

## **UN FALLO TRASCENDENTE.**

*Fallo plenario del Tribunal de Casación respecto de la posibilidad del órgano jurisdiccional de imponer una pena superior a la solicitada por el Fiscal.*

**Ernesto Ferreira – Manuel Bouchoux**

Alumnos de la Especialización en  
Derecho Penal y Criminología

Sin riesgo de error puede afirmarse que el fallo plenario que nos ocupa es el más trascendente de los que ha pronunciado el Tribunal de Casación desde su creación, por cuanto además de decidir la cuestión que diera motivo al acuerdo, en los extensos considerandos de los integrantes del tribunal se hace mención a otras problemáticas procesales que secante o tangencialmente se vinculan con aquella cuestión y que hacen a aspectos esenciales de la legislación ritual que rige en nuestra provincia a partir de la sanción de la ley 11.922.

La cuestión que diera motivo a la solicitud de Acuerdo Plenario del Fiscal ante la Casación fue planteada en el decisorio en los siguientes términos: *¿Puede el órgano jurisdiccional dentro de una misma calificación legal aplicar una pena superior a la requerida por el fiscal?*. Se trata de la vieja discusión procesal referida a la posibilidad del juez de imponer una pena más alta que la pedida por el fiscal en su acusación, problemática que para un sector de la doctrina y de los operadores judiciales correspondería reencauzar en consonancia con el pretendido carácter acusatorio del actual procedimiento bonaerense.

Finalmente, el punto decisivo fue resuelto -por mayoría y con la única disidencia del doctor Sal Llargués- en el sentido de que la solicitud fiscal no limita al juez, salvo en los casos legalmente previstos.

Pensamos, sin embargo, que la riqueza del pronunciamiento plenario no radica tanto en la importante decisión que lo corona, sino más bien en las múltiples problemáticas que se abordan en cada una de las argumentaciones ensayadas para arribar a la solución final, a saber: la esencia de la función jurisdiccional, la garantía de defensa en juicio y su manifestación en el principio de congruencia, el rol de las partes en el proceso, el alcance del desistimiento de la acusación por el fiscal, el instituto del juicio abreviado y los límites de la función de la casación.

Esta presentación no tiene más pretensión que la de exponer sintéticamente alguno de los argumentos más importantes contenidos en cada una de las opiniones

vertidas en el Acuerdo, sin perjuicio de lo cual se recomienda la lectura completa del fallo.

El **doctor Piombo** delinea en primer lugar los aspectos de carácter institucional que, en su criterio, resultan relevantes para dar una respuesta al planteo sometido al plenario, identificando los mismos como aquellos vinculados a: la esencia y contenido de la jurisdicción, el alcance del principio de congruencia, el papel que desempeñan las partes en el proceso acusatorio instrumentado por la ley 11.922, y los límites y funciones de la casación

En cuanto a la esencia y contenido de la jurisdicción, parte de la base de que tal función del Estado es sustitutiva de la venganza privada, ejercida por un tercero imparcial e independiente (los jueces), destacando los valores que deben informar el proceso penal conforme a las normas constitucionales. Entiende, además, que esa función no es ejercida por los Ministerios Públicos (Fiscales o de la Defensa) caracterizando los roles que los mismos deben cumplir, para concluir en que los Jueces no tienen otras limitaciones para ejercer su función que las establecidas en el ordenamiento jurídico.

Enlazado con lo anterior, identifica como cortapisa a la función de los jueces, la derivada del principio de congruencia estableciendo, en lo sustancial, que el mentado principio requiere identidad entre el hecho intimado en los sucesivos actos procesales por los que transcurre la imputación y el narrado en el veredicto y sentencia, quitando de este ámbito de limitaciones lo concerniente a la calificación legal y a la individualización de la pena. Y, con directa vinculación a la temática a dilucidar, destaca que las limitaciones a la función jurisdiccional en la determinación de la pena sólo emergen, normativamente, de lo legislado con carácter excepcional en el art. 399 del C.P.P., en el marco del instituto del juicio abreviado, en el cual la sanción requerida conforma un “techo” que no puede ser ultrapasado por el juez., advirtiendo que en el resto de los procedimientos legislados no existen otras limitaciones que las que dimanen de los arts. 40 y 41 del C. P.

Analizando la función de la casación (normofiláctica y unificadora), en relación con el tema sometido a plenario, entiende que la misma no podría cumplirse si una de las partes en el proceso, el fiscal -con un interés distinto al de ese órgano jurisdiccional- le impusiera al Tribunal su propio criterio en orden a la individualización de la pena, pues en el caso en que se mutara la significación jurídica de la acriminación, ello conllevaría la de la escala aplicable y su incidencia en el monto de pena a imponer, cuya fijación –destaca el Dr. Piombo- no puede ser irrazonable ni

quedar reservada al arbitrio de intérprete.

Por último, el Dr. Piombo refiere que la temática se torna más compleja en el marco del principio acusatorio (que caracteriza, conforme precedentes del Tribunal, como un sistema en que las partes administran la prueba y pueden disponer de derechos procesales que hacen a expectativas o posibilidades, en el marco del cual el órgano jurisdiccional es un tercero absolutamente imparcial), sin perjuicio de lo cual destaca que tales particularidades no autorizan al órgano jurisdiccional a delegar en otros sujetos del proceso el “deber de juzgar que es valorar, subsumir y decidir”, concluyendo en que “...dejar en manos de las partes poner el techo a la penalidad por aplicar implica, ni más ni menos, una traba al ejercicio de la potestad de subsumir y juzgar...”

Descarta entonces que el juez incurra en “extra petita” al imponer pena mayor que la solicitada pues –en su criterio– “...el ejercicio de la acción penal implica sólo exponer el fundamento fáctico, fundar la responsabilidad y proponer la sanción, nunca subrogarse al juez...”, con lo que “...sólo configura demasía la condena por hecho distinto de aquel que motivó la acusación....”.

El **Dr. Mancini** inicia su voto destacando que las normas procesales no pueden ser interpretadas de modo tal que vengan a impedir la aplicación de las leyes de fondo, descartando entonces una contienda que podría pretenderse como existente entre jurisdicción y acción, pues en su criterio la jurisdicción es “sustancia primera” y la acción “herramienta de condición instrumental”..

Entrando de lleno a dar una respuesta al planteo, el Dr. Mancini analiza en primer lugar el ámbito legal pertinente, destacando que las normas a considerar puntualmente resultan ser los arts. 40 y 41 del C.P. y el art. 375 del C.P.P., sin perjuicio de otras, de distintas jerarquías, que resultarían complementarias.

Con ese esquema, establece como principio general que “...los magistrados sentenciantes deberán imponer la pena dentro del marco de la escala del tipo penal atribuido, fijándola de acuerdo con atenuantes y agravantes particulares del caso, y de conformidad con las reglas del art. 41 del Cód. Penal, sin que en tal franja que va del mínimo al máximo deban constreñirse a otros topes distintos de los que emerjan de normas específicas que obliguen a respetar determinadas dimensiones...”, mencionado que las limitaciones o excepciones al principio derivadas del juicio abreviado, la prohibición de la “reformatio in pejus”, la tentativa y la participación secundaria, vienen a confirmar la regla.

A continuación, el Dr. Mancini expone su postura en relación con uno de los

argumentos si se quiere más efectistas de quienes piensan que la respuesta a la pregunta planteada en el plenario debe ser negativa, en virtud de lo dispuesto por el art. 368 del ritual bonaerense y respaldado por aquello de que “quien puede lo más, puede lo menos”

Este magistrado descarta este postulado y entiende que, sin que exista una norma expresa que permita considerar que se ha pretendido limitar la función jurisdiccional en cuanto a la individualización de la pena, nada permite tenerla como escrita, aludiendo a que tales cortapisas, de considerarse necesarias, fueron explícitamente previstas en la ley.

En definitiva, argumenta que “...el magistrado que admitiese que por aplicación de los artículos 40 y 41 del C.P. y 375 del C.P.P. cabría una pena superior a la que impone, pero se ajustare luego al tope que entiende fijado por el pedido del acusador, estaría incumpliendo con la ley, al menos si no hubiere recurrido a un mecanismo legal para tener por desaplicadas las normas en principio aplicables...”.

Por otro lado, el Dr. Mancini critica los argumentos de quienes sostienen que el sistema acusatorio impone una solución contraria. En tal sentido señala que resulta un “despropósito lógico” catalogar doctrinariamente un sistema para luego, a partir de tal bautismo académico, sostener sobre esa base, que el sistema tiene regulado de una determinada manera algún punto concreto, desentendiéndose de los textos legales.

En definitiva, recordando lo dispuesto en los arts. 71 y 274 Cód. Penal, descarta que rija el principio de oportunidad y entiende que el sistema vigente sólo puede concebirse como “...formalmente acusatorio en orden a que el Estado (jurisdicción por excelencia) escinde de sí mismo un órgano, el Ministerio Público y separa, de forma, las funciones de sentenciar y acusar...”.

Asimismo, en relación con el principio de congruencia, que resultó uno de los argumentos más relevantes de los proponentes del plenario, el Dr. Mancini efectúa un exhaustivo análisis de sus implicancias vinculadas al derecho de defensa en juicio y el debido proceso (examen en el cual, el Dr. Mancini hace hincapié en la “sorpresa”), diferenciando aquello que está cubierto por este principio en virtud de las infinitas variantes que pueden presentarse (los hechos), de lo que no lo está (el derecho), arribando a la conclusión de que el interrogante planteado en el plenario “...se instala en un ámbito netamente normativo, al menos si se la encara considerando que la selección del monto de pena —como operación jurídica destinada a individualizar la sanción del condenado dentro de una escala legalmente establecida y de conformidad con pautas, también legalmente indicadas-...no tiende a reconstruir históricamente y

mediante cotejo probatorio lo sucedido, sino que, distintamente, una vez obtenida esa realidad evocada, se desenvuelve hacia un terreno arquetípico de la jurisdicción como tal, consistente en decidir un punto determinado atendiendo a la aplicación de la ley a dicho punto, o sea, pronunciándose en concreto a partir de un mecanismo que, más gráficamente, podría describirse como el acto de hacer descender un mandato legal abstracto sobre aquello que resulta objeto (con resultado hasta allí indeterminado) de la decisión judicial determinante. Ni más ni menos que actuar la ley...”.

Asimismo, advierte que el requerimiento de una pena por parte del Fiscal “...no tiene la virtualidad de cambiar la ley que establece la escala dentro de la cual el juzgador debe individualizar la especie y cuantía de la pena. Es decir, si la ley no se altera por esa vía, entonces el monto requerido por la acusación no puede funcionar como una regla de tope que, bajo apercibimiento de incongruencia, limite al magistrado por fuera de la ley...”, aludiendo además a que –en su criterio- el Código Procesal vigente no exige que el Acusador solicite un quantum específico de pena a imponer, siempre que pretenda un veredicto condenatorio y que, en definitiva, el órgano jurisdiccional puede ponderar circunstancias agravantes no requeridas por el Fiscal, siempre que los hechos en que las mismas se funden se hayan dado por acreditados en virtud de las pruebas válidamente introducidas en el proceso.

Por último, el Dr. Mancini refiere que sus conclusiones resultan del escenario legal vigente y que –de mediar una reforma legislativa- la solución podría ser diversa.

En definitiva afirma que “...la fijación de la pena es labor propia (más que facultad, deber) de los jueces que tienen a su cargo el pronunciamiento sobre el punto. Es, ni más ni menos que una de las varias facetas (acaso una de las arquetípicas) del ejercicio mismo de la jurisdicción. Y en esta alternativa del ejercicio de dicha jurisdicción, la tarea de selección fundada de la pena no tiene otros límites cuantitativos que aquellos que le vienen impuestos por la ley”.

El **Dr. Natiello** inicia su voto postulando una ampliación del tema a decidir que incluya, en ese contexto, lo atinente a la calificación, atenuantes y agravantes. Seguidamente efectúa un importante esfuerzo por demostrar que, en realidad, las decisiones a las que se aludió como contradictorias entre la Sala I y la Sala III del Tribunal de Casación como fundamento para la convocatoria al plenario no eran inconciliables.

Por otra parte, y ya en su respuesta al interrogante planteado, considera que “...salvo los supuestos de justicia negociada (“rectius” en los casos de juicio abreviado de los arts. 399 y cc. del C.P.P.), la limitación a la jurisdicción de los jueces no procede

sea extendida analógicamente a procesos como los de trato, y su función decisoria no puede quedar limitada por el requerimiento de pena formulado durante el debate, en lo que hace a la mensura del reproche, especie, modalidad de aplicación, monto de la pena a aplicar, así como juzgar o precisar en punto a las figuras delictivas a aplicar, sin otra limitación que su razonabilidad (o sea si no se alegara y acreditara absurdo, arbitrariedad, ilegalidad, irracionalidad o quebranto de las leyes de la sana crítica, de la lógica, psicología, experiencia o del sentido común)...”, adhiriendo por lo demás, al voto del Dr. Piombo.

El **doctor Celesia** comienza su argumentación definiendo en qué consiste a su criterio la función jurisdiccional y la labor doctrinaria, señalando que aquella debe aplicar las leyes penales a situaciones concretas, debiendo entonces separarse tal función, que supone la interpretación de la ley a aplicar, de las formulaciones doctrinarias que más bien pretenden establecer lo que la legislación debiera decir, concluyendo que nunca puede anteponerse la concepción dogmática a la propia ley.

Ya en más estrecha relación con la cuestión planteada, considera este magistrado que la ausencia de una solución legal expresa al interrogante planteado constituye una importante omisión del codificador, que sin embargo no impide que a partir de la consideración de las específicas prohibiciones de apartarse de la pena solicitada por el fiscal que se prevén para el juicio abreviado y el correccional, en su relación con los arts. 40 y 41 del Código Penal, pueda concluirse que resultaría ilógico transformar la expresa excepción en regla general.

Más adelante, se refiere Celesia al principio de legalidad establecido por la ley de fondo para el ejercicio de las acciones penales, conceptualizando los excepcionales supuestos en que tal principio se limita –entre los cuales se encuentra el supuesto de juicio abreviado- como sistemas de “oportunidad reglada”, advirtiendo del peligro que correría el principio de igualdad si se permitiera sin más morigerar las penas por criterios de política criminal emanados de los Ministerios Públicos provinciales.

En la parte medular de su voto reseña brevemente la evolución histórica de los sistemas procesales, señalando las características que distinguen los sistemas acusatorio puro, inquisitivo y acusatorio formal o mixto, advirtiendo que no debe equipararse el sistema acusatorio actual con el principio dispositivo, ni tampoco confundirse contradicción con acusatorio, concluyendo que este último principio sólo obliga a respetar los límites establecidos en relación con los hechos contenidos en la acusación, pero no impide al Tribunal aplicar la pena que estime adecuada.

Los doctores **Mahiques** y **Hortel** adhieren al voto del doctor Piombo, agregando el último una mención a su postura sentada en causa 4714, “García” (sent. 2-II-2002), respecto la posibilidad de que el Tribunal compute circunstancias agravantes no solicitadas por el Fiscal.

El doctor **Sal Llargués** es quien expresa la postura disidente, según la cual los órganos de juicio no pueden ultrapasar el límite del reclamo del Ministerio Público Fiscal.

Los argumentos de Sal Llargués para sustentar su postura giran en torno al carácter acusatorio del procedimiento instaurado por ley 11.922, afirmando que la adopción de tal sistema implica el abandono de la acendrada cultura inquisitorial que reconoce siglos de historia.

Así, indica diversos supuestos en que nuestra ley procesal privilegia los criterios de la parte acusadora por sobre la jurisdicción, señalando al respecto los arts. 161, 268, 321, 326 y 368 del rito, aseverando respecto de este último que si el fiscal puede disponer de la acción en forma irrevocable, entonces tal poder –que implicaría la máxima disponibilidad posible- habilitaría manifestaciones menores del mismo, por aplicación del aforismo de que quien puede lo más, puede lo menos.

Refiere Sal Llargués con relación al instituto del juicio abreviado -entre otras cosas- que la sentencia que cierra este juicio “tiene la impronta de la homologación”, en tanto que al mencionar la cesura de juicio del art. 372 del rito sostiene que el capítulo de la mensura de la pena merece un desarrollo teórico parejo al que mereciera la teoría del delito.

Aborda luego la temática referida a la imparcialidad del juez, señalando que no puede afirmarse ésta si se le reconoce la facultad de ir más allá de la exigencia del recurrente, en cuyo caso el juzgador resultaría –en términos corrientes- “más papista que el papa”.

Se ocupa luego de relacionar la cuestión a resolver con el principio de contradicción, indicando que permitir la sorpresa contra la defensa sin posibilidad de réplica implicaría una emboscada del Tribunal que atentaría contra la igualdad de armas, agregando que es el debate el momento en el que se recrea el hecho histórico y se verifica el contradictorio, no pudiendo el juzgador incorporar elementos en la etapa de deliberación.

Tras mencionar el precedente n° 1560 (reg. Sala I) en pretendido apoyo de la postura esbozada, nos indica Sal Llargués –con cita de Maier- que no debe olvidarse

que juzgador y juzgado son integrantes de una misma agrupación social y política, y tanto unos como otros son sólo personas.

En definitiva, concluye que el criterio al que se opone lesiona diversas garantías constitucionales, así, la igualdad de armas, el principio de congruencia y la defensa en juicio, lo que determina que en su criterio la jurisdicción no pueda exceder el reclamo que el acusador formule.

El **doctor Borinsky** comienza por señalar las diferencias entre el proceso civil y el proceso penal, advirtiendo que un trasbordo directo de conceptos del primero hacia el segundo resulta inadecuado, pues no atiende a sus diferencias esenciales. Descarta, entonces, que el Estado, como titular del derecho de penar acuda al tribunal a fin de solicitar protección jurídica, desde que –en su criterio- la pena es una manifestación de la justicia distributiva y el derecho de penar corresponde al mismo tribunal (que es parte del Estado, efectivizando ese “ius puniendi”).

Agrega, además, que el establecimiento de un sistema acusatorio no conmueve en nada esta afirmación, pues el juez no depende, para ejercer su función, de los pedidos del acusador y acusado acerca de la medida de la pena. Asimismo, considera que el principio de congruencia que se analizó en los votos anteriores “...no atañe a la definición del hecho imputado ni impide aplicar penas más graves a las solicitadas, siempre claro está, que el delito no sea de competencia superior o especial...”

Por otra parte, sostiene que la única excepción a éste principio esta constituida por el juicio abreviado.

En definitiva, descartando que el poder individualizador de la pena sea discrecional pues está reglado (artículos 40 y 41 del Código Penal) y constituye – entonces- materia casable, sostiene que su determinación le corresponde al juez.

En último término, el **Dr. Domínguez** quiso emitir su opinión en virtud de la trascendencia de la cuestión debatida.

Ensayo este magistrado una breve reseña histórica respecto de la facultad del juez para imponer pena y como ésta se incorporó a la Constitución Nacional. En tal sentido, menciona el instituto del Gran Jurado inglés –receptado en la Constitución norteamericana- como el antecedente de la previsión de nuestra carta magna respecto del juicio por jurados, señalando que en tal modelo de enjuiciamiento el juez asume un rol de tercero imparcial, y que justamente esa posición neutral es la que lo habilita a determinar la pena más allá de las partes. Agrega que la división de funciones en la tarea judicial emanada de nuestro sistema republicano tiene por fin resguardar la

efectiva realización de los principios de bilateralidad y contradicción frente a un juez imparcial, y que en definitiva nuestro actual proceso penal encuentra origen en las normas supralegales que se refieren al juicio por jurados.

Entiende el Dr. Domínguez encontrar argumentos legales a favor de la posibilidad del juzgador de determinar la pena por encima del pedido fiscal en el instituto de la cesura del juicio previsto por el art. 372 del rito, pues en su criterio dicha disposición supone la determinación de la pena luego de un debate contradictorio donde el juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional individualiza la pena concreta sujeto a los límites que la ley impone, sin que ello implique ni cambio en las reglas de juego ni un atentado contra la seguridad jurídica, puesto que de cualquier modo siempre queda la vía recursiva.

En definitiva, concluye el Dr. Domínguez que la vinculatoriedad del pedido de pena fiscal iría en desmedro del órgano jurisdiccional que decide con sustento constitucional, como tercero imparcial y en resguardo del debido proceso, todo lo que lo lleva a decidir que la individualización de la pena es facultad privativa del juez.

#### **Palabras finales.**

Creemos que –tal como surge con más o menos explicitación en los votos que hicieron la mayoría (y en particular del voto de los doctores Mancini y Celesia)- el interrogante que el Ministerio Público Fiscal sometió a la decisión de la Casación, dio por cierta una premisa fundamental, a saber, la incidencia que el rótulo de acusatorio que se efectúa del nuevo régimen procesal tendría en la interpretación de las normas de distintas jerarquías implicadas en la decisión a adoptar, que no integraba (tal vez no podía integrar) la cuestión a decidir por el pleno del Tribunal, con lo que se incurrió –tal vez, inadvertidamente y por necesidad insuperable- en una petición de principio que obturó una mayor amplitud en las opiniones de los magistrados.

Y esto no importa una crítica a ese Ministerio en cuanto al planteo de la problemática, sino a señalar una dificultad en la formulación misma del interrogante, más aún teniendo en cuenta que la función característica del Tribunal de Casación, esto es, resultar un Tribunal de derecho, aventaba la posibilidad de someter a su decisión una cuestión puramente académica o doctrinaria, a saber: el carácter de acusatorio puro o impuro, formal o material del rito vigente.

Por fuera de tales disquisiciones vinculadas al análisis del discurso y los usos del lenguaje, creemos que el Plenario que comentamos resultará de suma utilidad para los operadores jurídicos bonaerenses. Y ello es así, no sólo por la respuesta a la

que se arribó, sino también por el profundo análisis que se efectuó de principios tan trascendentales y tan útiles en la labor cotidiana del sistema penal bonaerense, que referíamos al principio, como lo es el alcance que debe asignársele al principio de congruencia y, en general, a las derivaciones del derecho de defensa en juicio y el debido proceso, en torno a la individualización de la pena..