


Cámara Federal de Casación Penal

MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

REGISTRO N° 19.499

///la ciudad de Buenos Aires, a los // días del mes de abril del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente, y las doctoras Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 13.705 caratulada: "Rossi Maximiliano Alberto s/recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, y la Defensora Pública Oficial, doctora Eleonora Devoto.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término la doctora Figueroa y en segundo y tercer lugar los doctores Slokar y Ledesma, respectivamente.

La señora jueza Dra. Ana María Figueroa dijo:

-I-

1º) Que con fecha 23 de diciembre de 2010, en la causa n° 3161, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 10 de esta ciudad, resolvió por unanimidad, a fs. 322/328 vta., condenar a Maximiliano Alberto Rossi, a la pena de dos años y cuatro meses de prisión y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo simple (artículos 45 y 164 del Código Penal), y declararlo reincidente (art. 50 del mismo cuerpo legal).

2º) Contra lo allí decidido el Defensor Público Oficial, doctor Ricardo Jorge Grassi, interpuso, recurso de casación a fs. 340/352 vta., el que fue concedido a fs. 355/356 vta., y mantenido en esta instancia a fs. 363.

3°) El recurrente invocó ambos motivos previstos en el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

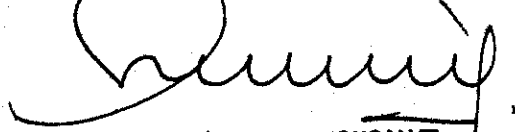
En primer término, cuestionó la constitucionalidad del artículo 401 del CPPN, en cuanto habilita a la imposición por parte del tribunal de una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal en su alegato. Sostuvo que ello contrariaría la división de poderes, atento la autonomía e independencia del titular de la acción pública dispuesta en el artículo 120 de la Constitución Nacional. Agregó que la misma tesitura surge, de lo normado en los artículos 5 y 65 del CPPN y de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Tarifeño". Por lo tanto, adujo que siendo el Ministerio Público Fiscal el titular de la acción y de la pretensión que representa los intereses de la sociedad, es quien tiene a su cargo formular la acusación y por consiguiente, la facultad de reclamar la imposición de la pena. Sostuvo que tal potestad impide al tribunal imponer una pena más grave que la solicitada por el fiscal en el juicio.

Asimismo, sostuvo que la función del juez penal dentro del proceso es la de mero árbitro, y que la imparcialidad del juzgador se vería afectada en caso de dictar una pena superior a la pedida por el Ministerio Público Fiscal. A su criterio, en tal caso, se estaría invadiendo funciones propias de éste.

Sobre este punto, finalmente sostuvo que el artículo 401 del CPPN, debe interpretarse a la luz de la reforma constitucional. Entendió que dicha disposición contrariaría la Carta Magna, ya que la misma ha sido sancionada antes de la reforma de 1994, y en consecuencia debería declararse su inconstitucionalidad.

Consecuentemente con ello, en segundo lugar, sostuvo que de permitirse la imposición de una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, se estaría violando a su vez, el principio de congruencia. Ello por cuanto

Cámara Federal de Casación Penal



MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

entendió, que es en la acusación, cuando su representante establece el grado de afectación que sufrió la sociedad para el caso concreto, y cuál es la cantidad de reparación con la que la misma se conforma.

Por último, impugnó la sentencia por arbitrariedad, atento que entendió que al imponerse una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, con ello se desoyó a la acusación pública. Sobre ello sostuvo que: *"Comprendo que entiendan los jueces se consideren que ocupan un lugar superior, pero ello no los habilita a ignorar olímpicamente a las partes del conflicto, ya que casualmente son las que pondrán el límite a sus ambiciones punitivas"*.

Adujo entonces que la sentencia dictada contra Maximiliano Alberto Rossi, deviene en nula de nulidad absoluta. Entendió que cuando esta Cámara, en su previa intervención, modificó el encuadre típico de la conducta atribuida a Rossi, implícitamente habría ordenado al a quo a adecuar en bastante menos cantidad de pena que la originalmente impuesta.

Sostuvo además, la existencia de un vicio en la fundamentación, al considerar los antecedentes penales anteriores del condenado. Expresó que el tribunal habría incurrido en contradicciones entre sus miembros. Específicamente insistió en que sobre esta misma cuestión, dos magistrados discreparon entre sí, mientras que el tercero se remitió en forma general a los fundamentos de los preopinantes. Adujo entonces, que no podría éste último miembro del tribunal, remitirse a ambos criterios que tildó de contradictorios.

En definitiva, solicitó que se anule la sentencia en tanto al imponerse una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, se habría desoyó a una de las partes; además de detentar un vicio de fundamentación y devenir en arbitraria.

4º) Puestos los autos en Secretaría a los fines dispuestos en el art. 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó la Defensora Pública Oficial, doctora Eleonora Devoto, quien a fs. 390/395 vta. amplió los fundamentos del recurso e introdujo un nuevo agravio, cuestionando la imparcialidad de los magistrados integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 10.

Sostuvo que si bien esta Sala en su integración anterior, había dispuesto la remisión al tribunal de origen, para que dicte un pronunciamiento en consecuencia, ello violaría el principio de imparcialidad del juzgador por prejuzgamiento.

5º) Finalmente, habiéndose celebrado la audiencia prevista en el artículo 468 del código de forma el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

-II-

1º) Tiene dicho esta Cámara que el artículo 466 del CPPN está establecido para que las partes amplíen y desarrollen los fundamentos de los motivos propuestos en el recurso de casación, es decir que sólo pueden en tal oportunidad, abundar en los motivos indicados en la vía de impugnación seleccionada, pero no ampliarlos ni alterarlos, dado que estos últimos quedan circunscriptos a los extremos del recurso (cfr. voto de la Dra. Liliana Catucci, Sala III, "Herman, Leonardo David s/ recurso de casación", reg. 1830/09, causa nº 11.249, rta. el 14/12/09).

Es que: " ...en la sistemática de nuestro Código Procesal Penal el Tribunal debe limitarse exclusivamente al estudio de los motivos propuestos ab initio al interponerse el recurso (cfr. causa nº 9 'Sokolovicz, Mario Rubén s/rec. de casación', Reg. nº 13, del 29/7/93), sin perjuicio de que, de advertirse un caso de nulidad absoluta, abierta como está su jurisdicción, correspondería actuar de acuerdo a lo dispuesto

Cámara Federal de Casación Penal


MARÍA JIMENA MONGALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

en el art. 168, segundo párrafo, del código de rito" (cfr. Sala III, en las causas n° 489, "Silberstein, Eric s/recurso de casación", reg. n° 106/96, rta. el 15/4/96; y causa n° 3914 "Griguol, Luciano F. y Romero Da Silva, Orlando R. s/rec. de casación", reg. n° 448/02, rta. el 28/2/02).

Lo expuesto no colisiona con la doctrina del fallo C. 1757.XL, "Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa -causa n° 1681-" (C.S.J.N., rta. el 20/9/05), pues allí el Sr. Procurador Fiscal dictaminó que correspondía reducir los requisitos formales de interposición y admisibilidad del recurso de casación (vgr., patrocinio letrado, autosuficiencia, etc.), extremo no receptado por el Alto Tribunal, que amplió el marco tradicional del recurso de casación en lo concerniente al análisis de cuestiones de hecho y prueba, sin modificar ni suprimir las cuestiones instrumentales, y permite deducir que se mantienen vigentes para las partes y para este Tribunal (cfr. causa n° 6153, "Quiroga, Cristian Sebastián s/rec. de casación", Reg. n° 33/06 del 10 de febrero de 2006, de esta Sala). Criterio este, por otra parte, ha sido avalado por el Tribunal cimero, *in re* "Soria David Rubén s/causa n° 8857", S. 587. XLIV. Recurso de hecho, rta. el 24 de agosto de 2010.

No obstante, cuando se advierte que podrían resultar violadas garantías constitucionales o convencionales, corresponde su tratamiento.

Partiendo de esta premisa sólo me limitaré a expresar, que no percibo nulidad absoluta alguna que vulnere el principio constitucional de imparcialidad del juzgador. Ello por cuanto, debe estarse a la remisión resuelta por esta Sala en su anterior integración, que dispuso el reenvío al tribunal de origen, para que adecue la pena conforme a la nueva calificación legal. Esta Sala en dicha oportunidad, comprendió

por los fundamentos allí expuestos, que era el a quo quien debía dictar en definitiva, la pena aplicable conforme al cambio de calificación legal.

Considero que en el caso *sub examine*, el a quo es el tribunal pertinente para mesurar la pena, dado que es quien ha llevado a cabo el juicio oral correspondiente, y que por cuestiones de inmediación —único límite impuesto a esta Cámara para revisar anteriores pronunciamientos—, es el encargado de dictar la pena aplicable. Además, ello así ha sido resuelto expresamente por esta Sala, que en su anterior integración, constituían los jueces naturales para entender en la resolución del remedio casatorio.

2°) Cabe referirse en primer término al agravio introducido sobre la violación del derecho de defensa de raigambre constitucional y convencional respecto a la condena impuesta a Rossi, consistente en una pena superior a la solicitada por el fiscal en su alegato. Ello nos lleva a discurrir sobre si la solicitud del fiscal, al pedir la pena en concreto que considera aplicable al caso, es o no vinculante para el tribunal.

Sobre ello, me limitaré a sostener que al respecto, ya me he expedido al emitir mi voto (cfr. "Saavedra, Juan Carlos y otro s/ recurso de casación", Sala II, causa n° 12.945, reg. N° 19.656, rta. el 09/02/12), a cuyos términos me remito en honor a la brevedad. Solamente puntualizaré, que allí he sostenido que la solicitud del fiscal sobre el monto de la pena no es vinculante para el tribunal en su faz decisoria, en cuanto: "La determinación de la pena aplicable al caso concreto, se encuentra dentro del marco propio del ámbito de la jurisdicción, que por disposición constitucional le está reservado a los jueces -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

Cámara Federal de Casación Penal



MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

tienen asignadas funciones determinadas, competencias, con contrapesos, mediante una interpretación sin base legal - 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... Sostener este planteo 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 de su "juris dictio", de poder decir e interpretar el derecho conforme al sistema jurídico vigente".

Sobre el límite al quantum aplicable en la determinación de la pena, he dicho allí: "(Q)ue en el caso que el tribunal de juicio entienda -coincidiendo con el Ministerio Público Fiscal en cuanto a la culpabilidad del autor-, que corresponde la aplicación de una pena superior a la pedida por la acusación en su alegato, éste se encuentra facultado a su imposición toda vez que el pedido de pena concreta por el representante de la acción pública, no es vinculante para el tribunal, el límite se encuentra establecido en la ley penal aplicable"... Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Marcilese", -conforme considerando 10 del voto del Dr. Fayt-, en cuanto que: "... la solicitud concreta del fiscal en modo alguno lo vincula".

Ha resuelto 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 Fayt, 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.

Concordantemente con ello, lo ha resuelto esta Cámara Federal de Casación Penal en la causa N° 9178 -Sala I, voto de la Dra. Catucci- en "Saez, César Eduardo s/ recurso de casación", en cuanto que: "Deriva de esto último la imposibilidad de entender como eventualmente afectada la garantía de defensa en juicio por la circunstancia de que el juzgador supere el límite de pena sugerido por el Fiscal, es decir, por una de las partes, al momento de los alegatos (art. 393 del Código Procesal Penal)... Lo contrario implicaría, según ya se remarcó del voto del señor Ministro doctor Fayt, desapoderar a la jurisdicción penal de la facultad que le es intrínseca".

3º) He tenido también en la oportunidad de expresarme en el citado precedente "Saavedra", acerca de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Tarifeño", aducida por la defensa. Al respecto, he sostenido que dicho decisorio emanado del más Alto Tribunal no

Cámara Federal de Casación Penal


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

puede ser invocado sin más, para pretender fundar la posición en cuanto que el pedido concreto de pena por parte del fiscal, durante su alegato en el juicio oral, sea vinculante para el tribunal de juicio. Ello por cuanto entiendo que el precedente no es aplicable al caso, atento que: "(C)abe resaltar que en dicho caso no hay una acusación del Ministerio Público Fiscal ni de querrela alguna, que sustente la condena impuesta. En esa oportunidad se declaró la nulidad del fallo y de los actos procesales dictados en consecuencia, atento que el Máximo Tribunal advirtió que se había dictado una sentencia condenatoria sin que mediase acusación".

Puede observarse que el precedente señalado por el recurrente, no es aplicable al caso en examen, atento que el Fiscal había solicitado en aquel la absolución del imputado, se había condenado pese al pedido de absolución, ello también conforme los precedentes de la CSJN en los casos "Tarifeño" T. 209. XXII. 28/12/1989; "Ferreira" F. 164. XXVIII. 20/10/1995; "Cáseres" C. 397. XXVIII. 25/09/1997; "Santillán" S. 1009. XXXII. 13/08/1998 -aunque en éste caso hubo pedido de absolución fiscal, pero se admitió para la pena el pedido de la querrela particular-; "Mostaccio" M. 528. XXXV. 17/02/2004 y "Del'Olio" D. 45. XLI, de fecha 11/07/2006.

El caso sometido a juzgamiento por el presente recurso es esencialmente distinto, porque no se cuestiona la materialidad de los hechos, la plataforma fáctica, la culpabilidad del autor y calificación legal, detentando plena validez la acusación, siendo la discordancia sólo en cuanto al monto de la pena impuesta, la que se encuentra dentro de la escala legal.

A ello cabe agregar, que posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó por mayoría un recurso extraordinario en queja por inadmisibles, cuando tuvo

oportunidad de expedirse sobre circunstancias que versen acerca del control sobre el monto de la pena -conforme "Amodio, Héctor Luis" s/ causa N° 5530, A. 2098. XLI, con disidencia de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni, de fecha 12/06/2007-, en un caso similar al aquí en estudio. Cabe señalar que éste ha sido el decisorio del más Alto Tribunal, y no aquel que cita la defensa a fs. 345 vta., donde trae a colación el voto de la minoría.

Por otra parte, dicho criterio ha sido ratificado por el máximo Tribunal por mayoría en el precedente "Godoy, Gustavo Ezequiel y otro s/ causa N° 1499/1514", G. 1363. XLIII, manteniendo la disidencia los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni, en fecha 22/12/08.

4°) Que habiendo coincidencia en el caso concreto respecto a la plataforma fáctica imputada, a la calificación legal del delito en cuestión y la responsabilidad del imputado, oídas las partes, no se 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 determinación de la pena para el caso concreto. Las pautas reguladas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, están dirigidas al juzgador, que es el único que tiene el deber de fijar la medida de la pena para el caso concreto, que ha sido materia de debate y pruebas durante el juicio.

En los mismo términos: "(D)ichas pautas son las necesarias para que el juzgador sea quien determine la pena en el caso concreto sometido a su jurisdicción. Así surge claramente del artículo 40 del mismo cuerpo legal en cuanto prevé que "los jueces fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso..."; "(P)or lo tanto, si el tribunal de juicio considera al dictar sentencia condenatoria, que corresponde la imposición de una pena superior o inferior a la solicitada oportunamente por el Ministerio Público Fiscal en su alegato, debe ello

Cámara Federal de Casación Penal


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

entenderse como un acto propio de su jurisdicción. La determinación judicial de la pena debe encontrarse fundada en las demás consideraciones de hecho, derecho y pruebas que han sido debatidas con igualdad de armas por las partes durante el contradictorio, dentro de las pautas previstas en los artículos 40 y 41 del Código Penal" (cfr. "Saavedra, Juan Carlos y otros/ recurso de casación", Sala II, causa n° 12.945, reg. N° 19.656, rta. el 09/02/12).

En el mismo sentido, ello sumado a lo resuelto anteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "Marcilese" ya aludido -conforme considerando 15 del voto del Juez Fayt-, en razón de sostener el tribunal de juicio, una evaluación de los hechos y una interpretación distinta a la propugnada por el fiscal, que no puede exigírsele al juez que quede atado ineludiblemente a ésta.

5°) Por lo tanto, no advierto agravio alguno en cuanto Maximiliano Alberto Rossi ha sido condenado a una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, atento que ésta se encuentra dentro de la escala del delito sometido a fallo, con observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales -Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557-.

6°) Cabe rechazar el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa respecto al artículo 401 del CPPN, atento que a mi entender, no se han vulnerado disposiciones constitucionales ni convencionales con jerarquía suprema, tales como el artículo 18 de la Constitución Nacional que establece "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"; el artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Garantías judiciales ... El proceso penal debe ser público..."; el

artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "... Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...", dado que interpretados dogmáticamente establecen las garantías de un sistema de enjuiciamiento público en materia penal, como requisito de todo Estado democrático para impedir procesos secretos -tal como sostuve en el precedente "Saavedra..." aludido-.

Allí he sostenido que: "Cabe además agregar que las normas deben interpretarse armónicamente, partiendo del principio que el legislador cuando sanciona una ley lo hace con previsión, de manera que cuando ha querido ponerle un límite al juez, lo prevé expresamente como surge del artículo 431 bis, al legislar sobre "juicio abreviado", estableciendo 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. Dicha limitación no se encuentra en el artículo 401 del C.P.P.N., sino por el contrario le da la facultad al juzgador de que: "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...".

De tal modo, entiendo que en el caso se ha cumplido con la obligación de una revisión integral del fallo condenatorio y de la pena, establecida tanto por la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos -con cita de "Herrera Ulloa v. Costa Rica" del 2 julio de 2004-, y conforme lo consagran los artículos 8.2. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político.

De conformidad con lo expresado en los considerandos

Cámara Federal de Casación Penal


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

precedentes, cabe rechazar la pretensión del recurrente en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 401 C.P.P.N. en lo que aquí respecta, atento no vulnerar garantías constitucionales ni convencionales.

7°) En definitiva, los defectos señalados en el libelo recursivo son insuficientes para descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido, la que no luce desproporcionada ni irrazonable y se ajusta a la escala penal aplicable al caso. Por lo tanto, no se aprecia en el caso, violación a garantía constitucional ni convencional alguna.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Maximiliano Alberto Rossi a fs. 340/352 vta., con costas (artículos 469, 470 a contrario sensu, 530, 531 y concordantes del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez Dr. Alejandro W. Slokar dijo:

-I-

El recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que el fallo atacado es recurrible a tenor de los arts. 457 y 459 C.P.P.N., la presentación casatoria satisface las exigencias de interposición (art. 463 de dicho código) y de admisibilidad (art. 444), y se han invocado los agravios fundados en la inobservancia de la ley sustantiva y procesal (art. 456, incs. 1° y 2°).

-II-

La censura que aborda el remedio en trato se dirige a cuestionar la pena impuesta a Maximiliano Alberto Rossi. La recurrente postuló, en primer lugar, la inconstitucionalidad del art. 401 del rito por considerar que la sanción impuesta ha

sido mayor a la peticionada por el fiscal y, en segundo lugar, alegó arbitrariedad en la justificación del monto de la pena.

Con relación al planteo primigenio, considero aplicable los criterios que he sentado al concurrir al dictado de la sentencia en la causa n° 12.945 "Saavedra, Juan Carlos y otro s/ recurso de casación" (Registro n° 19.656, rta. 9 de febrero de 2012) y sus precedentes, a cuyos fundamentos me remito por razón de brevedad.

Allí, después de examinar los alcances de los arts. 116, 120 y 18 C.N., concluí que los jueces no pueden fallar en exceso de la pretensión del fiscal porque esa pretensión impone un límite a su jurisdicción para determinar la pena.

Desde esta perspectiva, tomo nota de que el Fiscal General, al momento de alegar en la audiencia de debate, había requerido que se impusiera al imputado Rossi la pena de un año y seis meses de prisión y el pago de las costas del proceso, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo simple previsto en el art. 164 del Código Penal (fs. 117).

Sin embargo el *a quo* lo condenó a tres años de prisión a título de robo agravado por su comisión en banda (art. 167, inc. 2, del C.P.), sentencia contra la cual oportunamente se alzó la defensa mediante recurso de casación, en virtud del cual esta Sala, en definitiva, recalificó el hecho tenido por cierto como constitutivo del delito de robo simple (art. 164, C.P.), disponiendo el reenvío de las actuaciones al tribunal *a quo* para el dictado de una nueva pena (fs. 195/202 vta.).

En este nuevo marco legal, el tribunal sentenciante fijó la dosimetría punitiva en dos años y cuatro meses de prisión (fs. 322/328 vta.).

De lo expuesto se observa que -tal como lo pregona el recurrente- ha habido una infracción a la ley y a la Constitución en la sentencia en crisis en cuanto se impuso una pena superior a la pretendida por el acusador.

Cámara Federal de Casación Penal


MARÍA JIMENA MONSÁLVE
SECRETARIA DE CÁMARA

Ahora bien, la defensa postuló también defecto en la fundamentación de la cuantificación de la pena. Al respecto, refirió que el *a quo* tomó en cuenta como agravante los antecedentes condenatorios de su asistido y, de otro lado, sostuvo que los argumentos de los judicantes fueron contradictorios e insuficientes. Pretende, en definitiva, el dictado de una nueva pena en esta instancia que "... no supere, atento la calificación final del hecho, el año de prisión" (fs. 351 vta.).

En este aspecto, más allá de considerar que, tal como lo ha puesto en evidencia la recurrente, la decisión en crisis se revela con una fundamentación contradictoria en orden a la falta de coincidencia en punto a la valoración de las circunstancias agravantes y diminuentes de la pena, dable es también destacar que es ilegítima la mera mención de los antecedentes del imputado, sin la indicación del modo concreto y específico en que podrían ser considerados relevantes en la presente causa, lo cual no resulta suficiente —ni mucho menos— para fundar una agravación.

En tales condiciones, soy de la opinión que debe hacerse lugar al recurso de casación de la defensa, sin costas y, siendo que la determinación de la pena está condicionada a la inmediación previa regulada por el art. 41 *in fine*, C.P. (Cfr. C.S.J.N. in re "Niz, Rosa A.", N.132.XLV, del 15/06/2010), corresponde que se reenvíen las actuaciones a la instancia anterior para que se proceda a la medición indicada por el tribunal que resulte desinsaculado, por lo que deviene inoficioso el tratamiento del planteo presentado por la defensa en el término de oficina a través del cual solicitó que se declare por ante esta instancia casatoria la nulidad de la resolución dictada alegando violación a la garantía de imparcialidad.

-III-

Por lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación de la defensa pública oficial (fs. 340/352), sin costas, anular la sentencia impugnada (fs. 322/328 vta.) y reenviar la causa para que, por órgano habilitado, se dicte un pronunciamiento conforme a la doctrina postulada (arts. 471, 530 y 531 C.P.P.N.).

Es mi voto.

La señora juez **Angela E. Ledesma** dijo:

a. En virtud de los fundamentos que sostuve al votar en la causa 4833 "*Luján, Marcos Antonio s/ recurso de casación*", resuelta el 3 de mayo de 2004, registro 229/04 de la Sala III, adhiero a la solución propuesta por el doctor Slokar.

En tal sentido se han expedido los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni in re "*Amodio, Héctor Luis s/causa 5530*" -Fallos: 330:2658-, "*Fagundez, Héctor Oscar y otro s/causa n° 7035*", F.452.XLIII (voto compartido en este precedente con el Dr. Carlos S. Fayt), "*Frías, Roque Francisco s/causa n° 6815*", F.127.XLIII, "*Trinidad Noguera, Carlos Alberto s/causa n° 7313*", T.502.XLIII -los tres últimos de fecha 12 de agosto de 2008-, y "*Fernández Alegría, Jorge s/ley 23.771 y 24.769 -causa 1977/04-*", F.1435.XLII, de fecha 2 de junio de 2009.

b. En lo concerniente a los agravios vinculados con la mensuración de la pena, advierto que los magistrados han tenido en cuenta diversas circunstancias -entre ellas, la existencia de antecedentes penales respecto del imputado- que ponen en jaque el principio de prohibición de doble valoración (cfr., entre otras, la causa 5938 "*Diharce, Marcelino Carlos y otro s/ recurso de casación*", resuelta el 22 de diciembre de 2005, registro 1151/05 de la Sala III), todo lo cual sella

Cámara Federal de Casación Penal

favorablemente las críticas formuladas por la defensa.

c. Por último, y abierta como ha sido la jurisdicción de este Tribunal, se observa que el fallo contiene un supuesto de arbitrariedad al "mantener" la declaración de reincidencia impuesta a Rossi.

En efecto, más allá de los reparos constitucionales de la reincidencia, en razón de que produce un agravamiento de la condena en violación al *ne bis in idem* (arts. 14.7 del P.I.D.C. y P.) y al principio de culpabilidad (art. 18 de la C.N.) -conf. Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de San Martín, causa 649, "Ortiz, J. C. s/tenencia de arma de guerra y material explosivo", resuelta el 3 de mayo de 1999, y causa n° 6628, "Muñoz, Jorge Lucas s/rec. de casación", reg. n° 861/06 de esta Sala, de fecha 14 de agosto de 2006, y sus citas, entre otras- la sentencia objetada, es arbitraria al pronunciarse sobre tal tópico.

En tales términos, los jueces se erigen como una especie de controladores extra legem de la decisión adoptada por otro tribunal, en relación a aspectos puntuales ventilados en otra causa, ajenos a las circunstancias verificadas en el presente caso, afectando el principio *ne bis in idem*.

Pero además, los jueces no identificaron el proceso en que se dispuso la declaración de reincidencia que ahora se mantiene, circunstancia que también determina la invalidación de la sentencia.

En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa, anular la sentencia recurrida y enviar las presentes a la Secretaría General de esta Cámara con el objeto de que se desinsacule un nuevo Tribunal para que, previa audiencia, dicte otro pronunciamiento sobre el punto con arreglo a las consideraciones expuestas, sin costas (arts. 123 y 404 inc. 2,

456, 470, 471 y 530 y cc. del CPPN).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, por mayoría, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por la Defensa Pública Oficial, **SIN COSTAS, ANULAR** la sentencia de fs. 322/328vta., exclusivamente en lo atinente a la graduación de la pena, y en consecuencia, **REMITIR** las presentes actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara con el objeto de que se desinsacule un nuevo Tribunal para que, previa audiencia, dicte otro pronunciamiento sobre el punto con arreglo a las consideraciones expuestas(arts. 123 y 404 inc. 2, 456, 470, 471 y 530 y cc. del CPPN).

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.



ALEJANDRO W. SLOCKAR

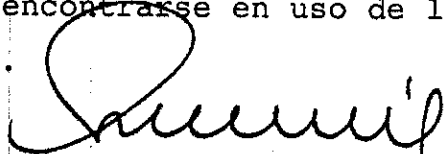


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA



ANGELA ESTER LEDESMA

NOTA: se deja constancia que la Dra. Ana María Figueroa, participó de la deliberación, emitió su voto y no firma la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399 *in fine* del C.P.P.N.).



MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA