

# HACIA UN ABORDAJE INTEGRAL DE LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS<sup>1</sup>

Por Nicolás J. Ossola

## I. PUNTO DE PARTIDA

La *prohibición de la reformatio in pejus* (en adelante también *reformatio*) se presenta mayormente como una garantía instaurada en favor de la persona sometida al poder punitivo estatal que incide en la actividad decisoria del juzgador, limitando su capacidad de resolución. Por lo pronto, parece no haber discusión que así funciona en el ámbito recursivo, cuando la instancia impugnativa se alcanza como consecuencia de una pretensión encaminada exclusivamente en favor del imputado<sup>2</sup>. En lo que a dicho entendimiento refiere, su anclaje constitucional fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia en “Gómez”<sup>3</sup>, precedente que puede tomarse como punto de partida en la evolución del instituto.

Conforme lo dicho, aún sosteniéndose una expresión mínima de la garantía, hay consenso en que el cuestionamiento de una decisión ante un órgano revisor no puede derivar en un resultado que empeore la situación jurídica ostentada previo a iniciarse la vía recursiva; claro está, siempre que no haya mediado en el caso recurso de la contraparte en tal sentido y sin perjuicio de las discrepancias que puedan suscitarse –como luego se verá - respecto del contenido material de cada uno de los elementos mencionados.

Pero más allá de esta primera aproximación, en este trabajo se intentará plantear que una explicación desde el sistema acusatorio –arts. 18 y 75, inc. 22 CN, art. 8.1 CADH y art. 14.1 PIDCP- permite proyectar sus consecuencias a diversas situaciones factibles de suscitarse tanto en momentos impugnativos como en el resto de las etapas del proceso, resguardando que, en el peor de los supuestos, el imputado mantenga su posición frente a la investigación penal en los términos estrictamente propuestos por la acusación. El punto de partida es entender el modelo acusatorio como presupuesto necesario de la imparcialidad, aunque sin conexiones estrictas con el derecho de defensa. Aquí se abordarán tan sólo algunas situaciones, sin ánimos de agotar las distintas variables que arrastra la temática elegida.

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente en AA.VV. *Garantías Constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2015.

<sup>2</sup> Expresamente así lo dispone el art. 445 del CPPN.

<sup>3</sup> CSN, Fallos: 234:270.

Así planteado el asunto, la *reformatio* constituye un reaseguro coherente con las derivaciones esenciales del principio acusatorio y, en su máxima expresión, se instituye como condición de su vigencia. Es por ello que su finalidad esencial reside en evitar la participación del juzgador en la formación y delimitación de la acusación –imputación de un hecho jurídico penalmente relevante con implicancias punitivas y, como condición previa, la actividad dirigida a tal fin-, lo que sin duda representaría indeseables resabios inquisitoriales y un escenario que, al día de hoy, y no obstante el carácter mixto de nuestro sistema procesal federal, no lograría superar el tamiz constitucional e internacional estructurado para garantizar los derechos de la persona sometida a la acción represiva del Estado. Lo dicho no pretende quitar el *ius puniendi* de las manos del juzgador, sino tan sólo aceptar que los fundamentos fácticos y jurídicos que lo justifican deben ser delimitados exclusivamente por la acusación.

## II. ENTRE EL DERECHO DE DEFENSA Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

En el intento de justificar la existencia de la prohibición de la *reformatio in pejus*, la afectación del derecho de defensa en juicio suele ser esgrimida de manera explícita, máxime cuando la discusión se encuentra limitada a su eventual aplicación en momentos recursivos. Pero en el centro del debate, aunque no siempre es reconocido expresamente, sobrevuelan conceptos que responden, antes que nada, al propio sistema acusatorio del proceso; como señala Maier “parece que la prohibición de la *reformatio in pejus* es una regla que sólo indirectamente se vincula con el principio de defensa”<sup>4</sup>.

La Corte Suprema sostuvo en reiteradas oportunidades que la vulneración de la garantía en cuestión lesiona el derecho de defensa del acusado<sup>5</sup>. En otras tantas ocasiones, y de un modo verdaderamente más laxo, consideró contrariada la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>6</sup>. Sin dudas puede decirse que aún en estos últimos supuestos la Corte continuó alegando una problemática a nivel de la defensa en juicio, puesto que el debate respondía en último término a la posibilidad de ejercer libremente el derecho al recurso (art. 8.5 CADH y 14.4 PIDCP)<sup>7</sup>, alejando cualquier riesgo de que dicha actividad defensiva

---

<sup>4</sup> Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2ª ed., del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 591.

<sup>5</sup> CSN, Fallos: 234:270; 234:367; 234:372; 237:198; 241:154; 244:198; 248:612; 295:778; 300:602; 303:1431; entre otros.

<sup>6</sup> CSN, Fallos: 247:447; 248:125; 255:79; 258:73; 258:220; 260:59; 274:283; 300:671; 306:435; 307:2236; 305:47; 311:2478; 312:1156; 315:2766; 317:961; 318:1072; 320:2690; 323:2806; 329:1447; 330:5187; 334:559.

<sup>7</sup> La Corte IDH ha expresado que el derecho a recurrir el fallo “busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”

perjudicara en forma sorpresiva la posición ya adquirida del recurrente, gracias al consentimiento –expreso o tácito– del acusador. En estos términos, se buscaría que el imputado evite abstenerse de recurrir una resolución que considera injusta, ante la eventualidad de que tal proceder termine finalmente por agravar su situación procesal.

Ahora bien, lo expuesto deja de ser determinante si se tiene en cuenta que en otros tantos casos –e incluso en muchos de los precedentemente citados– la Corte vislumbró un abuso o ausencia de jurisdicción por parte de los tribunales de alzada, es decir, un exceso en la competencia devuelta. Se aproxima la discusión entonces al resguardo del principio de congruencia, que pretende limitar las potestades del órgano revisor a las controversias planteadas por las partes, de modo de asegurar las formas sustanciales del juicio.

Aunado a lo expuesto, no deben soslayarse aquellos decisorios en los cuales la Corte indicó manifiestamente que “tan desprovista de soportes legales resultaría una sentencia de primera instancia sin acusación, como una condena de segunda instancia sin apelación”<sup>8</sup>; argumento alineado con la doctrina imperante de “Tarifeño”<sup>9</sup> y que permite emparentar la falta de acusación en el debate con la ausencia de petición acusatoria en el trámite de una impugnación, o bien, con los límites que ella impone.

Tomando este último razonamiento, en el marco de un recurso de casación, y ante al pedido de anulación de la sentencia condenatoria efectuado por el representante fiscal de dicha instancia de revisión, se sostuvo que si bien la doctrina en cuestión “fue establecida en relación a la falta de acusatorio por parte del Fiscal durante la etapa de juicio, “*mutatis mutandi*” resulta aplicable al caso a estudio -esto es el pedido de absolución realizado por el Ministerio Público Fiscal durante la etapa casatoria-”<sup>10</sup>. En la misma oportunidad se afirmó también que “las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia deben ser coherentemente respetadas a lo largo de todas las etapas del proceso”<sup>11</sup>.

---

(confr. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107”, párr. 158; Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 88; Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255, párr. 98). Asimismo, sostuvo que “Sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados” (Mohamed Vs. Argentina op. cit., párr. 119).

<sup>8</sup> CSN, Fallos: 255:79; 315:2766; 323:2806; 330:5187; 334:559 (por remisión a Fallos: 255:79).

<sup>9</sup> CSN, Fallos: 325:2019 (cfr. también CSN, Fallos: 318:2098; 317:2043; 318:1234; 320:1891; 327:120; 329:2956, entre otros).

<sup>10</sup> CFCP, Sala IV, “Castillo, Patricio Ernesto”, 21/11/2012 (voto de Borinsky).

<sup>11</sup> Voto del juez Hornos. En este mismo sentido se expresó en “López, Miguel Ángel” (30/08/12) y “Rajneri, Raúl Norberto” (10/07/13), ocasiones en las cuales indicó que “si la Corte Suprema entendió que la posición

De este modo, parecería que una decisión adoptada por sobre lo peticionado “violenta notablemente no sólo, la garantía de defensa en juicio y debido proceso, sino además, las bases mismas del Estado de Derecho, sin que quepa formular disquisiciones en torno a ello, toda vez que a partir de la incorporación de los pactos internacionales a nuestra Constitución Nacional -art. 75 inc. 22-, la discusión que mantenían algunos sectores doctrinarios sobre las pretendidas bondades y vigencia del sistema inquisitivo, ha sido definitivamente abolida, por mandato superior, quedando innegablemente consagrado el sistema acusatorio”<sup>12</sup>.

Es posible concluir por tanto que la razón principal para proscribir una reforma peyorativa en la situación procesal adquirida por el imputado la constituye el resguardo del principio acusatorio. Desde luego que el derecho de defensa puede jugar un papel importante en la consideración de la garantía -al igual que diversas cuestiones derivadas de los conceptos de seguridad jurídica y cosa juzgada-, pero no logra explicar su justificación en forma integral ni permite abarcar la totalidad de las situaciones en que la garantía puede verse comprometida.

Cierto es que de “Delgado”<sup>13</sup>, aunque no fuera decidido como un supuesto de *reformatio*<sup>14</sup>, es posible extraer que la Corte recurrió nuevamente al argumento vinculado con el derecho de defensa y los posibles “efectos sorpresivos” para el imputado; ello, pese a que por haberse sobrepasado jurisdiccionalmente la posición asumida por la acusación, el caso reunía las condiciones necesarias para ser abordado bajo la exclusiva perspectiva del principio acusatorio. En efecto, el escenario a resolver estaba dispuesto por el agravamiento del encuadre jurídico realizado por el órgano revisor, quien había tomado intervención como consecuencia del recurso interpuesto por el acusador contra la absolución del imputado y en el que proponía una calificación legal menos gravosa, idéntica a la solicitada durante el juicio. La Corte, advirtiendo una problemática en la congruencia del fallo analizado, afirmó que se había “reincorporado a la base fáctica de reproche una circunstancia que la asistencia técnica de los imputados había dejado de tener en consideración a partir de la acusación fiscal en el debate”.

---

acusatoria y valorativa de la prueba del juicio asegura el contradictorio y habilita la potestad de juzgar, de la misma manera debe interpretarse que si el señor Fiscal General –en tanto superior jerárquico del Fiscal de Juicio- declina la pretensión acusatoria allanándose a la pretensión de la defensa, el juzgador en la etapa recursiva no puede suplantarlo en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes”.

<sup>12</sup> CNCP, Sala III, “Espósito Salati, Andrés”, 05/05/2008.

<sup>13</sup> CSN, “Delgado, Orlando Antonio”, causa n° 28.192/07, 18-06-2013.

<sup>14</sup> Posiblemente porque se trataba de un recurso interpuesto por el fiscal y no por la defensa. En verdad, ello no sería impedimento para considerar configurado un caso de *reformatio*, ya que la violación a esta garantía responde a una actividad del juzgador que coloca al imputado en una situación más gravosa que aquella requerida por la acusación, independientemente de cualquier otra circunstancia.

Sin embargo, el entendimiento de la garantía desde la perspectiva acusatoria permite vincularla con las bases mismas del debido proceso, en tanto viene a asegurar la correlación entre la acusación y la sentencia, pero también entre la actividad desplegada para formar dicha acusación y la concretada por el juzgador. En lo que a ello respecta, no se desconocen las implicancias que se proyectan en dirección al derecho de defensa –lo que es por demás relevante-, pero la consecuencia inmediata de la garantía se apoya principalmente en la necesidad de mantener el protagonismo –límites funcionales- que el sistema acusatorio otorga a cada uno de los actores del proceso<sup>15</sup>. De ser así, el fundamento de esta construcción de la *reformatio* encuentra asidero en la intención de desterrar cualquier compromiso del órgano judicial con la acusación, única manera para abordar el conflicto sin sesgos de imparcialidad.

### III. LA GARANTÍA EN EL ÁMBITO RECURSIVO

Ya se ha dicho que se encuentra fuera de controversia que la garantía bajo análisis prohíbe el empeoramiento de la situación adquirida por quien decide discutir una decisión que considera contraria a sus intereses, cuando no existe iniciativa de la acusación en dicha dirección. Esta primera limitación a las potestades decisorias del órgano de alzada –que goza de suficiente aprobación- puede concebirse con meridiana claridad frente a determinados supuestos, tales como aquellos en los se resuelve un aumento cuantitativo de la condena oportunamente recaída. Allí parece no haber discusión. La reforma carece de validez, aún con exclusivo apego a la normativa procesal pertinente.

Pero hay otras situaciones que no siempre encuentran respuestas coincidentes. La solución debería estar encaminada en el único sentido que admite la aplicación de la garantía: el imputado no puede verse perjudicado ante la interposición de un recurso cuando la acusación no despliega actividad alguna para conseguir un resultado distinto. Pese a ello, y principalmente por la tensión que convive entre la *reformatio* y la regla *iura novit curia*<sup>16</sup>, la cuestión dista de ser entendida de modo uniforme y, mayormente, en el ámbito recursivo de sentencias condenatorias se defiende la posibilidad del tribunal revisor de adoptar un encuadre jurídico diverso de los hechos imputados, principalmente si se mantiene inalterada la sanción impuesta.

---

<sup>15</sup> En este sentido, “aún cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen en posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente; ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar” (CSN, Fallos: 327:5863, voto del juez Zaffaroni).

<sup>16</sup> Con contenido constitucional –para cierto sector de la doctrina- en el art. 116 de la CN.

En este acápite se plantea la problemática desde la perspectiva limitada del trámite impugnativo, aunque, cómo se verá más adelante, entiendo que la discusión se comunica en los mismos términos para cualquier etapa del proceso, incluso con alusión específica a la proscripción de la *reformatio in peius*, en tanto manifestación del principio acusatorio.

En defensa de las potestades jurisdiccionales para disponer sobre la calificación legal, puede esgrimirse que la garantía en cuestión “no impide formular una calificación diferente, incluso más grave, dentro de la declaración de certeza de la causa de la pretensión punitiva realizada en la sentencia apelada, siempre que no se altere la materialidad del hecho juzgado ni se agrave la pena impuesta ni se exceda la competencia del a quo... es, por otra parte, la conclusión a la que lógica y naturalmente conduce el antiguo aforismo *iura novit curia* (el derecho lo sabe el juez). No caben dudas que sería inadmisibile para el ad quem pasar por alto y silenciar un error de esa envergadura”<sup>17</sup>. O incluso que “Si bien los principios ‘ne est iudex ultra petita partium’ y ‘reformatio in pejus’ representan una garantía para el imputado que funciona en el ámbito de los recursos contra la resoluciones jurisdiccionales, a efectos de impedir el dictado de un fallo más adverso que el recurrido, cuando no media impugnación por parte del acusador público, de ningún modo se presenta como una garantía a efectos de impedir que un tribunal, dentro de su jurisdicción, imponga la pena que según la calificación legal escogida evalúe como más conveniente”<sup>18</sup>.

Tan pronto se ingrese en el análisis detenido de la temática, se podrá considerar que las posturas citadas pueden plantear objeciones, tanto cuando el tribunal opta por una calificación legal que redunde en el agravamiento concreto de la pena (o de su cumplimiento), como en aquellos supuestos en los que la modificación del encuadre jurídico se integra con un injusto menos gravoso. En tales casos, no podría afirmarse categóricamente que los hechos son de las partes y el derecho de los juzgadores y, mucho menos, hacer valer una regla para sentenciar por sobre el andamiaje constitucional que debe transitar quien se encuentra sometido a una investigación represiva. Máxime, si se tiene en consideración que el proceso penal presenta como una de sus características salientes la desigualdad de armas entre sus actores, precisamente porque quien ejerce la acción –al igual que el juzgador- es un órgano del Estado<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Madariaga, Miguel, “La reformatio in pejus y los alcances de la cosa juzgada”, en *LL* 1988-E, 461. A esta conclusión, cabe acotar que “La ‘reformatio in peius’ se vincula con el agravio del apelante y no con el acierto del fallo” (Fallos: 248:125).

<sup>18</sup> CNCP, Sala III, “Alincaastro, Jorge Raúl”, 9/04/2002 y “Aguirre Bravo, Jimmy”, 23/09/2004 (votos de Tragant).

<sup>19</sup> Por tal motivo, y si bien la Corte IDH hace ya tiempo calificó al *iura novit curia* como un “principio general de Derecho”, en razón del cual “el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones

No se desconoce que, en más de una ocasión, la Corte se encargó de dejar a salvo la facultad del órgano de revisión de modificar la calificación legal otorgada en la instancia anterior<sup>20</sup>; ello, “a condición de que el resultado no sea la agravación de la pena impuesta... Pues, en tales condiciones, el aumento de la pena, cuando sólo existió recurso de la defensa tendiente a obtener su disminución, constituye la ‘reformatio in pejus’”<sup>21</sup>. Aún así, entiendo que dicha conclusión dista ser determinante y no puede quedar desprovista de una interpretación en lineamiento con la preservación de los fundamentos del debido proceso.

### III.A. LA PENA COMPRENDE SU CUMPLIMIENTO

En “Capristo”<sup>22</sup> la Corte tuvo que resolver una alteración del encuadre jurídico de los hechos efectuada en el trámite de una impugnación, que determinaba para los condenados la implementación de un régimen de ejecución de la pena más severo. Ello, debido a que el nuevo enfoque legal privaba a los recurrentes de la posibilidad futura de acceder a la libertad condicional.

En la citada oportunidad, la Corte estimó configurado un caso de *reformatio*, y tras reiterar que una sentencia dictada en dicha condición no responde a la jurisdicción habilitada por la medida de los agravios interpuestos, lo que lesiona la garantía contemplada en el art. 18 de la CN, sostuvo su posición a partir de un argumento íntimamente ligado con el libre ejercicio del derecho al recurso. En efecto, consideró que “no es razonable concederle al inculpado la facultad de impugnación y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta potestad —en ausencia de recurso de la parte acusadora— su situación procesal se vea

---

jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente” (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr 163), no resultaría admisible que su aplicación en una investigación penal agrave la situación jurídica del imputado, más allá de los límites marcados por el acusador.

<sup>20</sup> CSN, Fallos: 242:234; 245:80; 250:572; 251:17; 280:135; 295:400; 302:482; 303:276; 304:1270; 306:784; 307:2236; entre otros.

<sup>21</sup> CSN, Fallos: 295:400.

<sup>22</sup> CSN, Fallos: 334:559. En el caso, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 condenó a Jonathan Víctor Abel Capristo a la pena de 16 años de prisión como autor del delito de homicidio cometido con arma de fuego -en grado de tentativa- en concurso ideal con robo y a Adrián Grossman a la pena de 9 años de prisión como autor del delito de homicidio cometido con arma de fuego, en grado de tentativa. Como consecuencia de la apelación presentada en forma exclusiva por la defensa, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la decisión recurrida corrigiendo la calificación de los hechos sin alterar las penas impuestas. En el caso de Capristo, por la de autor del delito de homicidio *criminis causa* agravado por haberse cometido con arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con el de robo doblemente agravado por haber sido cometido con armas de fuego y en poblado y en banda en grado de conato, en calidad de coautor, ambos en concurso material con el de robo, en calidad de autor; y en el caso de Grossman, por la de autor del delito de homicidio *criminis causa* agravado por haberse cometido con arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con el de robo doblemente agravado por haber sido cometido con armas de fuego y en poblado y en banda en grado de conato.

empeorada, puesto que de esta manera se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo o consentir una sentencia que considera injusta”.

De todos modos, casos como el citado conservan en forma palmaria todos los elementos configurativos de la prohibición, en tanto la modificación de la calificación legal de los hechos agrava indefectiblemente la respuesta punitiva, para lo cual resulta indiferente si tal circunstancia recae sobre la cantidad o la calidad de la pena, o bien, de su cumplimiento.

Pero tampoco debe soslayarse que, incluso, la disposición de una calificación legal más gravosa, aunque no causare efectos perjudiciales en el caso concreto bajo decisión, puede representar el agravamiento de una futura reacción punitiva estatal. A modo de ejemplo, puede citarse el caso de una impugnación instada por el condenado al delito de robo simple, en el marco de la cual, y pese a mantenerse la pena impuesta en la instancia de juicio, se modifica el encuadre jurídico por el de robo con armas; circunstancia que luego es tenida en consideración en un nuevo proceso penal a efectos de aplicar el art 189 bis, apartado segundo, último párrafo del CP, con motivo de la existencia de un antecedente penal por la comisión de un delito “con el uso de armas”<sup>23</sup>.

Por todo ello, coincido en que “Si bien existe la posición por la cual se sostiene que sólo el monto de la pena que resulte como consecuencia del recurso de sustento a la verificación de la existencia de la *reformatio in peius*, no puede negarse que es sustancialmente diferente que un sujeto resulte condenado por robo simple que por robo agravado, independientemente de que la pena aplicada sea la misma, toda vez que uno u otro antecedente penal podría devengarle consecuencias ulteriores muy distintas”<sup>24</sup>.

### **III.B. ALGO MÁS QUE UN SIMPLE CONFRONTE DE PENAS**

La situación presenta otros matices cuando la nueva tipificación decidida en el marco de una apelación deviene comprensiva de un comportamiento menos lesivo de los bienes jurídicos que aquella fijada en la sentencia cuestionada, no obstante lo cual, se mantiene la sanción originariamente impuesta. Este escenario se presentó en “Escudero”<sup>25</sup>, y aunque la Corte no

---

<sup>23</sup> Sin perjuicio de los reparos constitucionales que cabe esgrimir contra el agravamiento dispuesto en la citada norma.

<sup>24</sup> Mainardi, Martín, “La adhesión al recurso en el Código Procesal Penal de la Nación”, en *JA*, 1994-III-970; citado por: Chiappini, Julio, “*Reformatio in peius* y tipificación penal”, en Buompadre, Jorge (Dir. Coord.), *Derecho Penal. Derecho procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 232.

<sup>25</sup> CSN, Fallos: 330:1478. En el caso, el imputado había sido condenado por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Zárate-Campana a la pena de seis años de prisión por ser autor del delito de robo doblemente calificado por el uso de arma y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda. Frente a la impugnación presentada por la defensa, el Tribunal de Casación local revocó parcialmente la sentencia, al

resolvió sobre el fondo de la cuestión aquí planteada, existen buenos argumentos para concluir que el proceder descrito se encuentra vedado por aplicación de la *reformatio*.

En el referido precedente la Corte anuló la sentencia del tribunal a quo, al estimar que el caso presentaba cuestión federal suficiente (invocación de una reforma peyorativa), cuyo tratamiento había sido omitido en el decisorio impugnado, en desmedro de la doctrina “Strada”<sup>26</sup> y “Di Mascio”<sup>27</sup>. La mayoría del tribunal se limitó a sentar una vez más su posición acerca de la garantía aludida<sup>28</sup>, declaró procedente el recurso extraordinario y remitió las actuaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento en las condiciones señaladas. Sin embargo, el juez Zaffaroni fue un poco más allá e ingresando en la problemática que recogía el caso, expuso potencialmente que “al modificarse la subsunción legal del hecho y ser tomado éste como un injusto menos gravoso que el determinado por el tribunal de juicio ya que se suprimió uno de los calificantes, en principio, correspondería reducir proporcionalmente la pena impuesta por aquél... En este sentido, tomando en cuenta que fue la defensa la que planteó la revisión del fallo condenatorio en la instancia casatoria, y que el tribunal homónimo hizo lugar a uno de los agravios esgrimidos, podría considerarse que al mantener idéntica la pena, pese a aplicarle una calificación menor, se daría un supuesto de *reformatio in pejus*”.

El problema que podría plantear el supuesto bajo consideración es la aparente ausencia de perjuicio en la situación adquirida por el imputado, pues la modificación del tipo penal infringido no redundaría en empeoramiento alguno. Es decir, la respuesta punitiva resulta cualitativa y cuantitativamente idéntica a la impuesta en la decisión que originara la vía recursiva. En este sentido, en su voto disidente la jueza Argibay indicó efectivamente que “bajo la invocación de la prohibición de *reformatio in pejus*, lo que la defensa pretende es, en definitiva, que dicha garantía sea aplicada a un supuesto de hecho que no guarda relación alguna con el precepto constitucional en cuestión, toda vez que la modificación de la calificación legal efectuada por el tribunal a quo no redundó en un agravamiento de la pena que había sido impuesta a Escudero. Al no concurrir tal circunstancia, requisito indispensable para que pueda invocarse una afectación al principio de referencia de acuerdo con la

---

entender que no se encontraba configurada la segunda de las agravantes mencionadas. No obstante ello, se mantuvo la sanción impuesta por el tribunal de juicio.

<sup>26</sup> CSN, Fallos: 308:490.

<sup>27</sup> CSN, Fallos: 311:2478.

<sup>28</sup> “La prohibición de la *reformatio in pejus* cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción, afectando de manera ilegítima la situación obtenida por el encausado merced al pronunciamiento” (cons. 4).

extensión con la que esta Corte ha interpretado aquella garantía (Fallos: 242:234; 303:276; 304:1270, entre otros), el planteo del recurrente, que ni siquiera ha mencionado los precedentes citados, queda desligado de cuestión federal alguna”. Asimismo, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, la jueza Highton de Nolasco coincidió en que el caso no respondía a un “supuesto de *reformatio in pejus*, desde que no se advierte que mediante la sentencia se haya modificado una decisión anterior en perjuicio del imputado (conf. Fallos: 395:400; 306:552 y 324:4307) pues, en lo que aquí interesa, no se le ha aumentado la cantidad de pena”<sup>29</sup>.

Ahora bien, parecería que la aplicación de la garantía no debería quedar reducida a un mero cotejo de la pena (tanto en su faz cuantitativa como cualitativa) con la que el recurrente “llegó” y aquella con la que “se fue”. Lo que realmente debe evaluarse es si la posición adquirida por el imputado, sea ante el tribunal de juicio o posteriormente ante el órgano de alzada, se vio agravada en cualquiera de los aspectos que la componen, pese a no existir requerimiento acusador en tal sentido. Consecuentemente, si en el marco de la vía impugnativa iniciado alguno de dichos aspectos sufre una alteración que, a priori, coloca a la persona en una situación más favorable –como lo es el encuadramiento de los hechos en un tipo penal menos gravoso- el impacto debe reflejarse necesariamente en la medida de la reacción punitiva estatal. De lo contrario, la reforma decidida por el órgano de apelación operaría en modo peyorativo, pues quedaría vigente para un injusto menor la sanción que había sido pensada para uno de mayor gravedad y que gozaba de firmeza en cuanto a la posibilidad de verse agravada.

---

<sup>29</sup> Al cabo, vale mencionar que en el caso traído a colación, al volver a conocimiento de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ésta desestimó el recurso, y por la tanto la posible afectación de la garantía, bajo el siguiente argumento: “el Tribunal de Casación no desarticuló un concurso real art. 55, Código Penal variando de tal modo la escala penal aplicable al caso, pues, en tal supuesto, con las pautas para la determinación de la pena firmes, de haberse mantenido la pena individualizada por el tribunal oral pero ahora dentro de otra escala menos gravosa, hubiera implicado un aumento en su proporción indebido en ausencia de recurso fiscal. Pero, sólo se trataba de un concurso ideal art. 54, Código Penal, razón por la cual no se estaba ante una escala penal menor” (“E. , M.D. . Recurso de casación”, causa P. 82.043, rta. el 15-04-2009). Este criterio, que parecería supeditar la cuestión al mantenimiento o no de la escala penal circunscripta en la sentencia de juicio, debe integrarse con la doctrina general que el aludido tribunal ha sentado en torno a la posibilidad de modificar en un trámite recursivo la calificación legal de los hechos. Al respecto, se ha afirmado que “La situación o derecho de la parte no pueden empeorar. Pero esto no comprende un supuesto derecho a una determinada interpretación jurídica contenida en el fallo de primera instancia, por más que ella no haya sido atacada en el recurso. Es claro que el tribunal revisor puede confirmar la condena, pero partiendo de una interpretación legal distinta a la sostenida en el fallo confirmado... Esta necesaria aclaración se deriva del propio fundamento constitucional de la garantía, que es el derecho de defensa: si la contraparte (el Fiscal) ha consentido la condena, no puede ella agravarse. Pero el consentimiento y la firmeza resultantes no se aplican a los argumentos e interpretaciones jurídicas contenidos en el fallo que se deja sin recurrir. En otras palabras: la mayor condena es disponible para el Fiscal, la interpretación del derecho no lo es (salvo, claro, que se use para agravar la condena)” (“S., D.A. Recurso de casación”, causa P. 105.521, rta. el 05-05-2010).

En definitiva, el análisis debe partir no ya del posicionamiento en que se encontraba el imputado ante el decisorio recurrido, sino de la situación que adquirió a partir de la modificación efectuada en el trámite de la impugnación. Y en tal caso también entra en juego la ausencia de acusación al respecto, debido a que la pena integrante del requerimiento acusatorio responde -en todo caso- a la consideración de una determinada calificación legal, a la postre revocada por una de menor gravedad. Desde este punto de vista, tampoco sería posible explicar la permanencia de la sanción originariamente pretendida.

Por lo demás, el mantenimiento de la misma respuesta punitiva en estas condiciones representaría una clara violación al principio de culpabilidad y, consecuentemente, al de proporcionalidad de la pena. Es que frente al análisis de un determinado sustrato fáctico, la respuesta represiva que se considera adecuada conforme a una concreta valoración jurídica – lesión o peligro de lesión de los bienes jurídicos afectados, límites impuestos por el juicio de reproche al autor, capacidad de autodeterminación- en modo alguno puede considerarse razonable si posteriormente los mismos hechos son reputados como configurativos de un delito menos gravoso. Ante ello, lo que era proporcional en un primer momento ya no lo podrá ser en una segunda oportunidad. Es que “la proporcionalidad en sentido estricto reclama la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir”<sup>30</sup>. En otras palabras, “La medida de la pena debe responder a la culpabilidad por el injusto, de modo que la medida de aquélla estará determinada por la magnitud de éste”<sup>31</sup>.

### III.C. ¿SÓLO UN PROBLEMA DE FUNDAMENTACIÓN?

No puedo soslayar que ante supuestos como los aludidos en el acápite que antecede la Corte parece haber adoptado un criterio que en cierto modo podría considerarse intermedio, es decir, rechazando un eventual problema a nivel de la *reformatio*, pero exigiendo una mayor atención en oportunidad de justificar el mantenimiento de la pena impuesta en la sentencia

---

<sup>30</sup> CFCP, Sala II, “Ríos, Mauricio David”, 16/04/2013 (voto de la jueza Ledesma; con cita de “Tinganelli, Martín Daniel”, Sala III, 17/04/2006). En este mismo sentido, la Corte IDH indicó que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos” (Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 196).

<sup>31</sup> CSN, “Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979”, 23/03/2010 (disidencia del juez Zaffaroni). En dicha ocasión se recordó que la Corte tiene dicho que “Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho” (Fallos: 329:3680).

impugnada. Entiendo que esta solución, vertida en los precedentes que se aluden a continuación, resulta inconsistente frente a las consideraciones desarrolladas hasta el momento.

En “Ramírez”<sup>32</sup>, un caso que planteaba una problemática de similares características a la suscitada en “Escudero”, la Corte hizo propios los fundamentos del Procurador Fiscal, quien había esgrimido que el mantenimiento de la pena frente al cambio de calificación “si bien no parecería implicar un agravamiento de la sentencia de la instancia, ya que el monto nominal de la pena se mantiene incólume, sí implica una valoración más severa, pues a menor contenido de injusto penal no se le aplica una reducción de la pena”. En tales condiciones, la fundamentación de la pena era “especialmente exigible”, circunstancia no respetada en el caso por el tribunal de revisión interviniente (inobservancia de lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del Código Penal).

En el mismo sentido, si bien responde a cuestiones atinentes al derecho de revisión de sentencias dictadas por aplicación del trámite previsto en el art. 431 bis CPPN, vale señalar lo resuelto en “Aráoz”<sup>33</sup>, por cuanto el caso planteó –incluso como motivo de agravio de la defensa– puntos que integran la temática aquí abordada<sup>34</sup>. En prieta síntesis, luego de presentado el acuerdo de juicio abreviado, y en ocasión del dictado de la sentencia, el tribunal modificó la calificación legal de los hechos, estableciendo un encuadre jurídico menos gravoso, pero manteniendo la pena convenida por las partes. Al declararse inadmisibles el recurso de casación interpuesto *in pauperis* por el imputado, la Corte afirmó: “no corresponde analizar aquí si la modificación de una calificación legal en favor de una más benigna necesariamente ha de conducir a una pena menor, tal como lo reclama la defensa. Sin embargo, le asiste razón a la recurrente en cuanto a que, en esa situación, la motivación del monto de la pena no podía quedar inalterada, en la medida en que el tribunal oral sostuvo expresamente que el tipo seleccionado representaba un menor peligro para el bien jurídico ‘seguridad pública’ que el que había sido acordado. En tales condiciones, mal podía

---

<sup>32</sup> CSN, Fallos: 330:490. En cuanto al sustrato fáctico del caso, la Cámara Primera en lo Criminal de Trelew, Provincia de Chubut, había impuesto a los imputados la pena de siete años de prisión por robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con el delito de privación ilegal de la libertad, decisión que fue casada por el Superior Tribunal de la provincia quien modificó la calificación, subsumiendo los hechos únicamente en el delito de robo agravado en tentativa y fijando la condena, igualmente, en siete años de prisión.

<sup>33</sup> En cuanto a la posibilidad de impugnar resoluciones adoptadas en el marco de un acuerdo de juicio abreviado, la Corte ha reiterado su doctrina en “Cano, Jorge R. y otros s/ causa n° 13.398”, 16/04/2013.

<sup>34</sup> De todos modos, la prohibición de la reforma peyorativa desecha cualquier posibilidad de rebasar el posicionamiento asumido por el acusador. Su razón de ser yace en el principio acusatorio y, por tanto, debe ser respetada a lo largo de todo el proceso a fin de no perjudicar las situaciones procesales y sustantivas que adquiere el imputado como consecuencia de la actividad acusatoria.

entenderse, como lo hizo el a quo, que no existía interés para el apelante “por haberse respetado los términos del acuerdo”<sup>35</sup>.

Como se advierte, no existió una avocación expresa al fondo del asunto, es decir si una nueva tipificación legal dispuesta en el marco de un trámite de apelación –por cierto, representante de un ataque menos lesivo del bien jurídico protegido- implica indefectiblemente la atenuación de la pena. No obstante ello, estos casos dejaron sentado que en las circunstancias descriptas la motivación del monto punitivo no podía quedar inalterada, lo que supone, como mínimo, un impedimento para proceder del modo expuesto, con sola invocación de las facultades derivadas de la regla *iura novit curia*<sup>36</sup>. Aquí se exige algo más; algo como explicar las razones por las cuales una misma pena resultaría igualmente racional en uno y otro caso.

Sin embargo, esta exigencia constituye un mandato de imposible cumplimiento. Por los motivos ya vertidos, cualquier intento de justificación denotaría un agravamiento de la sanción pretendida por la acusación; es decir, constituiría una hipótesis acusatoria jurisdiccional.

El escenario planteado en este apartado permite imaginar entonces un margen realmente limitado de las potestades judiciales para modificar la calificación legal consentida por la acusación<sup>37</sup>. Puede concluirse que, al menos durante el trámite recursivo iniciado exclusivamente en favor del imputado, rige un acusatorio pleno, respetuoso de las pretensiones fijadas por las partes<sup>38</sup>. En este contexto, deviene pertinente concluir que “la

---

<sup>35</sup> CSN, “Aráoz, Héctor José s/ causa n° 10.410”, 17/05/2011. La Corte se alejó así de lo dictaminado por el Procurador Fiscal, quien había sostenido que el tribunal sentenciante había cumplido con el principio *iura novit curia* sin afectar derecho alguno, así como también que la defensa no había podido demostrar por qué “la sola modificación de los límites de pena previstos para el nuevo encuadre jurídico debe implicar necesariamente, como si fuera un cálculo matemático, una disminución proporcional de la sanción como si algo de la realidad fáctica o personal se hubiese alterado cuando, por el contrario, no ha existido una variación de los aspectos objetivos del suceso, ni de las calidades de su autor”. Las doctrinas de “Ramírez” y “Aráoz” fueron luego reiteradas en “Flores, Juan Manuel /s Causa N° 12138”, 27/11/2012.

<sup>36</sup> Señala Nicolás D’Albora que “si se merita una circunstancia atenuante sin otorgarle incidencia alguna sobre la pena se ha transgredido los arts. 40 y 41, CP. Lo mismo ocurre si se deja sin efecto una circunstancia agravante pero se mantiene la pena originariamente impuesta, sin reconocer efecto morigerante a la supresión” (*Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 8ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, págs. 824 y 825; con cita de Azpelicueta, “Cuando se considera una atenuante preterida y no obstante se mantiene el monto punitivo, hay reformatio in peius”, en *ED* 173-42 y de SCBA, “S., J.D.”, 03/10/2007, fallo en el cual se resolvió que la exclusión de alguna circunstancia de agravación en la alzada no lleva necesariamente a una disminución de la pena impuesta en primera instancia).

<sup>37</sup> Claramente, ello no sólo sucede con respecto al encuadramiento jurídico de los hechos, sino incluso de cualquier alteración sobre estos últimos que pueda conllevar el agravamiento de la situación procesal del imputado. Sobre este punto, en “Tranamil” la Corte descalificó un pronunciamiento que al escindir lo que se había considerado como un hecho único (delito continuado) perjudicó la posición del acusado, único recurrente en el caso. Sostuvo allí que “no es dable que los tribunales de apelación excedan la jurisdicción que les acuerdan los recursos deducidos ante ellos” (Fallos: 330:5187).

<sup>38</sup> Sin perjuicio de la posibilidad del órgano revisor de reformar *in meius*.

revisión integral de la sentencia –modificando la calificación legal o la participación- genera una afectación al principio de *reformatio in pejus* aún cuando se mantenga el monto de pena impuesto<sup>39</sup>. Por lo demás, siempre que el decisorio sobrepasare la medida de la jurisdicción habilitada en el caso concreto —haciéndose cargo de la imputación jurídica, algo que se encuentra reservado a las funciones del acusador-, se encontrará comprometida la imparcialidad del juzgador y se colocará al imputado ante una situación de la que ya, muy posiblemente, no pueda defenderse.

#### **IV. LA EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA MÁS ALLÁ DE LOS RECURSOS. DEL REENVÍO Y ALGO MÁS**

Otra de las manifestaciones de la prohibición de la *reformatio* ha tenido su centro de discusión en el ámbito del juicio de reenvío. Específicamente, se trata de determinar la medida de la jurisdicción de quien debe sentenciar como consecuencia de una anulación decidida en el marco de un trámite impugnatorio previo, cuando este último fue motivado exclusivamente en defensa de los intereses del imputado.

Luego de las idas y vueltas marcadas por “Amorosino”<sup>40</sup>, “Lupo Estrella”<sup>41</sup> y “Lanci”<sup>42</sup>, la Corte Suprema parece haber resuelto definitivamente la cuestión en favor de la aplicación de la garantía. En efecto, puede extraerse de “Olmos”<sup>43</sup> que, aún en los supuestos de reenvío, la posición originariamente adquirida por el imputado no puede verse agravada en modo alguno, ya que “resultaría ilógico concederle al imputado la facultad de impugnación, y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta potestad -en ausencia de recurso de la parte acusadora- su situación procesal se vea empeorada, puesto que de esta manera se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo o consentir una sentencia que considera injusta”.

Lo que queda claro del análisis conjunto de los precedentes citados, y principalmente de la forma genérica en que se resolvió “Olmos”, es que la reforma peyorativa en el reenvío se encuentra vedada en cualquiera de sus formas y sin importar los motivos o el alcance de la revocación de la sentencia primeramente cuestionada. Consiguientemente, ya no es posible

---

<sup>39</sup> CNCP, “Vélez, Cintia”, 20/09/2010 (voto de la jueza Ledesma).

<sup>40</sup> Fallos: 300:671.

<sup>41</sup> Fallos: 303:335.

<sup>42</sup> Fallos: 307:2236.

<sup>43</sup> Fallos: 329:1447.

considerar que la declaración de nulidad (“garantía de las garantías”<sup>44</sup>) conlleva la inexistencia del acto viciado, pues de ese modo sus efectos terminarían por perjudicar los intereses de la persona en cuyo favor se dispone. Pero además, tampoco parece representar diferencia alguna el hecho de que el reenvío sea dispuesto en razón de haberse anulado el debate y la sentencia dictada en su consecuencia o únicamente esta última<sup>45</sup>; ni la verificación de si en el caso se ha proclamado la existencia de vicios en las formas sustanciales del debido proceso o sólo se han advertido “defectos cuya naturaleza no altera la sustanciación del debate en la forma que asegura el artículo 18 de la carta fundamental”<sup>46</sup>.

Muchos de los puntos que trascienden en la resolución de estos casos se reproducen en el debate planteado entre la garantía del *ne bis in ídem* y la posibilidad de que el agente fiscal recurra una absolucón dictada por el tribunal de juicio. Allí también se pone en juego la extensión que cabe otorgarle a la declaración de nulidad, sea frente a la comprobación de vicios esenciales del juicio o deficiencias de otras características. Sin ir más lejos, el voto del juez Petracchi en “Olmos” refiere primeramente una problemática a nivel de la doble persecución penal, sin perjuicio de lo que también expone, aunque ya sin relevancia decisoria, con relación a la *reformatio*<sup>47</sup>. No obstante lo expuesto, no es el objetivo de este artículo examinar cuál es el actual estado del *ne bis in ídem* en la doctrina de la Corte, que por cierto dista de ser clara, aún luego de “Sandoval”<sup>48</sup> y “Kang”<sup>49</sup>.

Por lo dicho, el juicio de reenvío conlleva una clara limitación jurisdiccional, esto es la imposibilidad de empeorar, en cualquier forma, la sanción oportunamente impuesta al imputado<sup>50</sup>. Igualmente, implica la proscripción de ampliar el objeto procesal delimitado en la acusación originaria, exceder las pruebas aportadas durante el proceso para acreditar los

---

<sup>44</sup> Confr. Cafferata Nores, José, “La prohibición de la *reformatio in peius* en el juicio de reenvío”, en *Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿Contradicción o equilibrio?*, Mediterránea, Buenos Aires, 2002, pág. 93

<sup>45</sup> En efecto, en “Lanci” se revocó solamente la sentencia, mientras que en “Olmos” se anuló también el debate oportunamente realizado.

<sup>46</sup> CSN, Fallos 334:1882 (disidencia de la jueza Highton de Nolasco y del juez Zaffaroni, por remisión al dictamen del PGN, quien en el marco de la discusión “*ne bis in ídem* vs. recurso fiscal” expuso que “la retrogradación no está constitucionalmente prohibida cuando se orienta a reeditar actos afectados por vicios que comprometen las garantías del debido proceso legal y la defensa en juicio, pero sí lo está, en principio, cuando su objetivo es cubrir meras deficiencias probatorias o de preceptos adjetivos; en otras palabras, defectos cuya naturaleza no altera la sustanciación del debate en la forma que asegura el artículo 18 de la carta fundamental).

<sup>47</sup> Lógicamente, si se considera que el juicio de reenvío se encuentra vedado pues ello conllevaría una doble persecución penal, nada cabría analizar con relación a la prohibición de la *reformatio in peius*.

<sup>48</sup> CSN, Fallos: 333:1687.

<sup>49</sup> CSN, Fallos: 334:1882.

<sup>50</sup> Aquí, comparto que la jurisdicción “siempre es ‘plena’ dentro de sus límites (que le vienen impuestos desde ‘afuera’, sea de la legislación o, eventualmente, de las interpretaciones que hace la Corte Suprema federal, como último intérprete de la Constitución Nacional” (Guzmán, Nicolás y Lisicki, Fernando, “Comentario al fallo ‘Olmos’. Significado y alcance de la garantía contra la *reformatio in peius*”, en Pastor Daniel –Dir.–, *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, Ad Hoc; 2007, pág. 273).

hechos y agravar la calificación legal oportunamente escogida. En estas condiciones, y teniendo también en consideración los principios de preclusión y progresividad<sup>51</sup>, aquellos decisorios anulados por inconsistencias a nivel probatorio difícilmente puedan luego derivar en una nueva condena, so pena de replicar los problemas que ocasionaron la primera revocación, o bien, contrariar mediante nuevas consideraciones de cargo los límites impuestos por la *reformatio*.

En definitiva, lo atinente al juicio de reenvío entiendo que responde, como no podría ser de otra manera, al respeto del sistema de enjuiciamiento acusatorio. Es que más allá de que no surja expresamente de “Olmos” –que incluso contiene alusiones relacionadas directamente con el pleno ejercicio del derecho al recurso–, la circunstancia que limita la jurisdicción del órgano llamado a decidir es el consentimiento del acusador (o de los acusadores) manifestado con relación a la sentencia posteriormente anulada<sup>52</sup>. Ello ya implica el avenimiento de una situación que no puede ser agravada, en el entendimiento de que el trámite subsiguiente remite a la actividad realizada en favor de la defensa pero, fundamentalmente, al límite jurisdiccional impuesto por la acusación. Un avance en este sentido implicaría una incongruencia entre el fallo y la acusación y, en definitiva, el desconocimiento del contradictorio como principio consustancial del proceso penal.

Por lo demás, en atención a la extensión que corresponde otorgarle a los efectos de la nulidad, su declaración tampoco lograría conmovir la posición adquirida por el imputado ni las consecuencias dispuestas por la cosa juzgada parcial. Sobre ello, “el silencio del fiscal sobre aspectos de la sentencia de los que él puede recurrir porque le causan agravios, y que tampoco son recurridos por la defensa, sea porque no le puede hacer porque no le causan agravios, sea que, por otras razones no quiere hacerlo, consolida la firmeza y por ende, la irrecurribilidad de la sentencia respecto de esos aspectos, aunque ella haya sido recurrida sobre otros”<sup>53</sup>.

Y lo que, aunque evidente, no debe ser de ningún modo soslayado es la extensión de la garantía que estos pronunciamientos terminan por confirmar. La *reformatio*, como derivación del sistema acusatorio, ha escapado a la estricta jurisdicción apelada, ampliando sus efectos al resto de las etapas del proceso. De este modo, cada vez que la situación adquirida por el

---

<sup>51</sup> CSN, Fallos 272:188.

<sup>52</sup> Algo que también podemos extraer de “Olmos” es que no resulta trascendente el motivo por el cual la acusación decide no recurrir una determinada resolución judicial.

<sup>53</sup> Creus, Carlos, “La ‘cosa juzgada’, la ‘reformatio in peius’ y la adhesión del ministerio fiscal al recurso de la defensa”, en *Semanario Jurídico. Fallos y doctrina*, t. 72, Comercio y Justicia, Córdoba, 1995, pág. 341.

imputado se vea agravada sin que medie una pretensión de la acusación en dicho sentido, deberá considerarse conculcada la garantía bajo análisis.

## V. LA GARANTÍA EN EL DEBATE. LÍMITES A LAS POTESTADES JURISDICCIONALES

Desde la perspectiva hasta aquí expuesta, esto es, la interdicción de la *reformatio in peius* como manifestación directa del principio acusatorio, es posible abordar su aplicación integral frente a cualquier decisión que pretenda empeorar la situación procesal del imputado fijada por la acusación, tal como ocurre con aquellas sentencias condenatorias que establecen una sanción más severa que la requerida oportunamente por el representante de la acusación<sup>54</sup>.

