



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

Reg. n° 407/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 03 días del mes de septiembre de 2015, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis M. García, Horacio Días y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 644/655 en esta causa n° 20082/2012, caratulada “**Ceballos, Daniel Eduardo s/ Robo agravado**”, de la que

RESULTA:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 7, por mayoría, el 6 de marzo de 2015 impuso a Daniel Eduardo Ceballos la pena de 3 años y 8 meses de prisión, accesorias legales y costas.

II. Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad la defensora pública oficial, Verónica Blanco (fs. 644/655), el que fue concedido por el tribunal *a quo* (fs. 656) y declarado admisible por la sala de turno de admisibilidad (fs. 667).

III. La defensa encausó sus agravios por ambos incisos del art. 456, CPPN.

Entendió que el monto de la pena impuesta fue arbitrario, desproporcionado y vulneró el principio de culpabilidad. Recordó que en la audiencia previa a la sentencia cuestionada, el fiscal dijo que mantenía su dictamen anterior donde había solicitado la pena de 5 años y 6 meses de prisión. Luego, en el acta de fs. 398 / 407 “ ... *consta que el Fiscal valoró ‘agravantes y atenuantes’, sin que se haya indicado si tal genérica alusión fue la que, efectivamente, utilizó el Fiscal, o si se dio contenido a tales conceptos en aquélla oportunidad...*”. La defensora pública recordó que la nueva pena no

podía superar los cinco años para evitar caer en la *reformatio in pejus*. Y que no podía fijarse un monto de pena superior al mínimo legal, pues en la sentencia anulada no habían sido valorados agravantes (cfr. fs. 648 vta.).

IV. Memoró que la mayoría del tribunal *a quo* se apartó del mínimo de la escala penal aplicable en virtud de tres agravantes: a) los antecedentes que registra Ceballos; b) que se trató de dos hechos; y c) la violencia desplegada al pegar un "culatazo" en la cabeza de la víctima en el segundo de los sucesos. Según la recurrente, la valoración de estas agravantes afectó el derecho de defensa de Ceballos y la garantía del debido proceso – como sostuvo el juez Salas en su disidencia – y constituían un caso de *reformatio in pejus*, toda vez que en la sentencia anulada parcialmente por la Cámara Federal de Casación Penal, se había afirmado que no mediaban agravantes ni genéricas ni específicas, valoración que no controvertida ni por la defensa ni por la fiscalía, por lo cual era podía inmodificable por el tribunal de mérito. “...En este contexto, la valoración de las circunstancias agravantes por parte del Tribunal referidas a los antecedentes de mi asistido, a la cantidad de hechos y la violencia desplegada en uno de los hechos resulta violatoria del derecho de defensa en juicio al constituir una *reformatio in pejus*...” (fs. 649). Además, tratándose de circunstancias no solicitadas por el fiscal (pues se desconocía si fueron valoradas en el alegato final de fs. 405 vta. y no fueron incluidas por el mismo funcionario en la audiencia de fs. 636), consideró que su valoración acarreaba un violación del derecho de defensa en juicio, por haber procedido en contra de los principios *ne procedat iudex officio potest* y *ultra petita*.

Según la recurrente, en caso de considerarse legítimas las agravantes, la valoración respecto de los antecedentes que registra Ceballos constituyó una violación del *ne bis in ídem*.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

A su vez, consideró que la sola circunstancia de encontrarse ante dos hechos no autoriza alejarse del mínimo de la escala penal aplicable, pues ésta de todos modos se construye a partir de los tres años de prisión (ver fs. 649 vta.)

También indicó que el “culatazo” fue parte de la violencia propia del robo, ya que no reflejó una lesión en el cuerpo de la víctima.

Para cerrar las críticas a la mensuración de la pena efectuada, sostuvo que ante la cantidad de atenuantes valoradas, comparadas con las agravantes, “...*el guarismo fijado por el Tribunal es excesivo...*”.

Pidió, en definitiva, que se case o anule la sentencia recurrida y se aplique el mínimo legal (cfr. fs. 649 vta.).

V. La recurrente cuestionó además la declaración de reincidencia de Ceballos. En tal sentido, afirmó que entre la pena impuesta por el Tribunal Oral n° 25 y el presente, había transcurrido “...*con holgura el plazo de 5 años previsto en el último párrafo del art. 50 del CP, y en consecuencia tal condena no puede tener efecto alguno a los fines de la reincidencia...*”. Para computar este plazo debía tomarse en cuenta el momento de la sentencia y no de la comisión del delito, porque de lo contrario se violaría el principio de inocencia.

Por estas razones, pidió se declare expresamente que su asistido no era reincidente.

VI. Supletoriamente, postuló la inconstitucionalidad del art. 50 del CP, pues su aplicación importa una violación a los principios de culpabilidad y *ne bis in ídem* (cfr. fs. 650 vta. / 655).

VII. Durante el término de oficina (art. 466, CPPN), el defensor público oficial, mantuvo los agravios planteados en el

recurso de casación y amplió los fundamentos oportunamente brindados.

VIII. El 22 de junio de 2015 se celebró la audiencia prevista por el art. 468 CPPN, con la participación del defensor público oficial, Gabriel Ignacio Anitua. Asimismo, compareció Daniel Eduardo Ceballos, y fue conocido por esta Sala en los términos del art. 41, CP.

IX. Efectuada la deliberación prevista en el art. 469, CPPN, el tribunal arribó al siguiente acuerdo.

El juez Sarrabayrouse dijo:

1. Para entender el marco en que se ha planteado el recurso, conviene recordar los antecedentes que lo motivaron.

a) El 6 de diciembre de 2012, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 10 condenó a Daniel Eduardo Ceballos como autor penalmente responsable “...de los delitos de robo con armas cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada, en dos oportunidades...” a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales, costas y lo declaró reincidente (arts. 12, 29 inc. 3°, 45, 50, 55 y 166 inc. 2°, último párrafo, CP; cfr. fs. 412 / 423).

b) La defensa pública de Ceballos interpuso recurso de casación contra esta decisión (fs. 448 / 468), cuyos agravios amplió en el término de oficina (fs. 482 / 488 vta.). En esta última presentación, cuestionó la fundamentación de la pena impuesta a Ceballos y solicitó al tribunal revisor que impusiera el mínimo legal, sin reenvío (cfr. punto III, fs. 485). Además, planteó la inconstitucionalidad de la reincidencia.

c) El 11 de noviembre de 2014, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió, por mayoría, anular parcialmente la sentencia indicada en el punto a) y remitir la causa a un nuevo tribunal “...que previa audiencia con las partes y de visu del



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

imputado, deberá determinar la pena a imponer conforme a lo aquí decidido...”. Con respecto a la inconstitucionalidad de la reincidencia, el juez Slokar (con la adhesión, en lo sustancial, de la jueza Ledesma), consideró “...inoficioso ingresar a revisar aquellas cuestiones del remedio en trato que giran en torno al cuestionamiento en torno a la aplicación del art. 50 CP...” (cfr. fs. 502 / 508 vta.).

d) Fruto de esta decisión, se celebró la audiencia que da cuenta el acta de fs. 626 y se dictó la nueva sentencia ahora impugnada (fs. 637 / 640).

2. De acuerdo con los agravios planteados de la defensa, la primera cuestión que debemos resolver es el alcance de la *reformatio in pejus*.

En este sentido, tanto el tribunal de mérito como la defensa, sostienen correctamente que la anterior pena establecida por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 10, anulada por la CNCF, funciona como un límite máximo en el nuevo procedimiento (así lo sostuvo tanto la mayoría como la minoría del *a quo* y la recurrente; cfr. punto III, voto de los jueces Vega y Valle, fs. 637 vta. / 638); punto I, fs. 631, voto del juez Salas; recurso de la defensa, fs. 648 vta.).

Sin embargo, este límite no puede extenderse más allá como postula la defensora pública, esto es, no pueden “mantenerse” aquellos aspectos de la fundamentación de la pena efectuada por el TOC 10 que supuestamente benefician al imputado: en concreto, la afirmación de que no existían agravantes específicas ni genéricas. Por un lado, el recurso de casación que originó la nulidad de aquella sentencia criticó justamente estas pautas genéricas utilizadas por el tribunal recurrido. Por otro, la nulidad decretada por la CFCP alcanzó todo el fundamento de la pena, sin formular distingo alguno, por lo cual, mal pueden efectuarse ahora diferenciaciones. Por lo demás, si aquel tribunal hubiera compartido el planteo de la defensa en el punto,

habría fijado directamente el mínimo de la pena, sin reenvío, tal como lo había solicitado la defensa.

De esta manera, consideramos que el tribunal de mérito se encontraba habilitado para valorar las agravantes del caso y en este punto no estaba limitado por la sentencia anterior anulada.

3. La segunda cuestión traída por la recurrente se refiere al alcance del derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso en la discusión sobre la fijación de la pena. En esencia, el argumento gira en torno a la actividad del fiscal en la audiencia de fs. 626, quien alegando erróneamente una presunta vulneración de “su” derecho de defensa en juicio, se remitió al alegato producido durante el juicio que derivó en la sentencia de condena anulada por la CFCP, siendo que el acta respectiva no detalla cuáles fueron las pautas consideradas. Entonces, el punto a establecer es si esta posición limita la actividad del tribunal y obliga, tal como lo sostiene la minoría del *a quo* y la recurrente, a fijar el mínimo de la escala penal aplicable al caso.

4. La discusión en torno a la determinación judicial de la pena no ocupó un lugar relevante ni en la doctrina ni en la jurisprudencia hasta hace poco tiempo.¹ Pese a algunos trabajos pioneros,² hoy continúa sin estar en el centro de las discusiones. Ella asumió particular relevancia a partir del momento histórico en que las penas aplicables dejaron de ser fijas y pasaron a desenvolverse en escalas que exigen una determinación e individualización: una pena *justa* es la que se adecua al caso concreto. De allí la necesidad de

¹ Sobre el atraso de los estudios en torno en la medición de la pena, cfr. el prólogo de MAIER, Julio, en la obra compilada por él, *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 11 – 12; del mismo autor, *Prólogo* al libro de ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 14; en el mismo sentido, DONNA, Edgardo Alberto, *Prólogo*, al libro de LURATI, Carina, *El sistema de pena única en el Código penal argentino*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 9 – 10. La misma situación describe Günther Stratenwerth en el derecho suizo: cfr. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen*, 2ª ed., Stämpfli, Berna, 2006, ps. 175 – 176.

² Cf. MAGARIÑOS, Mario, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, MAIER, Julio (compilador), op. cit. en la nota anterior, ps. 71 – 86.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

establecer la *cesura del juicio* como ámbito para discutir los criterios y las formas racionales para medir la reacción penal del Estado,³ aspecto salvado por los colegas de la instancia anterior al disponer la celebración de una audiencia al efecto (cfr. punto II de la sentencia, fs. 637).

Lentamente se ha impuesto el criterio de que el pedido de pena del fiscal funciona como un límite para los jueces. De estar pautado en el marco del procedimiento abreviado (art. 431 *bis*, CPPN), aceptado por una minoría de la CSJN en el caso “**Amodio**” (causa A.2098 XLI del 12 de junio de 2007), hoy se ha convertido en ley: el nuevo CPPN, ley 27.063, en su art. 273 establece que los “... *jueces no podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores...*”. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las agravantes y atenuantes previstas en los arts. 40 y 41, CP. De este modo, si bien el nuevo ordenamiento contempla la cesura del juicio, a diferencia de otros códigos procesales, no establece un límite en cuanto a la consideración de las agravantes y atenuantes.⁴ En cuanto a la técnica legislativa, la previsión de una cesura del juicio implica que el fiscal ya en la acusación menciona las “...*circunstancias de interés para determinar la pena...con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas en el juicio sobre la pena...*” así como también “...*el requerimiento de pena estimado, a los efectos de la determinación del juez, tribunal o jurado...*” (cfr. art. 241, incs. g y h, CPPN, ley 27.063). Las partes ofrecen prueba sobre la pena estimada, lo que garantiza al imputado la posibilidad de ser oído, ofrecer prueba y contradecir el pedido fiscal. Es decir, que hay una discusión plena al respecto.

³ Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 382.

⁴ Cfr. GARIBALDI, Gustavo E. L. / BELLAGIO, Aníbal / CASTRO, María del C., *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2004.

5. El CPPN no contempla nada de lo dicho. Sin embargo, de manera general, puede afirmarse que en el marco de este sistema procesal, no viola el derecho de defensa en juicio o el debido proceso la valoración por parte del tribunal de elementos agravantes si ellos surgen de las circunstancias del hecho descriptas en la acusación y discutidas en el debate. En ese caso no puede alegarse la existencia de una sorpresa, base de la regulación del derecho de defensa en juicio, pues el imputado pudo ofrecer prueba al respecto y tuvo oportunidad de contradecir la descripción de la acusación. Pero afirmar que la pena debe ser individualizada y que al juez le corresponde valorar las particularidades del autor y de su hecho “...no significa que él es el señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico...El principio de la individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor...”⁵

6. Ahora bien, en el caso, y según hemos establecido, el tribunal de mérito consideró tres agravantes: a) los antecedentes que registra Ceballos; b) que se trató de dos hechos; y c) la violencia desplegada al pegar un "culatazo" en la cabeza de la víctima del segundo de los sucesos.

a) La primera de ellas ha sido mal evaluada por el tribunal por dos razones.

En primer lugar, porque si se mantuvo su declaración de reincidencia (punto V, fs. 638 vta.), y luego esos mismos antecedentes condenatorios fueron considerados una agravante, han sido valorados negativamente dos veces. De esta manera, si la “reincidencia” ya ha sido tomada en cuenta por el legislador para tornar más rigurosa la ejecución de la pena, esta especial consideración no puede ser ponderada nuevamente para agravar el monto de la sanción al tomar

⁵ Cfr. ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 1ª ed., Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996, p.28.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

en cuenta las circunstancias relevantes según el art. 41, CP. Si se procede de este modo, se viola la prohibición de doble valoración, o el aspecto material del principio del “ne bis in ídem”.⁶

En segundo término, porque tal consideración implica violar la culpabilidad por el hecho y, desde otra perspectiva, el principio de proporcionalidad.⁷ En este aspecto, la mayoría del tribunal *a quo* no desarrolló argumento alguno para justificar la valoración simultánea de los antecedentes de Ceballos y la declaración de reincidencia ya mantenida (véase el punto IV de la decisión recurrida, fs. 638).

b) En cambio, no puede censurarse la ponderación de la reiteración de hechos como agravante. En este sentido, no es lo mismo juzgar un suceso que dos o tres, pues cada uno de ellos representa la lesión de bienes jurídicos diferentes y medidas e intensidades de reproche distintas. Por lo tanto, el razonamiento del tribunal *a quo* en este punto debe validarse.

c) En cuanto al culatazo propinado por Ceballos a Sebastián Pirez, los mismos fueron descriptos en el requerimiento de elevación a juicio (fs. 283, punto II), discutido en el debate (acta, fs. 402 vta.) y receptados en la sentencia de condena (fs. 419 / 419 vta.), por lo cual la defensa no ha sido sorprendida en la consideración de este aspecto del hecho.

Tampoco se trata aquí de un supuesto de prohibición de doble valoración sino que se ha analizado la naturaleza de la acción típica realizada. En este sentido, aquel impedimento implica que todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, “...no

⁶ En este sentido, véase ZIFFER, Patricia, *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 7, ps. 115-116; también nuestro voto en la sentencia del caso “Sandoval” del 15.11.2004, Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, Tierra del Fuego, registro n° 34, folios 417 / 429, protocolo 2004.

⁷ Un desarrollo exhaustivo de la cuestión puede verse en GARCÍA, Luis, *Las disposiciones sobre reincidencia en el Código penal. Su escrutinio constitucional y el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en PITLEVNIK, Leonardo (director), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Hammurabi, t. 15, ps. 78 – 83.

*pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto...”.⁸ Esto no significa que no pueda tenerse en cuenta, por ejemplo, el grado de violencia empleado en un robo. Se trata de ponderar la *naturaleza de la acción*, que no es un concepto abstracto, sino la manera concreta en que se ha ejecutado la acción típica, particular de cada hecho y reveladora de múltiples aspectos que pueden y deben ser valorados (ya sea como atenuante o agravante) al momento de medir en la pena la intensidad del reproche penal. Es que en las escalas correspondientes a los delitos conminados con penas divisibles están previstos, en principio, todos los modos posibles en que una conducta humana puede satisfacer el supuesto de hecho objetivo y subjetivo de la ley penal.⁹ De allí que la ponderación del “culatazo” sea correcta para ubicar dentro de aquella escala cuál es la pena adecuada para el caso concreto.*

7. La defensa ha cuestionado que las atenuantes consideradas por el tribunal *a quo*, comparadas con las agravantes, permitían afirmar que la pena fijada era excesiva.

Si tenemos en cuenta el máximo de la pena posible de aplicar en el caso (5 años de prisión en virtud de lo dicho en el punto 2), y sin perjuicio de lo que diremos en el punto siguiente, la decisión del *a quo* de no aplicar el mínimo de la escala penal resulta acertada. Según hemos visto, se ha evaluado correctamente la existencia de dos agravantes, lo que implica necesariamente que resulta imposible aplicar el mínimo legal. En este sentido, la defensa no ha desarrollado ningún argumento para justificar de qué manera o por cuáles razones las agravantes tienen una mínima incidencia en el “*guarismo final*” (fs. 649 vta.).

8. El análisis efectuado muestra que de las tres agravantes ponderadas por los colegas de la instancia anterior, una de

⁸ Cfr. ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, op.cit., p. 107.

⁹ Cfr. GARCÍA, Luis, op. cit., p. 78.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

ellas debe ser descartada, lo cual debe reflejarse en la pena determinada. Si tenemos en cuenta la entidad de los elementos valorados (la reiteración en dos hechos; la naturaleza de la acción desplegada en uno de ellos), estimamos adecuado reducir la pena impuesta a la de *tres años y cinco meses de prisión*.

9. La declaración de reincidencia

La defensa señaló que Ceballos no debió ser declarado reincidente, pues según sus antecedentes, esa calidad le había sido asignada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 que lo condenó a la pena de 4 años y 4 meses de prisión.

El caso presenta algunas particularidades.

De acuerdo con la forma en que fue resuelto el punto por el Tribunal Oral N° 7, en tanto decidió remitirse a las sentencias anteriores que habían resuelto la reincidencia (cfr. fs. 638 vta.), no es esta la vía para revisar las declaraciones realizadas en función del art. 50, CP, efectuadas por los Tribunales Orales en lo Criminal N° 25 y n° 11. Ellas se encuentran firmes y han pasado en autoridad de cosa juzgada, por lo cual, se torna inoficioso su tratamiento.

Por lo tanto, y en virtud de las consideraciones expuestas, proponemos hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar el punto I de la sentencia de fs. 637/640, y determinar la pena impuesta en la de tres años y cinco meses de prisión y accesorias legales, sin costas en esta instancia (arts. 456 inc. 1°, 465, 468, 470, 530 y 531, CPP).

El juez García dijo:

1.- Concuero en lo sustancial con las consideraciones y conclusiones a las que arriba el juez de primer voto en los números 2, 3, 4, 5 y 6 de su intervención, sin perjuicio de las aclaraciones que a continuación haré. En cambio, también entiendo que el recurso de

casación es inadmisibles en punto a los agravios que trae el recurrente alrededor del art. 50 CP, por las razones que expondré.

2.- La prohibición de la *reformatio in pejus* tiene un fundamento de política jurídica, y uno constitucional. En el primer sentido entra en consideración la seguridad jurídica del recurrente; así se razona que “[É]l sabe que, por su recurso (esto es: si no recurre otro interviniente en su contra), lo peor que puede sucederle consiste en la confirmación del fallo. Precisamente, el fundamento político que se exhibe para sostener la regla confirma su razón de ser: de otra manera, recursos perfectamente fundados no se interpondrían -aceptándose sentencia injustas- por temor a la agravación de las consecuencias” (Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto s.r.l., 1999, 2ª. edic. 1ª. reimposición, pág. 593).

En el segundo sentido existe un fundamento jurídico constitucional. Los recursos se conceden para remedio de un agravio, como derivación de la defensa en juicio, de modo que el reclamo de un remedio por quien se defiende de una sentencia que reputa errada o injusta no puede habilitar la jurisdicción del tribunal del recurso, o, en caso de anulación y reenvío, la jurisdicción de otros tribunales, para imponer consecuencias más graves que las que se pretendían remediar.

Nótese que la Defensa del imputado había recurrido la primera sentencia de condena impuesta por el Tribunal n° 10, que había sido consentida por el Ministerio Público Fiscal. Al ejercer su derecho de defensa tuvo éxito en obtener la nulidad parcial de la sentencia en lo que concierne a la imposición de la pena de cinco años de prisión y accesorias legales.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, dispuso el reenvío del caso a otro Tribunal Oral, para que, previa audiencia con las partes y tomando conocimiento *de visu* del



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

imputado, determine la pena a imponer. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 dictó nueva sentencia, y le impuso una pena menor a la que había sido anulada. Por cierto, no podría haberle impuesto una superior a ésta, según la doctrina de la Corte Suprema en los casos de Fallos: 300:671; 307:2236 y 329:1447.

La *ratio* de la prohibición de reforma en perjuicio del acusado cuando no ha mediado recurso acusatorio atiende a que resultaría arbitrario concederle la facultad de impugnación, y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esa facultad, y sin existir recurso de la parte acusadora, su situación procesal se vea *empeorada*, colocándolo en la disyuntiva de correr el citado riesgo o consentir una sentencia que considera injusta.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema la existencia de *reformatio in pejus* se presenta típicamente en los casos de aumento de la pena impuesta, o, casos en los que, sin modificarse la magnitud de la pena, una modificación la calificación jurídica implica un agravamiento de las modalidades de ejecución de la pena privativa de libertad (confr. Fallos: 334:559, “Capristo, Jonathan Abel y otros”). Sin embargo, esa jurisprudencia no incluye hipótesis como la que aquí trae la defensa.

La Defensa Pública sostiene haber sido la única que había criticado la sentencia anterior dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 10, y argumenta que ella no había censurado la parte de la sentencia en la que sostiene se afirmó “no median agravantes ni genéricos, ni específicos”, y que desde esa perspectiva el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 no podía en la nueva sentencia considerar agravantes, porque constituye una *reformatio in pejus* prohibida. En esto no consulta lealmente ni los términos de la primera sentencia recurrida, ni tampoco los términos de la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que la anuló parcialmente.

En los fundamentos de la primera sentencia constituidos por los del juez de primer voto al que los otros dos jueces adhirieron (fs. 412/423 de los autos principales) se lee que ha descartado la existencia de eximentes, y de “atenuantes que justifiquen su conducta, ya que la enfermedad que dice padecer no lo autoriza” [SIC]. A continuación se expresa: “Tampoco existen agravantes específicas, ya que las genéricas corresponden a los ilícitos prealudidos”. Esta frase críptica y sintácticamente mal construida, no dice lo que pretende hacerle decir la defensa.

Por otra parte, en el voto de uno de los jueces que conformó la mayoría en la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, al que adhirió otra jueza, se declaró que “asiste razón a la defensa en cuanto sostuvo que la sentencia en punto a la pena impuesta revela falta de motivación y, en este sentido, el pronunciamiento adolece de un vicio que lo nulifica como acto jurisdiccional válido por no contener argumentos mínimos suficientes en torno a las exigencias de cuantificación legalmente establecidas (arts. 40 y 41 CP) para considerar satisfechos adecuadamente los recaudos legales para que se considere fundada la decisión” (fs. 508).

Como señala el juez que me precede en la votación, el *a quo* ha descalificado todo el capítulo de determinación de la pena por defecto de fundamentación, sin realizar distinciones, ni dejar a salvo que alguna afirmación fuese concreta, fundada y pertinente según los arts. 40 y 41 CP.

Concuerdo también en punto a que, si lo único subsistente de la sentencia anulada fuese la frase que la defensa interpreta dice “no median agravantes ni genéricos ni específicos” -aunque dice otra cosa-, entonces nada hubiese impedido al tribunal rescindente que determinara la pena. Pues si no existiesen agravantes debería haberse ajustado al mínimo legal aplicable, y para ello no era



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

necesario el reenvío, que no tendría ninguna finalidad práctica ni de garantía. El reenvío no excluía la posibilidad de identificación y valoración de agravantes, pues sólo así se explica que, al anular el capítulo de la determinación de la pena, el *a quo* haya prevenido que debía darse previa audiencia a las partes y celebrarse una audiencia *de visu* con Daniel Eduardo Ceballos. Si sólo cupiese aplicar el mínimo legal una sustanciación sobre la medida de la pena y la audiencia *de visu* serían dispendios procesales ociosos.

3.- En rigor, ciertas alegaciones de la defensa en punto a la violación de la prohibición de *reformatio in pejus* aparecen vinculadas de modo inescindible con el principio de congruencia y la prohibición de que los jueces procedan de oficio.

Los agravios del recurrente deben ser examinados desde esta perspectiva en cuanto señala que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 ha violado la defensa en juicio al computar como agravantes los antecedentes penales del imputado, la cantidad de hechos y la violencia desplegada en la ejecución de uno de ellos. Destaca que ninguno de esos criterios había sido expresamente propuesto en la segunda audiencia, porque el representante del Ministerio Público se había ceñido a remitirse a su intervención anterior en la primera audiencia (fs. 636), y señala con agudeza la imposibilidad de conocer cuáles habrían sido las circunstancias valoradas por el Ministerio Público en ésta, porque nada se había hecho constar en el acta de debate (fs. 405 vta.). Concluye que el *a quo* ha procedido en violación de la prohibición *ne procedat iudex ex officio* y se duele de que ha fallado *ultra petita*.

En el espíritu de la argumentación defensiva reposa la idea central de que el tribunal de juicio, al determinar la pena, sólo podría considerar como agravantes las expresamente invocadas por la fiscalía y no otras. A ella agrega el argumento fáctico según el cual,

frente a la imposibilidad de reconstruir las que había sopesado en el debate anterior, entonces no podría sopesarse ninguna agravante, porque se afectaría la defensa en juicio.

Esta tesis exige una diferenciación entre circunstancias de hecho y criterios de valoración.

Según el art. 398 CPPN en la deliberación el tribunal resolverá -entre otras- “las relativas a la existencia del hecho delictuoso, participación del imputado, calificación legal que corresponda, sanción aplicable [etc.]”. A los fines de la fijación de la medida de las penas divisibles el art. 41, inc. 1, CP dispone que se tendrá en cuenta “la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados”. De tal suerte, todas las circunstancias del hecho comprendidas en el art. 41, inc. 1, pueden ser valoradas por el Tribunal, sólo y en la medida en que esas circunstancias estén suficientemente expresadas en la descripción del hecho de la acusación, a condición de que se hubiesen tenido por probadas. Porque al determinar la pena según los criterios del art. 41, inc. 1, los jueces sólo estarían habilitados a considerar las circunstancias de hecho expresadas por la acusación. Si ellas no estuviesen comprendidas, el principio de congruencia les vedaría considerarlas.

Observo que la acusación ha tenido por objeto dos hechos claramente diferenciados en tiempo, espacio y medios de comisión, diferenciando víctimas y objeto del delito, y que al medir la pena tomando en consideración que el imputado ha sido hallado responsable de esos dos hechos, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 no se ha afectado la congruencia. Dio relevancia a que en la ejecución de uno de los hechos el imputado aplicó un culatazo en la cabeza al señor Sebastián Pirez ese modo comisivo estaba comprendido en la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

acusación (confr. fs. 111/115) y acta del debate (fs. 405), y se dio por probado en la primera sentencia.

Al estar esos elementos fácticos en las descripciones de la acusación, no hay ni actuación de oficio, ni introducción sorpresiva para la defensa en la medida en que la fiscalía acusó y pidió la aplicación de una pena por esos hechos, con sus circunstancias, y en que la defensa tuvo oportunidad útil de ofrecer prueba para poner en disputa los hechos, o sus circunstancias.

En cambio, sería sorpresivo e inconciliable con el principio de congruencia y con la prohibición *ne procedat iudex ex officio*, si el tribunal de juicio incorporase de propia iniciativa circunstancias de los hechos no incluidas en la acusación. No es este el caso.

El art. 41, inc. 2, CP indica que al determinar la pena el juez o tribunal tomen en cuenta, entre otras cuestiones “las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes [del imputado]”. No se trata aquí de circunstancias del hecho sino de su alegado autor. Más allá de las dificultades de interpretación que presenta el texto, es evidente que las reincidencias y los antecedentes presuponen la demostración de ciertos hechos concernientes al acusado. Si quienes están legalmente facultados para ofrecer prueba no han ofrecido elementos de convicción dirigidos a ese fin, o si estos elementos no han sido producidos en el juicio, entonces el tribunal no podría introducir de oficio en el juicio elementos de prueba con ese objeto. Observo que surge del acta de debate que en la audiencia se introdujo la certificación de antecedentes del imputado (fs. 404 vta.) a pedido de la fiscalía (fs. 344 vta.), de modo que también en este caso el Tribunal estaba habilitado para considerar esas informaciones y valorarlas.

De suerte que, sin dejar de señalar la perplejidad que causa que el representante del Ministerio Público se hubiese remitido a un alegato asentado en un acta, que poco deja saber sobre lo que dijo en la primera audiencia sobre los elementos relevantes para graduar la pena, no encuentro pues que el Tribunal Oral que dictó la segunda sentencia hubiese violado reglas de congruencia o que hubiese actuado de oficio al tomar aquellas informaciones en cuenta.

Cuestión distinta es la concerniente a definir si, a falta de valoración expresa de esos datos o informaciones por la Fiscalía, ello plantea un problema frente al principio acusatorio. La potestad requirente está expresada en las peticiones, y no en los argumentos que sustentan las pretensiones, y una vez que los elementos de convicción han sido puestos a disposición del Tribunal él puede valorarlos, si los considera pertinentes, para tomar una decisión sobre las pretensiones.

La decisión en punto a si la pluralidad de hechos, la violencia empleada o su modo de empleo, o si la existencia de antecedentes condenatorios son elementos que pueden ser tomados como agravantes en la medición de una pena divisible, involucra una cuestión valorativa que requiere referencias o conexiones normativas. En esta decisión los jueces son soberanos y no están sujetos a las argumentaciones de las partes, aunque en este paso su jurisdicción está limitada por la pretensión de pena de la fiscalía. En tanto no excedan esa pretensión, los jueces tienen cierta discreción para determinar su peso relativo.

La Defensa Pública sostiene que el *a quo* ha obrado de modo sorpresivo al valorar circunstancias de hecho no invocadas por el representante del Ministerio Público, y que de este modo ha afectado su derecho de defensa.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

Cierta jurisprudencia de la Corte Suprema -emitida en otro contexto- ha descalificado sentencias en las que la variación sorpresiva de ciertas proposiciones normativas generales es relevante en términos de mutación fáctica y por ende implica una afectación del principio de congruencia (confr. p. ej. Fallos: 329:4634, “Sircovich”). De modo más general los cambios de subsunción normativa serán conformes al artículo 18 CN a condición de que esos cambios no hubiesen desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole "formular sus descargos" (Fallos: 319:2959, votos de los jueces Petracchi y Bossert).

La materia de la afectación de la defensa está constituida en esos casos, cuando se priva al acusado o a su defensa de la posibilidad de ofrecer prueba sobre los hechos relevantes o de discutir la ofrecida, o cuando se les priva de toda posibilidad de discutir de modo útil la relevancia de esos hechos.

El agravio que alega la Defensa Pública en el presente caso cae dentro de esta segunda categoría, pues de lo que se queja es de que “sorpresivamente” el *a quo* le habría privado de la posibilidad de poner en cuestión la pertinencia o relevancia para la graduación de la pena de los hechos y circunstancias que aquél tomó como agravantes.

Sin embargo, habida cuenta de la disponibilidad del recurso de casación, y de la amplitud de su objeto, y de la idoneidad para discutir la pertinencia o relevancia de esos elementos, la alegación de violación de la defensa en juicio está desprovista de toda sustancia. De hecho, a tal punto es así que, de modo subsidiario, la Defensa ha expuesto las razones por las que entiende que el *a quo* ha errado al asignar significado agravante a la pluralidad de hechos, a la naturaleza y modalidades de la violencia ejercida, y a los antecedentes condenatorios del imputado.

4.- Despejado lo anterior corresponde abordar las críticas que el recurrente dirige puntualmente a los fundamentos de la sentencia, en cuanto ha considerado agravantes los antecedentes del imputado, la pluralidad de hechos, y la modalidad de la violencia ejercida en uno de los robos.

a.- En la sentencia se ha dado relevancia agravante “los antecedentes que registra el imputado”. No hay ninguna explicación en la sentencia en punto a cómo, o bajo qué condiciones, la existencia de condenas anteriores podría, según el *a quo*, tener peso “agravante”.

En ocasión de mi desempeño en otro tribunal, he abordado variadas veces la cuestión problemática que plantea el art. 41, inc. 2, CP en cuanto indica tomar en cuenta, para la medición de la pena, “las reincidencias en que hubiera incurrido” el imputado y “los demás antecedentes”.

No veo con evidencia que esa disposición suscite un evidente conflicto con la prohibición *ne bis in ídem*. Sin embargo, la consideración de las condenas anteriores como agravante de la pena es inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho.

Al respecto he propuesto una interpretación del inciso 2 del art. 41 CP superadora de sus antecedentes históricos y compatible con el art. 18 CN, consistente en entender que en general el art. 41 establece pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y que la peligrosidad no es ya fundamento de medición de la pena, sino simplemente un correctivo de la pena medida según el injusto y la culpabilidad, en el sentido de que no permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, pero sí una menor cuando la falta de o mínima peligrosidad disminuye las necesidades preventivo especiales (por primera vez en mi voto como juez subrogante de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa n° 8754 “Gerstenkorn, Daniel E. s/rec. de casación”, rta.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

14/07/2008, reg. n° 12.091, a cuyos fundamentos me remito, y más exhaustivamente en la causa n° 9583 “Garaza Pereira, Rodolfo s/rec. de casación”, rta. 22/04/2009, reg. n° 14.311).

He señalado que, por cierto, bajo ciertas condiciones, la constatación de que el agente ha sido condenado por otros hechos cometidos con anterioridad, puede constituir un elemento a tener en cuenta para estimar las necesidades preventivo especiales en el marco del art. 41, inc. b, CP pero nunca una autorización para sobrepasar la gravedad del injusto y la culpabilidad por el hecho. En ese caso, no basta sin embargo con la invocación de la existencia de condenas anteriores, sino que es necesario que en la sentencia se exprese cuál es la relevancia que éstas tienen para la determinación de la peligrosidad según la mayor o menor proximidad en el tiempo, la naturaleza de los hechos, su gravedad concreta, y la mayor o menor semejanza entre ellos (confr. Stratenwerth, Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Maßnahmen*, 2 ed. Stämpfli & Cie. AG, Berna, 2006, p. 193, nro. 43).

De modo que el injusto no es más grave por el hecho de que el agente hubiese sido condenado antes de cometerlo, ni la culpabilidad tampoco, porque la culpabilidad no podría superar la pena adecuada al injusto objetivo, o en otros términos no puede haber una culpabilidad desconectada de la gravedad del injusto. Establecida una magnitud hipotética del injusto culpable, entonces la inexistencia de condenas anteriores podría funcionar de indicio de menores necesidades preventivas, y así como minuendo de la magnitud de la pena, sin alterar la medida del injusto culpable. La existencia de condenas anteriores sólo podría tener relevancia para decidir sobre las necesidades preventivas -dentro del marco de la magnitud adecuada al injusto culpable- si se sigue un abordaje concreto y específico del tipo del que se señala en el párrafo anterior.

De modo que excluido que los antecedentes condenatorios puedan ser considerados como agravantes del injusto culpable, o reprochados en la medición del injusto culpable, su consideración sólo sería autorizada conforme a la ley y al art. 18 CN según el criterio general presentado.

A la luz de lo expuesto observo que, sin consideración concreta de las condenas anteriores, de la naturaleza de los hechos que han sido su objeto, su proximidad o lejanía temporal con el hecho enjuiciado, y de la existencia o no de semejanza entre ellos, en la sentencia recurrida se ha considerado relevante para la medición de la pena la mera constatación de la existencia de condenas anteriores. Esto, en todo caso, sólo podría justificar la imposición de una pena estrictamente ajustada al injusto culpable, y no una menor moderada por inexistencia de necesidades preventivo especiales, pero nunca un aumento de la pena por encima del reproche del injusto del que el agente se ha hecho culpable. El *a quo* no ha tomado en cuenta los antecedentes con ese criterio, y les ha dado relevancia en primer lugar, antes de cualquier apreciación sobre la medida del injusto objetivo y de la culpabilidad por ese injusto. Ha incurrido pues en errónea aplicación de la ley sustantiva (arts. 41, inc. 2, CP, y 18 CN)

b.- El *a quo* ha dado relevancia como agravante en la ejecución del robo de 2 de junio de 2012 a la violencia desplegada sobre el señor Piriz, al aplicarle un “culatazo” en la cabeza. Argumenta que la violencia es un elemento constitutivo del robo, ya comprendida en la escala penal, y que ha incurrido en doble valoración al darle valor agravante, lo que cae, según aduce, bajo la prohibición *ne bis in ídem*.

No cabe darle razón, según el alcance que he asignado a la prohibición de doble valoración a partir de mi intervención en la sentencia “De las Toscas, José Luis s/ recurso de casación”, (confr. mi



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

voto juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 9108, rta. 14/07/2008, reg. n° 12.095), cuyos argumentos que en lo sustancial paso a reproducir

El art. 41, inc. 1, CP no hace referencia al injusto sino a su grado (Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2a. Edic., EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 1047), y permite considerar que “el ilícito culpable no sólo constituye el presupuesto de la punibilidad de la conducta, sino también la base para la graduación de su gravedad” (Ziffer, Patricia, comentarios a los arts. 40 y 41 en Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio R. (Directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, 2a. ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 80). Así, la prohibición de doble valoración no obsta a que un elemento que forma parte del supuesto de hecho de la figura básica, o de una figura agravada, sea tomado en cuenta en el momento de cuantificación de la pena “para particularizar su intensidad” (Zaffaroni/Alagia/Slokar, *op. cit.* p. 1047), pues “ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad” (Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, ed. AD-HOC, Buenos Aires, 1996, p. 107), y en este sentido he resaltado que si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad (Righi, Esteban, *Teoría de la pena*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 223).

Así, cuando el art. 41, inc. 1, CP, se refiere a la extensión del daño y peligro causados como elementos a tener en cuenta en la medición de la pena, está indicando que la medida de la culpabilidad,

o del reproche, si se prefiere, está influenciada, entre otras, por la menor o mayor extensión del daño, y no por la existencia misma de un daño, y que la medida del peligro al que el agente ha expuesto a otras personas con su obrar culpable, es relevante en la medición de la culpabilidad, o de la reprochabilidad, si se prefiere, y no la creación misma del peligro. En otros términos, se ha señalado que está fuera de cuestión que “la gravedad de un hecho depende también de la medida del padecimiento que o de qué intervención en los bienes jurídicos le ha inferido al afectado” (Stratenwerth, op. cit. p. 182, nro. 19).

Sentado ese marco teórico observo que el *a quo* ha podido valorar legítimamente en el marco del art. 41 inc. 1, la intensidad de la violencia empleada, sin infracción a la prohibición de doble valoración, y en este sentido no veo obstáculo alguno para que una vez determinado por la sentencia que se ha cometido un robo mediante el uso de un arma, que satisface el supuesto de hecho de la figura agravada del 166, inc. 2º, último párrafo, CP, entonces el tribunal de juicio esté habilitado a examinar el grado de injusto y de la culpabilidad a la luz de la naturaleza e intensidad de la violencia empleada en la ejecución del robo y, en particular, el culatazo aplicado sobre una víctima.

Ese culatazo puede ser relevado para medir el injusto en tanto traduce de un modo concreto y significativo la medida de la violencia empleada, que consiste en la creación de un peligro de daño corporal más concreto y grave para la integridad física y la vida de las personas, que el nudo empleo de un arma cuya aptitud para disparar no se pudo comprobar, y que por ende sólo habría tenido aptitud intimidante de no ser por el uso como elemento contundente. Por otro lado, configura una modalidad de ejecución que acentúa el carácter inhibitor de eventuales medidas defensivas de las víctimas, o de quienes eventualmente hubiesen estado dispuestas a auxiliarlas,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

porque el ladrón no se restringe a mostrar su disposición a usarla, sino que de hecho la usa.

c.- Es correcto el punto de partida de la Defensa en cuanto propone que la escala compuesta según el art. 55 CP parte del mínimo mayor de las distintas conminaciones involucradas en el concurso real, y que aunque se trate de más de un hecho en concurso real no está excluida la posibilidad de aplicación de ese mínimo mayor. La pluralidad de hechos, por sí sola, no es argumento para excluir *a priori* la aplicabilidad del mínimo legal, sin embargo, esa posibilidad presupone que todos los hechos involucrados en el concurso correspondan a la menor gravedad del universo de hipótesis comprendidas en la figura legal abstracta, o que sin perjuicio de su gravedad aumentada, otras consideraciones fundamentan un reproche de culpabilidad menor, o ínfimas necesidades preventivas no obstante el reproche merecido.

Desde puntos de vista objetivos, la pena tiene como límite el injusto del que se hace responsable al autor, y éste, en primer lugar, aunque no exclusivamente, se mide por la medida del daño o del sufrimiento que el agente infiere a la o las víctimas. Si éstas son plurales, y los hechos aparecen ejecutados en contexto temporo-espaciales distintos, y en alguno de ellos la violencia ha tenido cierta intensidad no aparece errado alejarse del mínimo de la escala legal compuesta según el art. 55 CP. La defensa no ha ofrecido, por otra parte, ningún criterio concreto para demostrar que en el caso ha procedido erróneo, y se ha apegado a argumentar que en abstracto también el mínimo legal puede aplicarse en el caso de pluralidad de hechos.

d. En estas condiciones, tomando en cuenta de que la escala penal compuesta según los arts. 166, inc. 2º, último párrafo, y 55 CP parte de un mínimo legal de tres años de prisión, concuerdo

con la propuesta del juez Sarrabayrouse en punto a que se reforme la medida de la pena de prisión, y se la establezca en tres años y cinco meses de prisión, más accesorias legales. A ese respecto me uno a lo que expresa en el numeral 7 de su voto.

5.- Finalmente, concuerdo con lo que se expresa en el numeral 9 del primer voto en punto a que no corresponde emitir pronunciamiento sobre el planteo de la reincidencia.

En el punto dispositivo II de la sentencia de fs. 408, cuyos fundamentos obran a fs. 412/423, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 10, había declarado reincidente a Daniel Eduardo Ceballos en los términos del art. 50 CP. Ese dispositivo no había sido objeto de impugnación en el recurso de casación de fs. 448/468. Sin embargo, en el término de oficina otra Defensora Pública había introducido dos impugnaciones: discutía que hubiese mediado cumplimiento de una pena anterior que pudiese ser computado a los fines de la declaración de reincidencia, e impugnaba el art. 50 por ser inconciliable con la prohibición *ne bis in ídem*, y los principios de culpabilidad, igualdad, dignidad de la persona y con el fin resocializador de toda pena privativa de libertad (esp. fs. 485 y ss). Al resolver el recurso de casación, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal había declarado que “como consecuencia [de la nulidad parcial de la sentencia en lo concerniente a la determinación de la pena] deviene inoficioso ingresar a revisar aquellas cuestiones del remedio en trato que giran en torno al cuestionamiento en torno a la aplicación del art. 50 C.P.” (del voto del juez Slokar, con adhesión de la jueza Ledesma, fs. 508).

No es necesario examinar aquí cuál es el alcance que debería asignarse a esa declaración. Lo cierto es que al dictar nueva sentencia el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 entendió que la anulación parcial de la sentencia “abarcó, necesariamente, aquella



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

cuestión” y volvió a examinar si estaban dados los presupuestos del art. 50 CP. Sostuvo que no podía tenerse en cuenta la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 11, porque la pena de prisión se había tenido por compurgada con el tiempo de prisión cautelar, y que una sentencia anterior dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 ya había sido tenido en cuenta a los fines de la declaración de reincidencia por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 11, lo que a juicio del *a quo* impedía volver a valorarla con ese mismo objeto, razón por la que consideraron que correspondía “estar a lo que ya fuera decidido al respecto en las respectivas condenas que registra el imputado” (fs. 638 vta.).

Puesto que la Defensa Pública no tiene agravio alguno contra lo decidido por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, y que ese aspecto de la sentencia no ha sido motivo de agravio por el representante del Ministerio Público, que consintió la decisión, concluyo que la corrección de lo decidido no está abierta a la jurisdicción de esta Cámara.

No es ésta tampoco la vía para revisar las declaraciones realizadas a tenor del art. 50 CP en las sentencias dictadas por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25, y por el Tribunal en lo Criminal n° 11, que se encuentran firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada. Tampoco es este el momento para examinar si esas declaraciones podrían surtir algún efecto legal en la ejecución de la pena de prisión impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, porque en todo caso ello es por el momento conjetural.

En esas condiciones, estimo inoficioso todo pronunciamiento sobre el art. 50 CP, en la medida en que la sentencia de la que se recurre esa disposición no ha sido aplicada.

Así voto.

El juez Días dijo:

El carácter político del proceso penal, acaso como en ningún otro caso, se ve claramente en la garantía de prohibición de *reformatio in pejus*, a partir de la cual si bien un recurso interpuesto únicamente por el acusador, bien podría posibilitar una revisión que termine beneficiando los intereses del acusado; a la inversa, un recurso interpuesto únicamente por éste, jamás podría modificar en su contra cualquier tramo del fallo recurrido.

En el caso, tal como se destaca en los votos que anteceden, el fallo nulificado parcialmente había señalado al momento de justificar la pena impuesta, que no existían ni habían sido alegadas eximentes ni atenuantes que justifiquen la conducta (digamos al pasar que las atenuantes nunca justifican la conducta, a lo sumo disminuyen –según se trate- el injusto o la culpabilidad, por ser estos estratos graduables), y que “tampoco existen agravantes específicas, ya que las genéricas se corresponden con los ilícitos prealudidos”.

Al igual que el Juez García, tampoco entiendo muy bien qué quiere decir esa frase, lo que sí sé es que el fallo recurrido únicamente por la defensa, exteriorizó que no valoraba ni agravantes específicas -pues no existían-, ni genéricas -según dijo- pues se corresponden los con ilícitos prealudidos (supongo que sugiere que valorar agravantes genéricas implicaría una doble valoración de aspectos fácticos coincidentes con el supuestos de hecho típico).

Lo que parece claro es que en el fallo no se valoraron agravantes ni específicas ni genéricas, al menos ello no se exteriorizó. Y si esto es así, frente a la ausencia de recurso acusador, esto constituye un derecho ganado por la defensa, a partir de lo cual un recurso interpuesto por su parte, no podría jamás posibilitar la reedición de un nuevo fallo que incorpore agravantes antes no incluidas (ni genéricas ni específicas).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 20082/2012/TO1/CNC1

Es que bien vista las cosas, cuando otrora se anulara parcialmente dicho pronunciamiento, por ausencia de motivación suficiente en lo concerniente a la dosificación judicial de la pena, ello obedeció a que aquellos casadores consideraron inexplicable que se llegara a la pena impuesta si en el caso no se relevaban agravantes. Más nunca un reenvío podría legalmente habilitar a los nuevos sentenciantes a incorporar agravantes al hecho probado; sino únicamente a medir la pena de un caso que no tenía agravantes específicas ni genéricas. –

Dicho ello, y estando ya sellada la suerte del acuerdo por el voto de la mayoría, se torna abstracto el abordaje de las siguientes cuestiones. Tal es mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE:**

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel Eduardo Ceballos y, en consecuencia, **CASAR el punto I** de la sentencia de fs. 637/640, y **determinar** la pena impuesta al nombrado en la de **tres años y cinco meses de prisión y accesorias legales**, sin costas en esta instancia (arts. 456, inc. 1º, 465, 468, 470, 530 y 531 CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Luis M. García Eugenio C. Sarrabayrouse Horacio L.
Días

Ante mí: Paula Gorsd