancia.

Por lo demás, el recurrente utiliza la misma errónea estrategia argumental que ya examiné al tratar su primer agravio. Consiste en presentar la decisión revisora de la pena -incluso si le es favorable, aunque no en la medida pedida- como una nueva condena que a su vez demanda revisión amplia por un Tribunal superior, lo que haría indispensable un reenvío para fijar la pena, tras ella eventualmente una nueva decisión de Casación, que si fuera favorable haría indispensable un segundo reenvío, etc.

En cuanto a los precedentes federales que cita la parte, tal como ella misma lo advierte, se refieren a situaciones que son diversas de las del ahora en juzgamiento, no en sus detalles sino en aspectos que son determinantes de la solución.

En "Maldonado" el tribunal de alzada había agravado considerablemente la pena haciendo lugar a un recurso fiscal, en nuestro caso la ha reducido en razón de lo planteado por la defensa.

En "Pin" -según resulta del dictamen de la Procuración con los antecedentes de ese caso-, la alzada había impuesto pena al revocar una sentencia absolutoria, lo que está todavía más alejado del supuesto de autos.

5. En su agravio subsidiario, la defensa sostuvo que la decisión de la Casación sobre la medida de la pena careció de fundamentación, lo que la torna arbitraria, violatoria del derecho de defensa y del debido proceso (fs. 172 vta.). Afirmó que si bien el órgano revisor resolvió medir la pena, no dio justificación alguna de cómo arribó a dicho monto sancionatorio. Transcribió doctrina autoral acerca de la necesidad de que la sentencia sea la derivación razonada del derecho vigente. Citó el precedente "Aranda, Oscar Alejandro" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (A.957.XLVII., sent. del 20/XII/2013) en el que se ratificó que la determinación de la pena debe ser

fundada, incluso cuando ella importe disminuirla (fs. 174 vta.).

6. A mi juicio el planteo debe ser rechazado. No es exacto que la Casación no haya brindado las pautas que tuvo en cuenta al fijar la pena. Por el contrario, consideró detenidamente e hizo lugar a varios de los planteos que había llevado la defensa acerca de la pena.

El órgano intermedio dio la razón al recurrente al considerar que no era posible computar el antecedente condenatorio que registra el imputado pues lo impide el "... principio constitucional de culpabilidad, pues se agrava la sanción por el modo en que el susodicho ha conducido su vida en el pasado configurándose así un supuesto propio del denominado 'derecho penal de autor'; y por el otro, atenta violatorio de la garantía fundacional del ne bis in idem...", a lo que añadió otros fundamentos (fs. 96 vta./97).

Al dar las pautas para graduar la pena también hizo lugar al planteo de la defensa sobre la atenuante del buen concepto vecinal, pues entendió que correspondía presumirlo ante la ausencia de prueba sobre el punto, y agregó que la carga de acreditar el mal concepto correspondía al órgano acusador (fs. 97).

Conviene aclarar que la Casación no trató ni se pronunció sobre las agravantes que no fueron cuestionadas

por la defensa en el recurso respectivo. Ellas fueron señaladas en la sentencia del juicio (fs. 43) "... el elegir a personas vulnerables como víctimas, personas de edad avanzada o enfermas y la nocturnidad con que se cometiera el hecho, que en estos casos incrementa las posibilidades mínimas de defensa de las personas atacadas". Fuera del error material de redacción -pues se quiere decir que la nocturnidad reduce las ya mínimas posibilidades de defensa de un anciano, está claro que esta modalidad, no cuestionada por la defensa, formó parte de los elementos considerados al fijar la pena.

Cabe aclarar que si bien la sentencia del juicio mencionó "... al ataque brutal que Mendoza [el imputado recurrente] le infligiera a la víctima desde su cama hasta el baño, con espantosos golpes con la espumadera provocando las lesiones que cruelmente resultaran suficientes para conducir a una muerte por falla cardíaca" (fs. cit.), decidió no ponderar esa modalidad en razón de la calificación propuesta por la acusación para ese hecho, de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del C.P.).

De este modo, tenemos que la Casación trató y receptó las pautas que cuestionó la defensa, y obviamente consideró además las que ya se habían computado en la sentencia recurrida, sin objeción de la defensa. Como lo adelanté, no es exacto que el órgano revisor haya omitido

brindar las razones que tuvo en cuenta para fijar la pena, por lo cual, el recurrente no demuestra la tacha de arbitrariedad que le endilga a esa parcela del fallo (doctr. art. 495 C.P.P.). Ahora bien, si lo que la defensa pretendía era que además de ello, la decisión hubiera asignado un valor numérico a cada pauta, sumando y restando cada una de ellas sobre algún punto de ingreso a la escala penal, corresponde señalar que esta Corte ha declarado invariablemente que ese método no resulta impuesto por norma alguna (P. 79.708 sent. del 18/VI/2003; P. 95.068 sent. del 13/II/2008; P. 98.599 sent. del 9/IV/2008, entre otras).

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Genoud, Kogan** y **Soria**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se resuelve rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, con costas (art. 496 del C.P.P.).

Regístrese, notifíquese y oportunamente

devuélvase.

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario