



¿Se encuentra habilitado el tribunal a imponer una pena mayor a la solicitada por las partes? Un estudio sobre la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal.

Por Leandro Gómez Constenla, Secretario Letrado Vicepresidencia del Consejo de la Magistratura de la Nación.

VOCES:DERECHO PROCESAL PENAL – TRIBUNAL DE JUICIO – FACULTADES – IMPOSICIÓN DE PENA MAYOR – SOLICITUD FISCAL – ART. 401 CPPN – ART 307 CPPF – JURISPRUDENCIA – CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL.

I. Introducción:

El Código Procesal Penal Federal reemplaza el denominado sistema de enjuiciamiento inquisitivo reformado o mixto, en el que el juez de instrucción, por regla, concentra las facultades de investigación y decisión, por uno de corte adversarial o acusatorio¹, donde el fiscal se encuentra a cargo de la persecución penal y sólo descansan en el magistrado las funciones de control de garantías judiciales y, naturalmente, de juzgamiento², e imperan los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización³.

Este nuevo diseño ritual, previsto para los casos en que se investigan y juzgan delitos de competencia federal, ya rige en las jurisdicciones que comprenden las provincias de Salta y Jujuy, donde se inició su implementación, que progresivamente se extenderá a todo el país⁴. Coexisten allí ambos sistemas procesales, en tanto se estableció que las causas en trámite o que se correspondiesen a hechos cometidos con anterioridad

¹ El 6 de diciembre de 2018 el Congreso Nacional sancionó la Ley n° 27.482 a través de la cual aprobó el Código Procesal Penal Federal, cuya implementación progresiva se inició el 10 de junio de 2019 en las jurisdicciones de Salta y Jujuy (Dec. n° 118/2019). Esa norma, modificó el código ritual aprobado por la Ley n° 27.063 (b.o. 10/12/14) con las incorporaciones dispuestas por la Ley n° 27.272 (1/12/16), cuyo texto nunca llegó a entrar en vigencia.

² CPPF. ARTÍCULO 9°.- Separación de funciones. Los representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y será considerada causal de mal desempeño de las funciones a los efectos del proceso de remoción de magistrados de conformidad con los artículos 53 y 115 de la Constitución Nacional.

³ CPPF. Artículo 2°

⁴ *Ibidem* 1.



a su entrada en vigencia, se sustanciarán y terminarán ante dichos órganos según las reglas del Código Procesal Penal de la Nación. -Ley n° 23.984-⁵.

Este trabajo se circunscribe a responder si el tribunal de juicio se encuentra habilitado a imponer una pena mayor a la solicitada por el ministerio público fiscal o la querrela, tal como autoriza el artículo 401 del Código Procesal Penal de la Nación⁶ y expresamente prohíbe el artículo 307 del Código Procesal Penal Federal⁷; interrogante que desde antiguo presenta dificultades en el ordenamiento nacional y que se agravará con la progresiva implementación del código ritual federal. Ello, a la luz de la actual jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal.

II. Desarrollo.

Por razones de orden metodológico reseñaré los antecedentes seleccionados según sala y opinión de cada magistrada/o, según corresponda:

a) Sala I.

• **Caso:** “Moya, Cristián Ernesto y otros s/infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)”, del 9 de diciembre de 2019. Registro n° 2147/19.

• **Hechos:** la defensa se agravió porque el tribunal oral impuso a su asistido una pena mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal. Por ello, consideró afectadas las garantías constitucionales de “defensa en juicio” y sus derivaciones en el proceso penal acusatorio, sintetizadas en los aforismos latinos: “*ne procedat iudex ex officio*” y “*nemo iudex sine actore*”. Entendió que esa decisión implicaba una nulidad de “carácter absoluto porque concierne a la intervención del imputado en el proceso”.

• **Jueza Ana María Figueroa:**

Entendió que el Tribunal se encontraba autorizado a dictar una pena mayor a la requerida por el fiscal.

⁵ Ver. Artículos 23 y 24 de la Ley de Implementación del Código Procesal Federal n° 27.150 y modificatorias (p.o. 17/06/15).

⁶ C.P.P.N. Art. 401. En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad. Si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al juez competente

⁷ C.P.P.F. Artículo 307. Correlación entre acusación y sentencia. La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate. Los jueces sólo podrán resolver lo que haya sido materia de debate. No podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso en que ambos así lo requieran



En principio, señaló que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando tuvo oportunidad de expedirse sobre circunstancias que versaban sobre el control del monto de la pena, desestimó por mayoría un recurso extraordinario en queja por inadmisibles. El caso fue caratulado “Amodio, Héctor Luis” s/causa N° 5530, A. 2098. XLI”, de fecha 12/06/2007⁸, con disidencia de los doctores Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni. Ese criterio, agregó, fue ratificado por el mismo Tribunal, también por mayoría, en el precedente “Godoy, Gustavo Ezequiel y otro s/causa n° 1499/1514”,

⁸ “Amodio Héctor Luis s/CAUSA N° 5530” (330:2658), del 12/06/2007. En ese caso, un magistrado Nacional había decidido condenar a Héctor Luis Amodio por considerarlo autor del delito de lesiones culposas gravísimas (arts. 45, 91 y 94 del Código Penal), imponiéndole la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso y cuatro años de inhabilitación especial para ejercer la profesión de médico. Sin embargo, el fiscal, en la oportunidad de la discusión final, había solicitado una pena menor – dos años de prisión en suspenso-, sobre la base de tener por probado el hecho, que consistió en la negligencia con que el condenado, en su calidad de anestesiólogo, había omitido suministrar la asistencia necesaria a una paciente durante un parto, que derivó en que evolucionara hacia un estado vegetativo. La defensa recurrió el decisorio hasta llegar el caso a conocimiento del Máximo Tribunal que, por mayoría, lo declaró inadmisibles (cfme. art. 280 CPPCyC).

En esa oportunidad, los doctores Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni, en un conjunto voto disidente, entendieron, en resumen, que:

i) El principio de correlación entre la acusación y el fallo resulta ser una manifestación de la garantía de defensa en juicio; pues el derecho a ser oído reclama del órgano jurisdiccional un pronunciamiento que debe expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas o delimitadas en la acusación, fijando entonces aquella regla el ámbito máximo de decisión del fallo penal.

ii) La plena jurisdicción reconoce un límite máximo a su ejercicio, cual es, el delimitado por los términos de la acusación pública y también privada en caso de haberla (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

iii) Al colocarse al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador -lo cual implica un plus que viene a agregarse en una instancia procesal que es posterior a la oportunidad prevista para resistirlo- se vulnera la prohibición de la reformatio in pejus cuyo contenido material intenta evitar precisamente que se agrave la situación jurídica del imputado sin que medie requerimiento acusatorio en tal sentido.

iv) Si bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal nacional (ley 23.984 y modificatorias) pertenece a los denominados "sistemas mixtos", la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional

⁸ En la misma dirección, la doctora Ledesma hizo remisión a los fallos, “Fagundez, Héctor Oscar y otro s/ causa n° 7035”, F.452.XLIII (voto compartido en este precedente con el Dr. Carlos S. “Frias, Roque Francisco s/ causa n° 6815”, F.127.XLIII, y “Trinidad Noguera, Carlos Alberto s/ causa n° 7313”, T.502.XLIII -los tres últimos de fecha 12 de agosto de 2008-; “Fernández Alegría, Jorge s/ ley 23.771 y 24.769 –causa 1977/04-”, F.1435.XLII, de fecha 2 de junio de 2009; “Sosa Fernández, David Martín s/causa n° 12.837”, S.97.XLVII, de fecha 18 de diciembre de 2012, “Arias, Walter Elvio y otros s/ causa n° 12.792”, A.1107.XLVII, de fecha 5 de febrero de 2013; “González, Mariano Oscar s/causa n° 90.720”, G.107.XLVIII, de fecha 26 de marzo de 2013; “Pinchulef, Marcelino Domingo s/abuso sexual agravado -causa n° 25.763/12-“, P. 606. XLVIII, del 5 de noviembre de 2013; “Candisano de Piñero, Blanca Esther s/ falsedad ideológica”, causa n° 40/2012, C. 163. XLIX., de fecha 17 de diciembre 2013; “Tornello Ruiz, Héctor Javier s/ estafa -causa 98593-“, T.253. XLVII, del 15 de abril de 2014; “Chiesa, Patricia Inés s/ recurso de hecho”, C. 715. XLIX., de fecha 27 de mayo 2014; “Baz, Víctor Alejandro y Ferrario, Tomás Alejandro s/ recurso extraordinario federal”, B. 741. XLIX., de fecha 15 de julio de 2014 y “Palacio, Rubén Gabriel s/ abuso sexual agravado reiterado”, causa 1644/12, P. 785. XLIX., de fecha 5 de agosto de 2014.



G. 1363. XLIII, de fecha 22/12/08, manteniéndose en disidencia los doctores Lorenzetti y Zaffaroni.

La determinación de la pena aplicable al caso concreto, agregó, se encuentra dentro del marco propio del ámbito de la jurisdicción, que por disposición constitucional le está reservado a los jueces -artículos 108 y 116 de la Constitución Nacional-. Pretender limitar la jurisdicción y competencia otorgada en un sistema republicano de gobierno por normas constitucionales y del sistema jurídico, donde los poderes y órganos del Estado tienen asignadas funciones y competencias determinadas, con contrapesos, mediante una interpretación sin base legal -contraria al artículo 401 C.P.P.N.-, donde se desea que los jueces sólo sentencien como solicita el órgano acusador del Ministerio Público Fiscal, no es ajustada a derecho, finalizó.

La tesis contraria, observó, implica desapoderar al juez penal de funciones que le son propias, es colocarlo en un rol de mediador, no pudiendo incluso fallar ante solicitudes de penas arbitrarias, que podrían solicitar ya sea el ministerio público fiscal o las querellas particulares. Se lo desapoderaría, así, de su “juris dictio”, de poder decir e interpretar el derecho conforme al sistema jurídico vigente.

Esa solución, continuó, también ha sido la elegida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Marcilese, Pedro Julio s/homicidio calificado”, M. 866. XXXVI”, en fecha 15/08/02, considerando 10 del voto del juez Fayt⁹.

En esa línea, consideró que el tribunal de juicio se encuentra habilitado a imponer una pena superior a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal, siempre que haya coincidencia en cuanto a la culpabilidad del autor. El límite, entonces, solo se encuentra fijado por la ley penal aplicable.

Sobre el caso concreto analizado, indicó que toda vez que se verificaba coincidencia sobre la plataforma fáctica imputada, la calificación legal del delito en cuestión y la responsabilidad del imputado, oídas las partes, no viola el principio contradictorio si el tribunal difiere con la valoración del titular de la acción pública sobre las circunstancias fácticas que influyeron como atenuantes y agravantes en la

⁹ En tal precedente, el juez Fayt sostuvo que: “En efecto, si llegara a determinarse que la petición del acusador maniató la decisión de quien ha de juzgar, se estaría reconociendo a los acusadores su disponibilidad sobre el derecho penal. Como contrafaz de esta noción, debe subrayarse que la determinación del objeto mismo de la acusación no puede quedar en manos del tribunal, pues ello sí afectaría su imparcialidad. Así circunscripto, el principio acusatorio supone como regla de garantía que el juzgador sólo queda ligado a la acusación en el sentido de su imposibilidad de condenar a persona distinta de la acusada y por hechos distintos de los imputados, pero la solicitud concreta del fiscal en modo alguno lo vincula”. “El juzgador conserva el poder de decisión sobre la procedencia o improcedencia de la acusación contenida en el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Dicha decisión se enmarca dentro de la esfera propia de la función jurisdiccional, en cuanto compete al Poder Judicial la decisión final sobre el caso, aunque precedido del correspondiente juicio previo, por imperio constitucional -artículo 18 de la Constitución Nacional-, cuyo origen ha sido posible a instancias del requerimiento de elevación a juicio”.



determinación de la pena. Es que, las pautas reguladas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, necesarias para determinar el monto de la sanción, se encuentran dirigidas al juzgador, que es el único que tiene el deber de fijar ésta para el caso concreto materia de debate y pruebas durante el juicio.

En otro orden de ideas, sostuvo que el denominado principio acusatorio no se ve afectado, toda vez que el juicio respectivo se encontró circunscripto desde sus albores por la acusación fiscal que lo precedió, donde el imputado tuvo la chance procesal de controlar la prueba de cargo. Así, no se violó el artículo 18 de la Constitución Nacional en las formas sustanciales del juicio consistentes en la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada y valorada por los jueces naturales al determinar la pena en concreto.

Entendió que la defensa tuvo la oportunidad de alegar sobre el quantum de la pena efectivamente impuesta, y resaltó que nuestro ordenamiento [en relación con el C.P.P.N] no abre un debate luego de la finalización de los respectivos alegatos sobre la fundamentación, proporcionalidad, ni razonabilidad de la pena pedida por la parte acusadora.

Tampoco verificó violado el principio contradictorio, en tanto sostuvo que luego del desarrollo del debate, en pleno ejercicio de igualdad de armas procesales de las partes, se encuentra un fundado y razonado correlato entre los hechos y circunstancias que sustentan la acusación con el fallo; ni vulneradas disposiciones constitucionales o convencionales de jerarquía superior.

Por último explicó que las normas deben interpretarse armónicamente, partiendo del principio de que el legislador cuando sanciona una ley lo hace con previsión. Con esa lógica, consideró que cuando éste buscó limitar la potestad del juez para determinar el monto de la pena así lo hizo. En concreto, el artículo 431 bis del C.P.P.N, al legislar sobre 'juicio abreviado', establece en su inciso 5 de C.P.P.N.: "La sentencia... no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el ministerio fiscal", afirmando en éste instituto su naturaleza transaccional y negociable. Esa limitación, cerró, no se encuentra en el artículo 401 del C.P.P.N., sino por el contrario le da la facultad al juzgador de: "...dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves...".

- **Juez Daniel Antonio Petrone:**

Consideró que el Tribunal no fundó acabadamente los motivos para apartarse del monto de pena requerido por el representante del Ministerio Público Fiscal, incurriendo así en un injustificado exceso en el ejercicio de la jurisdicción, que necesariamente debía ser subsanado. Por lo cual, propuso anular la resolución puesta en



crisis únicamente en relación con la determinación de la pena impuesta, confirmándola en sus restantes términos.

En síntesis, consideró aplicable al caso el razonamiento expuesto por los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en su voto *in re* “Amodio”¹⁰, del cual citó varios pasajes.

Entre ellos, se destacan los siguientes: “...la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal...” (cons. 12°). En esa línea, “...toda vez que el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella..., cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita...” (cons. 16°).

- **Juez Diego G. Barroetaveña:**

En principio, observó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se pronunció en forma contraria a la posibilidad de que el Tribunal fije una pena superior a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal, toda vez que en los casos “Amodio” (fallos: 330:2658) y “Godoy” (fallos: 331:2827) resolvió, por mayoría, desestimar los recursos en trato en los términos del art. 280 del C.P.C.C.N, tal como bien había señalado la doctora Figueroa.

También que el leal acatamiento de los fallos del Máximo Tribunal se impone en atención a la autoridad institucional que revisten sus pronunciamientos dado su carácter de último intérprete y custodio de la Constitución Nacional (Fallos 307:1094 y 312:2007).

Sin embargo, agregó que es conocida la jurisprudencia del Alto Tribunal en cuanto dispone que “si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas vinculadas al objeto del litigio, el fallo que se dicte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos, en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (Fallos: 325:28, 331:2628 y 339:343, entre otros), circunstancia que, según su opinión, lo autorizaba a apartarse de aquella doctrina.

En ese orden de ideas, consideró que no puede soslayarse la voluntad legislativa expresada en esa materia a través de la sanción del Código Procesal Penal Federal (Decreto 118/19, B.O. 08/02/2019), como consecuencia de lo cual “...cobra relevancia el voto minoritario de los precedentes citados, mediante el cual se sostuvo la

¹⁰ *Ibidem* 8.



imposibilidad de excederse en el ejercicio de la jurisdicción al fijar una pena superior a la solicitada por el acusador”. Todo por lo cual adhirió a la solución propuesta por su colega Daniel Antonio Petrone.

b) Sala II.

Es del caso señalar que esta Sala recientemente ha visto modificada su integración con el ingreso del doctor Carlos A. Mahiques en remplazo de la doctora Ángela E. Ledesma, quien asumió la presidencia de ese Cuerpo durante el corriente 2020. Ello, conforme el sistema de rotación anual allí reglamentado, que importa que la composición de alguna de sus salas varíe periódicamente.

Dicho esto, se verifican algunos precedentes de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que pueden hacerse extensivos al delimitado supuesto aquí bajo análisis, mas no uno que, con su actual integración, reúna identidad fáctica.

Todo por lo cual, en este acápite se analizarán tres fallos que guardan correlación fáctica: el primero, resuelto por Ángela E. Ledesma y Alejandro W. Slokar, el siguiente por ellos dos y Guillermo J. Yacobucci y, el último, por Carlos A. Mahiques.

- **Caso:** “Rossi, Maximiliano Alberto” del 11/4/2012. Registro n° 19.799”¹¹.

- **Hechos:** el fiscal general, al momento de alegar en la audiencia de debate, requirió que se imponga al imputado la pena de un año y seis meses de prisión, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo simple. Sin embargo, el tribunal de juicio lo condenó a tres años de prisión a título de robo agravado por su comisión en banda. Contra esa sentencia, se alzó la defensa mediante recurso de casación.

- **Juez Alejandro W. Slokar**

Luego de examinar los alcances de los artículos 116, 120 y 18 de la Constitución Nacional, concluyó que los jueces no pueden fallar en exceso de la pretensión del fiscal, porque ella impone un límite a su jurisdicción para determinar la pena.

Entre sus fundamentos, se remitió a un voto concurrente con la doctora Ángela L. Ledesma en un caso anterior¹², donde sostuvieron que el derecho de defensa impone al juez juzgar de acuerdo al alcance que fija la acusación y cualquier intento por superar esa pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra *petita*. Por otro lado, que ello también implica la agravación de la situación del imputado sin que medie

¹¹ <http://www.infojus.gob.ar/descarga-archivo?guid=rstuvwfa-llos-comp-uest-o12261403pdf&name=12261403.pdf>

¹² C.F.C.P. Causa n° 12.945. Sala II. “Saavedra, Juan Carlos y otros s/recurso de casación”, del 9/02/12. Registro n° 19656.2



un pedido expreso de quien se encuentra autorizado para hacerlo, en contra de la prohibición de la *reformatio in peius*.

Por lo cual, consideró verificada en la sentencia recurrida una infracción a la ley y a la Constitución, en cuanto se impuso una pena superior a la requerida por el acusador.

- **Jueza Ángela E. Ledesma.**

La jueza Ledesma adhirió al voto de su colega Slokar, con remisión a un voto de ella en la causa “Luján, Marcos Antonio s/recurso de casación”¹³, y a la postura minoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya señalado caso “Amodio” (fallos 330:2658).

En el citado fallo Lujan, similar en cuanto a los hechos al aquí tratado, que data del año 2004, esa jueza trazó las primeras directrices de lo que posteriormente se convertiría en una posición jurídica seguida por muchos tribunales a nivel federal, mas no incontrovertida en la actualidad.

Consideró que el Tribunal de juicio no está facultado para imponer una pena más grave que la solicitada por el acusador. Observó que allí el contradictorio se vio afectado debido a que las circunstancias indicadas por los jueces en la sentencia para agravar la pena no habían sido introducidas durante el debate ni valoradas y, por lo tanto, la defensa no había podido ejercer ese derecho correctamente.

Entendió que el tribunal puede, en la sentencia y de oficio, introducir circunstancias que eliminan o aminoran la imputación, esto es, que benefician al imputado. Es posible, así, que la sentencia incorpore, de oficio, si resultara del debate, una causa de justificación, o una de inculpabilidad, o una excusa absolutoria e, incluso, alguna que aminore la culpabilidad ya que se realiza en beneficio del imputado; estándoles vedada dicha facultad si se trata de una cuestión que será valorada en su contra ya que ello implicaría violar el derecho de defensa en juicio.

En consecuencia, observó que el *quantum* de pena solicitada por el fiscal resulta un tope para el ejercicio de la función jurisdiccional, aun cuando no imponga la agravante pretendida por aquél, ya que no se trata de una cuestión de topes, sino de motivos. Con esa lógica, la introducción de cuestiones no pedidas por las partes, y en consecuencia, no contradichas, impide que se las refute correctamente.

¹³ C.F.C.P. Sala III. Causa n° 4833, “Luján, Marcos Antonio s/recurso de casación”, del 3/05/04. Registro n° Registro n° 229.04.3.



Por último, en fallos de reciente data, cuyos criterios *mutatis mutandis* pueden aplicarse a casos como el antes descrito, la doctora Ledesma consideró que si ambas partes [fiscal y defensa] arribaron a un acuerdo, ello constituye el límite fijado, por lo que el magistrado está vedado en ir más allá de la pretensión concreta del fiscal en función del principio acusatorio y la garantía de imparcialidad¹⁴¹⁵.

- **Caso:** “Venencio, Nahuel Fernando y Canteros, Jonatan Adrián s/ recurso de casación”, del 3/10/19. Registro n°1940-19.

- **Hechos:** el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, coincidió con la defensa de un condenado, en cuanto a que el tribunal *a quo* había incurrido en una afectación a la garantía de *reformatio in pejus* por incrementar la pena impuesta luego de un reenvío de ese Tribunal revisor.

- **Guillermo J. Yacobucci:**

En este caso, los doctores Yacobucci y Slokar adhirieron al voto de la doctora Ledesma, a través del cual consideró que ante la ausencia de controversia entre las partes, el planteo relacionado con que el monto de pena impuesta resultaba excesivo por violar la garantía de *la reformatio in pejus*, lo cual sellaba la suerte de ese planteo.

Sobre el punto, se señaló que la función jurisdiccional que compete a cada tribunal interviniente se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio que diseña nuestra Constitución Nacional (art. 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP -que expresamente ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los considerandos 7° y 15° del precedente

¹⁴ C.F.C.P. Sala II “Villa, Susana Graciela s/ recurso de casación”, del 29/11/19. Registro n° 2383/19.

¹⁵ En esa oportunidad, la doctora Ledesma se apoyó en el voto minoritario de la C.S.J.N in re “Amodio” y, también, hizo remisión a los fallos, “Fagundez, Héctor Oscar y otro s/ causa n° 7035”, F.452.XLIII (voto compartido en este precedente con el Dr. Carlos S. “Frias, Roque Francisco s/ causa n° 6815”, F.127.XLIII, y “Trinidad Noguera, Carlos Alberto s/ causa n° 7313”, T.502.XLIII -los tres últimos de fecha 12 de agosto de 2008-; “Fernández Alegría, Jorge s/ ley 23.771 y 24.769 -causa 1977/04-”, F.1435.XLII, de fecha 2 de junio de 2009; “Sosa Fernández, David Martín s/causa n° 12.837”, S.97.XLVII, de fecha 18 de diciembre de 2012, “Arias, Walter Elvio y otros s/ causa n° 12.792”, A.1107.XLVII, de fecha 5 de febrero de 2013; “González, Mariano Oscar s/causa n° 90.720”, G.107.XLVIII, de fecha 26 de marzo de 2013; “Pinchulef, Marcelino Domingo s/abuso sexual agravado -causa n° 25.763/12-”, P. 606. XLVIII, del 5 de noviembre de 2013; “Candisano de Piñero, Blanca Esther s/ falsedad ideológica”, causa n° 40/2012, C. 163. XLIX., de fecha 17 de diciembre 2013; “Tornello Ruiz, Héctor Javier s/ estafa -causa 98593-”, T.253. XLVII, del 15 de abril de 2014; “Chiesa, Patricia Inés s/ recurso de hecho”, C. 715. XLIX., de fecha 27 de mayo 2014; “Baz, Víctor Alejandro y Ferrario, Tomás Alejandro s/ recurso extraordinario federal”, B. 741. XLIX., de fecha 15 de julio de 2014 y “Palacio, Rubén Gabriel s/ abuso sexual agravado reiterado”, causa 1644/12, P. 785. XLIX., de fecha 5 de agosto de 2014.



“Casal” Fallos 328:3399-), cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación.

En un reciente caso, cuyo marco fáctico difiere del aquí analizado -en tanto se trata de un extrañamiento- pero cuya lógica de resolución bien puede ser extrapolada al presente¹⁶, el doctor Yacobucci consideró que las referencias al sistema “acusatorio” no permiten *per se* definir sus concretas características frente al procedimiento penal federal. Es que, agregó, la adopción de tal principio tiene marcadas peculiaridades en el derecho procesal comparado, internacional, y de nuestra organización provincial. Expresado entonces sin más referencias, no resulta otra cosa que un argumento de naturaleza retórica y reclama una puesta en relación con reglas y directivas constitucionales y legales que hacen a la específica cuestión a resolver.

Así, por ejemplo, aseveró que no puede ser determinante una presentación o postura que implique la violación del orden público, o suponga un caso de gravedad institucional o que resulte absurda, amañada o muestre una prevaricación –obrar ilícito- en la actuación del representante fiscal. Y que la definición del control de constitucionalidad de una norma no forma parte de aquellas competencias que pueda determinar el Ministerio Público Fiscal, pues resulta propia de la investidura de los magistrados y magistradas jurisdiccionales.

En definitiva, reflexionó que, aún bajo el marco acusatorio habrá pronunciamientos de la fiscalía que ingresen al campo de su disponibilidad -y vinculen a la jurisdicción- y otros que carezcan de esa aptitud.

Sentado lo expuesto, observó que se deben tener en consideración los lineamientos fijados por el ya sancionado Código Procesal Penal Federal, en tanto se encuentra implementado y aplicado -plenamente- en las provincias de Salta y Jujuy y -algunas de sus disposiciones- en todo el país (Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Procesal Penal Federal).

Bajo tales premisas, enseñó que las reglas propias del sistema acusatorio y de simple litigación que adopta el Código Procesal Penal Federal, imponen determinar si lo convenido por las partes no entra en colisión con la Constitución, genera un caso de gravedad institucional o de quebrantamiento del orden público, en cuyos casos resultará vinculante para el juez.

• **Caso:** “González, César Adrián y otros s/recurso de casación”, del 13 de septiembre de 2019. Registro n° 1712/19.

¹⁶ C.F.C.P. Sala II, causa N° CFP 7490/2018/TO1/3/CFC2, “GUTIERREZ CHURATA, Benito Max s/recurso de casación”, del 25 de junio de 2020. Registro n° 5494/2020.



- **Hechos:** En un caso en que un Tribunal Oral dictó una pena superior a la solicitada por el fiscal, la defensa, siguiendo la doctrina de la Corte en el fallo “Mostaccio”, consideró que la jurisdicción del juez encontraba un límite en el pedido de pena efectuado por el titular de la vindicta pública.

- **Juez Carlos A. Mahiques.**

Entendió que el monto de pena solicitado por el Ministerio Público Fiscal no resulta vinculante para el juzgador y, por ende, dicha circunstancia no afecta el principio acusatorio tal como postularon los recurrentes.

Se remitió a los fundamentos que desarrolló en casos anteriores¹⁷, donde indicó que la consideración de los factores para la determinación de la pena es una facultad propia de los jueces de mérito, siendo necesario para la procedencia de la impugnación, que el recurrente demuestre que en tal decisión se encuentra presente un vicio o defecto en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas para el juicio de mensura punitiva, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, o una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del *quantum* de pena, tornándola inusitada o desproporcionada, y habilitando de tal manera su control ante esta instancia.¹⁸

c) **Sala III**

- **Caso:** “Alva Aguado, Bryan Joseph y otros s/recurso de casación”, del 5 de agosto de 2020. Registro n° 1078.

- **Hechos:** La defensa invocó la arbitrariedad del monto de la pena impuesta por un tribunal oral a su pupila, por resultar mayor a la solicitada por el fiscal. Alegó una clara afectación al principio acusatorio, al derecho de defensa en juicio, a la garantía de imparcialidad y al debido proceso legal.

¹⁷ En concreto, sus votos en la Sala III de la C.F.C.P., causas n° CFP 9810/2004/TO1/CFC1, “D’Elía, Luis Angel s/recurso de casación”, Reg. n° 1510/18, rta. 12/11/18 y n° FCB 14009/2013/TO1/CFC9 “SOSA, Gustavo Rafael y otros/recurso de casación”, Reg. n°1007/19, rta. 26/06/19.

¹⁸ Sobre el punto, señaló correspondía observar sus votos en la Sala II del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, causas N°23.560, “Iman, Diego Miguel”, rta. 26/9/2006; N°22.278, “Jany, Andrés José”, rta. 31/10/2006; N°16.220, “Attardo, Mario Alejandro”, rta. 28/12/2006; N°17.834, “Vicente, Javier Omar”, rta. 3/5/2007; N°30.936, “Corbalán, Hernán Domingo s/recurso de casación”, rta. 18/9/2008; N°27.732, “Pérez, Isidro Héctor s/recurso de casación”, rta. 16/10/2008; N°23.569, “Navarro, Ramón Santos s/recurso de casación”, rta. 1/12/2009; entre muchas otras; y Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, causa n° CCC 6705/2012/TO1/CNC1, “Jiménez, Roberto Claudio y otro s/robo en tentativa” -Registros nos. 246/15, 416/15, 418/15, y 420/15) y su voto en fallo plenario del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, nro. 6467, “Fiscal ante el Tribunal de Casación solicita Acuerdo Plenario”, entre muchos otros).



- **Juez Eduardo R. Riggi:**

Se remitió a un voto anterior¹⁹, en el cual sostuvo que afirmar que el requerimiento punitivo, luego del debate, despoja o pone un límite a la jurisdicción del tribunal, afecta gravemente el principio republicano de gobierno que adopta nuestra Carta Magna, regido por el clásico sistema de división de poderes.

Sostener que el monto de pena solicitado por el fiscal es ineludible para el tribunal, a su juicio, escaparía del marco de promoción y ejercicio de la acción pública, e implicaría un avance y avasallamiento de las facultades judiciales que la Constitución Nacional ha reservado a un poder distinto e independiente. También, importaría consagrar un sistema dispositivo de la acción penal -que no deriva del artículo 120 de la Constitución Nacional, ni en particular *'a contrario sensu'* de la segunda frase del artículo 5 del Código Procesal Penal de la Nación-, toda vez que así ineludiblemente se invade la esfera jurisdiccional, y se le acuerda indebido predominio a la opinión de una de las partes, que culmina erigida en árbitro del proceso penal, por sobre la voluntad y decisión del tribunal.

En ese orden de ideas, agregó, que “es requisito del sistema acusatorio - predominante en el plenario- la igualdad de las partes, la que obviamente se destruye cuando una de ellas, resulta provista de la capacidad de disposición que sólo es privativa de los jueces de la República.”. Y observó que “...cuando el Tribunal Oral no coincide con el requerimiento de pena presentado por el fiscal de juicio, está ejerciendo un control -por un órgano de distinto poder- sobre la labor de quien es el titular de la acción pública en representación del Estado, lo cual constituye el más acabado ejercicio del principio republicano de gobierno referido”.

Por otra parte, señaló que para mayor seguridad, se cuenta con la posibilidad de que la decisión del tribunal de juicio sea revisada por tres jueces de una Sala de la Cámara Federal de Casación Penal y, si median los extremos exigidos que permiten el recurso extraordinario, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A lo cual, se suma la publicidad que acuerda la oralidad, que garantiza la participación y el control de los actos jurisdiccionales.

Agregó que, teniendo a la vista un proceso penal equitativo, respetuoso y protector de las normas y garantías fundamentales en un Estado de derecho -en juego en una comunidad democrática y participativa-, el Ministerio Público Fiscal puede impugnar lo resuelto en la anterior instancia ante este tribunal superior, y también hacer lo propio en su caso ante la Corte Suprema, habida cuenta que nuestro código actual [en

¹⁹ C.F.C.P. Causa n° 3933 “Solís, Miguel C. y otro s/rec. de casación”, reg. n° 655/02, del 18/11/2002.



referencia al C.P.P.N] expresamente establece que el Ministerio Fiscal podrá recurrir "inclusive a favor del imputado" (conf. artículo 433, CPPN).

Sobre la vinculación de su posición con las reglas de corte acusatorio instauradas por el Código Procesal Penal Federal, ya indiscutiblemente aplicables a ciertos procesos, indicó que: “Este es el camino seguido por las recientes reformas procesales, que sin duda introducen procedimientos más garantistas y transparentes, en el que el Tribunal Oral juzga sin haber participado en la investigación previa -ello como principio, y salvo la limitada excepción del artículo 357 del Código Procesal Penal de la Nación-, donde esta Cámara de Casación...controla la observancia del derecho y la logicidad argumental, y en el que la Corte Suprema vigila el respeto del ordenamiento constitucional.” Sin embargo, “...la postura que sostenemos garantiza el contradictorio y la defensa de los imputados, pues a nuestro juicio, mediando su aplicación ocurre la necesaria observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del reo, los que no actuarían obligados ni violentados, sino independientemente, ante un dictamen carente de entidad vinculante.”.

En esa línea hermenéutica, reafirmó el deber de garantizar el más amplio respeto al derecho constitucional de defensa en juicio durante todo el proceso, con apego a las reglas y principios del derecho procesal; y en tales circunstancias, no advirtió que pueda sufrir afectación ese derecho cuando el fiscal solicita la aplicación de una determinada pena, y que el Tribunal, fundadamente, imponga una mayor dentro de la escala punitiva prevista por la ley.

En definitiva, observó que lo expuesto garantiza el contradictorio y demuestra la inexistencia de menoscabo alguno del derecho de defensa en juicio, tal como se sigue de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que incluye innumerables decisorios sobre los requisitos de esa garantía constitucional, donde requiere que se otorgue a los interesados la ocasión adecuada para su audiencia y prueba, en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales, aclarando que ese derecho no es absoluto, sino que está sujeto a las reglamentaciones necesarias para hacerlo compatible con los derechos de los demás litigantes y con el interés social de obtener una justicia eficaz²⁰.

• **Juez Juan Carlos Gemignani:** consideró suficiente la respuesta dada por el doctor Riggi a los planteos efectuados por el recurrente y, por ello, se sumó a la propuesta de rechazar el remedio procesal intentando.

²⁰ C.S.J.N Fallos: 290:297 y 212:473.



- **Jueza Liliana Elena Catucci:** Entendió, en la misma dirección, que el monto de la pena impuesto al acusado se encontró a cubierto de la tacha de arbitrariedad alegada y resultó ajustado a lo establecido en los arts. 40 y 41 del C.P; por lo cual también postuló el rechazo del recurso impetrado.

d) Sala IV.

- **Caso:** “Marcolongo, Reynaldo Oreste y otros s/ recurso de casación”, del 10 de octubre de 2019. Registro n° 2038/19.4.

- **Hechos:** un tribunal criminal federal de Córdoba, por mayoría, condenó a un acusado por el mismo delito y grado de participación solicitado por el fiscal interviniente -coautor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y guarda de elementos para la producción de estupefacientes-. Sin embargo, decidió imponerle una pena de prisión seis meses mayor a la solicitada por éste [en definitiva, cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales, y costas; art. 5 incs. “a” y “c” de la ley 23.737, art. 12 y 45 del C.P.; arts. 403 y 531 del C.P.P.N]; decisión que fue recurrida por su defensa oficial.

- **Juez Javier Carbajo:**

Observó que el planteo efectuado imponía determinar el alcance que cabe asignar al derecho constitucional de defensa de quien se encuentra sometido a juicio, garantía que involucra no sólo el derecho de manifestarse en relación con los hechos materia de acusación sino también la de argumentar respecto de la pena pedida por el titular de la acción y oída en el juicio.

Consideró que cuando el acusador concreta su pretensión punitiva, ella queda sujeta a la dinámica del principio contradictorio que le acuerda al destinatario la posibilidad de refutarla, resultando ese monto individualizado el único que puede ser contradicho por la defensa, ministerio cuyo ejercicio se vería conculcado si el juzgador al momento de individualizar la sanción pudiese, sorteando las reglas de aquel principio, imponer una mayor.

En esa dirección, observó que la separación de las funciones de acusar y decidir constituye uno de los vértices sobre los que se sostiene la garantía de la imparcialidad del juez (art. 18 de la Constitución Nacional) y la esencia de la independencia y autonomía funcional que el constituyente le asignó al Ministerio Público Fiscal (art. 120 de la Constitución Nacional).

Así, afirmó, la pretensión punitiva se expresa en el momento de los alegatos, por lo tanto si la absolución propiciada por el ministerio público resulta vinculante para el Tribunal (doctrina de Fallos 327:120), y ello como una manifestación de la garantía del debido proceso penal, va de suyo que igual suerte debe seguir la relación entre la sanción



peticionada y la que finalmente se impone. Ello, “...aun cuando el modelo de enjuiciamiento criminal pertenezca a los denominados “sistemas mixtos” -hoy en período de paulatina modificación, en camino hacia el sistema acusatorio pleno-, la etapa del debate materializa principios de claro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y lo Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)”.

En consecuencia, sostuvo, la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se encuentra limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal, tal como surge del ya señalado precedente “Amodio”.

Sobre la base de lo expuesto, afirmó participar de la posición que sostiene que el tribunal de juicio no puede rebasar el *quantum* de la pena solicitada por la acusación, doctrina acorde con el reparto de roles entre acusación, defensa y juez y, en concreto, en sintonía con la evidente separación de la función acusadora y juzgadora. De lo contrario, se verificaría un exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional en la medida que el sentenciante superaría la pretensión punitiva del órgano acusador e impidiendo con ello el pleno ejercicio de la garantía constitucional de la defensa en juicio en lo que respecta a la individualización de la pena impuesta.

En definitiva, consideró que la pena solicitada por el fiscal debía constituir el límite para él, por ello postuló que se hiciera lugar a ese agravio llevado a su consideración.

- **Juez Gustavo M. Hornos:**

En igual sentido que el juez Carbajo, consideró que el fallo pronunciado, en cuanto al punto aquí tratado, constituyó una violación a las garantías de imparcialidad del juzgador, debido proceso y defensa en juicio.

También entendió que la acusación, válidamente fundada, como componente de una de las formas esenciales del proceso, limita al órgano jurisdiccional no sólo prohibiendo que se arribe a una sentencia condenatoria alterando la base fáctica, sino también a la pretensión punitiva delimitada en aquélla. Por ende, una extralimitación en tal sentido, importa un ejercicio jurisdiccional *extra petita o ultra petita*, vulnerando la prohibición de la *reformatio in peius*.



Consideró que la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se encuentra limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal.

Afirmó que el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, y que en el *sub examine* se verificó un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el tribunal sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de esa garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta²¹.

Entendió que su posición era congruente con lo dicho por la Corte en “Cattonar” -aplicando la doctrina de “Tarifeño”, oportunidad en la cual el Máximo Tribunal indicó que para que se respeten las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, la sentencia condenatoria debe ser dictada mediando acusación²².

En esa línea de análisis, resaltó que la acusación es la forma sustancial de todo proceso penal que rige en salvaguarda de la defensa en juicio del justiciable, sin que tenga otro alcance que el de dotar de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (cfr. C.S.J.N. en los precedentes “Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación”, rta. el 13/08/98 (Fallos: 321:2021) y “Del’Olio, Edgardo Luis y Del’Olio, Juan Carlos s/ defraudación por administración fraudulenta” -Causa D. 45. XLI, Recurso de Hecho, rta. el 11/07/06-.

En esa telesis, agregó que la Corte en el fallo “Quiroga” (327:5863; del 23/12/2004) señaló que “si el acusador declina la prosecución del proceso el juzgador no puede suplantarle en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación”.

En definitiva, consideró que los precedentes del Máximo Tribunal antes citados, constituyen claros ejemplos que dan cuenta que, de no mediar acusación en la audiencia de debate, el tribunal de juicio se ve impedido de pronunciar una sentencia condenatoria.

- **Juez Mariano Hernán Borinsky:**

²¹ Ello, conforme su voto en la causa “Taviansky” esa Cámara. Reg. n° 2551, rta. el 29 de diciembre de 2015.

²² C.S.J.N “Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso real con abuso de autoridad” (Fallos: 325:2019); “García, José Armando s/ p.s.a. estelionato y uso de documento público falso en concurso ideal s/ casación”, (Fallos: 318:1234); y “Cattonar, Julio Pablo s/ abuso deshonesto” (Fallos: 268:266).



Adhirió a la solución propiciada por los colegas que lo precedieron en el acuerdo respectivo.

Consideró que en tanto no fue cuestionada la escala legal aplicable, se encuentra prohibido al Tribunal proceder oficiosamente, imponiendo una pena superior a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal. Ello, a partir de la división funcional entre el juzgador y el acusador, en tanto el poder jurisdiccional se halla limitado en su actuación a la pretensión punitiva de un órgano acusador externo -público o privado- en resguardo del debido proceso y el aseguramiento del derecho de defensa²³. Por lo cual, la jurisdicción del *a quo* se encontraba limitada al concreto pedido de pena de prisión solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal en la oportunidad prevista por el art. 393 del ordenamiento procesal.

III. Reflexiones finales:

1. Después de individualizar la opinión de los trece titulares de la Cámara Federal de Casación Penal, es posible concluir que el interrogante que diera origen al presente trabajo: *¿Se encuentra habilitado el tribunal a imponer una pena mayor a la solicitada por las partes?*, no tiene una respuesta unísona. Repasemos.

Por la afirmativa, se expidieron las juezas Liliana E. Catucci, Ana María Figueroa y los jueces Eduardo R. Riggi, Juan Carlos Gemignani y Carlos A. Mahiques. Por la negativa, los magistrados Diego G. Barroetaveña, Daniel A. Petrone, Gustavo M. Hornos, Mariano N. Borinsky, Javier Carbajo, Alejandro W. Slokar, Guillermo J. Yacobucci y la magistrada Ángela E. Ledesma.

2. Es posible colegir, también, que el descripto cuadro de situación aconseja la reunión en pleno de la Cámara Federal de Casación Penal para el dictado de un fallo que unifique la jurisprudencia de sus salas y, así, evite que la situación procesal del justiciable pueda variar sustancialmente de acuerdo al órgano jurisdiccional actuante. Máxime, por tratarse de una cuestión de suma trascendencia dentro del proceso penal,

²³ (cfr. en lo pertinente y aplicable, Sala IV, causa N° 703/13, “Faur, Jonathan Roberto s/recurso de casación”, reg. n° 1749.14.4, rta. el 02/09/2014; causa Nro. FSM 959/2013/TO1/CFC1, “Pintos, Walter Ariel y otros s/recurso de casación”, reg. n° 927.16.4, rta. el 14/07/2016; causa FSM 29779/2014/TO1/CFC4, caratulada “Charras, Dylan Ignacio s/ recursos de casación”, reg. n° 1816/17.4, rta. el 19/12/2017; causa FRE 91001458/2011/TO1/CFC1, “Hermosa, Nicasio y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1930/18.4, rta. el 07/12/2018; causa n° FCB 22018557/2013/TO2/CFC2, “Ferreya, Rodrigo y otros s/recurso de casación”, reg. n° 192/19.4, rta. el 26/02/2019; entre muchas otras). En efecto, a la luz de la escala legal aplicable tras la confirmación de la calificación legal adoptada por el sentenciante (art. 5, incs. “a” y “c” de la Ley 23.737)



como es la relacionada con el *quantum* de la pena habilitada a imponer por un tribunal de justicia²⁴.

En efecto, más allá de la interpretación y aplicación de normas y principios que puedan efectuar jueces y juezas según su criterio jurídico individual, conforme autoriza el diseño constitucional vigente en nuestro ordenamiento jurídico, no debe perderse de vista que una de las funciones asignadas por ley a la Cámara Federal de Casación Penal consiste en unificar la jurisprudencia de sus salas y corregir el *strepitus fori* que implica el dictado de sentencias contradictorias^{25 26}.

A ello, debe sumarse que, según nuestra Corte, “siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten [su competencia], por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, éstos deben ser tratados previamente por la Cámara [Federal] de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48”.²⁷ Lo cual, en los hechos, importa que la doctrina de ese Tribunal Casatorio -sea por el principio de leal acatamiento de los fallos del superior o por una cuestión de economía procesal-, guíe las decisiones de los juzgados y tribunales federales del país; circunstancia que refuerza

²⁴ Por caso, las Salas I -por mayoría-, II -por mayoría- y IV -de modo unánime- de la Cámara Federal de Casación Penal, según lo visto, rechazan el dictado de una pena superior a la solicitada por fiscalía y/o querrela, mientras que la Sala III, por unanimidad, lo avalan.

²⁵ C.S.J.N. “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo en grado de tentativa -causa n° 1681-. C. 1757. XL. RHE”, del 20/09/2005. Si bien es cierto que a partir de este fallo, se amplía la competencia de la Cámara Federal de Casación para efectuar un máximo esfuerzo en la revisión de cuestiones de hechos y prueba, pues un recurso que sólo habilitase la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único o preponderante de unificar la interpretación de la ley, violaría lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No lo es menos que, aun en carácter de rol secundario, se reconoció esa función de unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento (considerando 13° del voto mayoritario).

²⁶ Ley n° 24.05. “Competencia penal...” (B.O 30/12/91). Artículo 10. - La CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL se reunirá en Tribunal pleno: a) Para reglamentar su labor o la distribución de la labor de sus Salas. b) Para unificar la jurisprudencia de sus Salas o evitar sentencias contradictorias. c) Para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso cuando la Cámara, a iniciativa de cualquiera de sus Salas, entendiera que es conveniente. La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la Cámara, para los Tribunales Orales, Cámaras de Apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal. La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria. Artículo 11. - También darán lugar a la reunión de la Cámara de Casación en pleno las sentencias que contradigan otra anterior de la misma Cámara, cuando el precedente haya sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva de ese Tribunal. La impugnación tendiente a la convocatoria del Tribunal en Pleno deberá ser interpuesta y fundada dentro de los CINCO (5) días, ante la Sala interviniente. La Cámara establecerá la doctrina aplicable y si la del fallo impugnado no se ajustare a aquélla, lo declarará nulo y dictará sentencia acorde con la doctrina establecida. Hasta tanto la Cámara resuelva sobre la procedencia o no de la impugnación, la sentencia quedará suspendida en su ejecución.

²⁷ C.S.J.N “Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación”, del 3 de mayo de 2005.



la necesidad del dictado de un fallo plenario que unifique una postura sobre la cuestión aquí tratada.

3. Sentado a lo expuesto, a continuación acompaño mi enfoque sobre el interrogante que da título a este artículo.

Si bien coincido con la solución arribada por la mayoría de la Cámara Federal de Casación en cuanto limita la posibilidad del juzgador para imponer una pena superior a la solicitada por las partes, lo hago por fundamentos de distinto orden. Veamos.

El artículo 401 del Código Procesal Penal de la Nación habilita al tribunal, bajo cierta condición, a imponer una pena más grave a la solicitada por las partes²⁸. Sin embargo, el artículo 307 del nuevo ordenamiento ritual, con efectos sobre los procesos que se inicien desde su entrada en vigencia en las respectivas jurisdicciones -hasta la fecha, sólo Jujuy y Salta-²⁹, veda esa posibilidad de modo expreso³⁰.

Lo expuesto exhibe que nos encontramos ante dos normas de naturaleza procesal vigentes pero antagónicas que, además, se relacionan directamente con una indiscutible cuestión de derecho material, como es el tope de la pena imponible en un determinado supuesto.

Como se vio, la postura mayoritaria de los integrantes del citado Tribunal encuentra inaplicable la porción del artículo 401 del C.P.P.N que autoriza al juez a imponer una pena más grave que la solicitada, por ser contrario el principio acusatorio sobre el cual debe reposar el sistema de enjuiciamiento penal, según el diseño constitucional y convencional que nos rige actualmente³¹. Empero, no declaran su inconstitucionalidad.

Concuerdo en que esa declaración de invalidez es innecesaria. Ello, por razones de orden histórico/tradicional, que enseñan que la jurisprudencia no avanzó sobre las leyes procesales, sino que acompañó la progresiva adecuación legal al objetivo constitucional que fija un proceso penal acusatorio y con participación popular³². También, por respeto a la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, desde el año 1864, afirma que las leyes deben interpretarse de manera que se

²⁸ *Ibidem* 6.

²⁹ Resoluciones 1 y 2/2019 de la Comisión de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/209164/20190606> y <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/221385/20191119>

³⁰

³¹ Artículos 116, 120, 18, 75 inc. 22 de la C.N; 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP

³² En tal sentido, Considerando 7° del ya citado fallo de la C.S.J.N. “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo en grado de tentativa -causa n° 1681-. C. 1757. XL. RHE, del 20/09/2005.



concilien y no se destruyan entre sí, sus diversas disposiciones³³, ya que constituye la *última ratio* del orden jurídico.

Considero, en definitiva, que los fundamentos en que debería apoyarse la limitación al poder punitivo del tribunal deben girar en torno al principio constitucional y convencional conocido como *pro homine*, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos³⁴. También, alrededor del principio de benignidad, de igual orden, que reconoce efectos retroactivos a la ley penal más favorable³⁵ -en este caso, el artículo 307 de C.P.P.F-; y que, según la tesis que adscribo, no diferencia entre normas penales y procesales, considerando al debido proceso como parte del derecho material^{36,37}. Ello, de mínima, en las jurisdicciones donde el Código Procesal Penal Federal, ya es aplicable.

³³ C.S.J.N fallos 1:297 “Criminal c/ Calvete, Benjamin”, del 13 de julio de 1864. <http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=1&pagina=297#page=297>

³⁴ Mónica Pinto. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en el libro “La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”. Editores del Puerto. 1997. Allí, explica que el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos (V. gr., art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño).

³⁵ Arts. 18 C.N , 9 C.A.D.H, 15 del P.I.D.C., 11 de la D.U.D.H y 2 del Código Penal.

³⁶La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derechos de la UBA, 2013, “La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino” Artículo 9 “Principio de Legalidad y Retroactividad”, por María Luisa Pique, <file:///D:/Desktop/Art%C3%ADculos/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>

³⁷ En sentido similar, Eugenio R. Zaffaroni, sostiene que la postura contraria, que deja fuera de aquella expresión a la ley procesal posterior a la comisión del supuesto de hecho típico, se funda en la teoría de las normas, conforme a la cual las disposiciones penales sustantivas estarían dirigidas a los particulares mientras que las procesales tendrían a los jueces por destinatarios. Pero a ello aporta dos argumentos más: “(a) Un proceso penal tiene una conclusión binaria (pena o no pena); y si al momento del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una no pena, no había conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida. No hay amenaza penal cuando no se puede amenazar con algo que ya no se puede realizar (...). (b) El otro argumento es exegético e histórico: cuando el art. 18 CN dice juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, no parece dejar fuera la ley procesal, sino todo lo contrario” (Cfr. Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos



La solución aquí propuesta, por otra parte, parece ir en línea con el fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa “*Oliva*”, del 27 de agosto del corriente 2020³⁸. Ese caso, se relacionó con la aplicación de un artículo del Código Procesal Penal Federal que regula el acuerdo conciliatorio previsto en el artículo 59 inc. 6° del Código Penal, el cual había sido rechazado por el tribunal interviniente con fundamento en que ese ordenamiento ritual todavía no se encontraba implementado.

En esta reciente oportunidad, el Máximo Tribunal hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario impetrado y dejó sin efecto la sentencia apelada. Para así decidir, se remitió a los fundamentos del Procurador General, quien indicó, en lo que aquí concierne, que “Es sabido que las sentencias de la Corte deben ajustarse a las circunstancias existentes en el momento en que se dictan, aunque hayan sobrevenido a la interposición del recurso extraordinario, como ocurre cuando en el transcurso del proceso son dictadas nuevas normas sobre la materia objeto del litigio que reclaman aplicación inmediata (Fallos: 324:1213, 3948; 325:1440; 327:4199; 339:1478). En consecuencia, es pertinente señalar que por resolución 2/2/2019 del 13 de noviembre pasado (B.O. 19/11/2019) la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal decidió implementar, a partir del tercer día hábil de la publicación de la norma y en el ámbito de la justicia federal y nacional en lo penal, el artículo 34 del nuevo código de forma, referido a la conciliación entre el imputado y la víctima. Con el mencionado cambio legislativo, lo resuelto en esta causa ya no puede mantenerse por sus fundamentos, razón por la cual opino que V.E. debe dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y ordenar el dictado de uno nuevo con arreglo a la normativa vigente”.

De lo expuesto se colige que, más allá de los principios *pro homine* y de ley procesal penal más benigna, que aconsejan la aplicación del artículo 307 del Código Procesal Penal Federal por sobre el 401 del Código Procesal Penal de la Nación -cuanto menos en las jurisdicciones donde se encuentra implementado-, el citado precedente nos hace presumir que, más temprano que tarde, las reglas del nuevo ordenamiento se harán aplicables retroactivamente a las decisiones en curso de resolución por el anterior sistema. Esta situación podría generar perjuicios de imposible reparación ulterior y un dispendio jurisdiccional innecesario, que entiendo evitables con la solución aquí presentada.

4. A modo de cierre, opino que con el objeto de evitar que el sistema de progresividad territorial fijado para la adaptación del Código Procesal Penal Federal genere situaciones de desigualdad ante la ley, relacionadas con el goce de las garantías constitucionales respecto de procesos de similares características en los que el único

Aires, 2005, p. 123). Esta posición fue citada en un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal 20 de la Capital Federal, del 11/12/15.

³⁸C.S.J.N, causa 9963/2015/TOI/2/1/RH1 “*Oliva*, s/ incidente de recurso extraordinario”. [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Oliva%20\(causa%20N%C2%B0%209963\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Oliva%20(causa%20N%C2%B0%209963).pdf)



elemento diferencial radique en el lugar de emplazamiento del órgano jurisdiccional actuante, deviene necesaria la inmediata implementación del artículo 307 de ese digesto en todas las jurisdicciones federales del país. Ello, tal como se efectuó con otros artículos de ese ordenamiento a través de la Resolución n° 2/2019 de la ya citada Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal.

Con este efugio, vislumbro, se podría evitar una proliferación de planteos judiciales tendientes a equiparar normativas antagónicas, hoy pasibles de atentar contra garantías fundamentales de los/as justiciables.