Para ello, y al hablar de un sistema acusatorio, debe tenerse en especial consideración que el proceso penal no es un mero mecanismo de declaración de responsabilidades, sino que su eje central gira en torno a la sanción que busca imponer. De tal forma, la división de funciones para juzgar y acusar no puede socavar en el momento en que se integra el elemento constitutivo del proceso, esto es, frente a la propuesta punitiva que se concreta con exclusivo apego a una determinada conducta jurídico penalmente relevante. Si bien el legislador prevé escalas punitivas para cada delito, es el acusador quien, frente al caso concreto, y de acuerdo a la culpabilidad allí comprobada, materializa su pretensión y fija los límites de la persecución penal. Si ello pasara a manos del juez, su compromiso con la acusación ya no podría negarse<sup>55</sup>.

Ante la imposición de una pena mayor a la solicitada por el fiscal, en el conocido caso “Amodio”<sup>56</sup> la disidencia de la Corte indicó que “al colocarse al procesado en una situación

---

<sup>54</sup> No desconozco la ardua discusión que depara desde distintas aristas la temática en cuestión; máxime, cuando el aumento de la pena por parte del órgano jurisdiccional se encuentra precedido de una modificación de la calificación legal de los hechos imputados. Lo cierto es que dicho análisis escapa al objetivo de este trabajo, el cual descansa en un abordaje exclusivo a partir de la vigencia de la prohibición de la *reformatio in peius*.

<sup>55</sup> Debe recordarse que la separación de juez y acusación “Comporta no sólo diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación -con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*- sino también, y sobre todo, el papel de parte -en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio” (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. De Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995, pág. 567).

<sup>56</sup> CSN, Fallos: 330:2658, disidencia de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti (doctrina reiterada en forma disidente en “Fagundez, Héctor Oscar y otro s/causa n° 7035”; “Frías, Roque Francisco s/causa n° 6815”, “Trinidad

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

En comentario a estas afirmaciones, Langevín refería que la postura sentada “es particularmente interesante, pues, a partir de esa novedosa concepción, la prohibición señalada no se limita a las instancias recursivas sino que se aplica a todos aquellos casos como el presente, donde la intervención oficiosa del juez lo ubica en una posición perjudicial inaudita parte y como tal sin posibilidad efectiva y real de resistir oportunamente esa modificación en su contra. El contenido material consiste en perjudicar la situación del imputado sin la correspondiente instancia del acusador. Lo plausible de esa concepción material es que no se encorseta en formalidades sacramentales e inexplicables sino que conecta directamente el dispositivo con la garantía a la que responde, que no es otra que la defensa en juicio, a partir de la cual se torna posible su extrapolación a otras situaciones”<sup>57</sup>.

Por lo pronto, no es posible explicar el motivo por el cual en el marco de un trámite recursivo la pretensión acusatoria funcionaría como un límite infranqueable a la actividad jurisdiccional -concediendo así un derecho adquirido por el imputado que en modo alguno puede verse alterado-, mientras que en el resto de las etapas del proceso, incluso en aquella de máximo cuño acusatorio, el órgano judicial ostentaría potestades para sobrepasar la medida de la acusación y disponer libremente de la situación procesal de aquel<sup>58</sup>. La competencia jurisdiccional, en uno y otro caso, se encuentra limitada por las expresiones de las partes<sup>59</sup>, en el entendimiento de que “cualquier exceso de jurisdicción que evidencie un interés acusatorio

---

Noguera, Carlos Alberto s/ causa n° 7313”, “Fernández Alegría, Jorge s/ ley 23.771 y 24.769 -causa 1977/04-”, “Perucca, Luis Alberto y otros s/ causa n° 9230”, entre otros).

<sup>57</sup> Langevín, Julián Horacio, “Los límites punitivos del juzgador en el proceso penal”, en *LL* 2007-D, 633.

<sup>58</sup> En esta misma línea de pensamiento, se ha planteado que “Si un tribunal está impedido de agravar la situación de un imputado ante la falta de actividad del fiscal, en virtud de que éste no solicita de aquel ninguna decisión en un determinado sentido, en los momentos de tramitación de un recurso, porque si se encontraría habilitado aquel tribunal de primera instancia, para sentenciar en una forma de la cual resulta perjudicado el imputado, también aquí, ante la falta de actividad del fiscal” (Quinteros, Ivana, “Nuevamente acerca de acusaciones alternativas y subsidiarias ... y otros estudios”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año VI, Nro. 10 C, 2000, Ad Hoc, pág. 336).

<sup>59</sup> Ello, sin perjuicio de las potestades que, en ciertos casos, y con el objeto de lograr la paridad de armas en el proceso penal, pueden ser concebidas a fin de morigerar los efectos plenos de un “proceso de partes”.

resultará incompatible con el principio de imparcialidad”<sup>60</sup>. Ello, junto a otros problemas que la situación podría evidenciar, concretamente con relación al derecho de defensa en juicio<sup>61</sup>. Y asimismo, si entendemos con remisión al ya citado fallo “Olmos” que el imputado no puede recibir en el nuevo debate una reacción sancionatoria más grave que aquella impuesta en la sentencia anulada –principalmente porque en la primera oportunidad el acusador ya manifestó y consintió el rigor máximo de su pretensión-, entonces tampoco podríamos sostener que el tribunal se encuentra facultado para sobrepasar la medida de la acusación formulada en un juicio válidamente cumplido, bajo el sólo argumento de que en el primero de los casos mencionados la instancia plenaria se reedita como consecuencia del ejercicio del derecho al recurso por parte del imputado. Dicho de otro modo, en ambos supuestos la pretensión punitiva demarcada por el acusador –al fijar su pedido de pena y no recurrir el fallo recurrido por la defensa o al fijar su pedido de pena y no haberse alcanzado la oportunidad procesal para recurrir el fallo- deben producir el mismo efecto limitante de las potestades decisorias del tribunal.

En el ámbito de la casación penal se observan pronunciamientos en los que se ha reconocido que la cuestión planteada en este punto puede ser resuelta desde el enfoque aquí propuesto. Así, no sólo se ha sentado el criterio volcado por la disidencia de la Corte<sup>62</sup>, sino que se ha afirmado expresamente que “la acusación, como componente de una de las formas esenciales del proceso, limita al órgano jurisdiccional no sólo prohibiendo que se arribe a una sentencia condenatoria alterando la base fáctica sino también a la pretensión punitiva delimitada en aquélla. Por ende, cualquier extralimitación en tal sentido, importa un ejercicio jurisdiccional *extra petita* o *ultra petita*, vulnerando la prohibición de la *reformatio in peius*”<sup>63</sup>; asimismo, que “la acusación, como componente de una de las formas esenciales del proceso, limita al órgano jurisdiccional no sólo prohibiendo que se arribe a una sentencia condenatoria alterando la base fáctica sino también a la pretensión punitiva delimitada en aquélla, por lo que, cualquier extralimitación en tal sentido, importa un ejercicio jurisdiccional *extra petita* o

---

<sup>60</sup> CSN, Fallos: 330:4945 (disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni).

<sup>61</sup> En efecto, se ha sostenido que “resulta violatorio del derecho de defensa en juicio del imputado, el sistema acusatorio y debido proceso que el tribunal imponga un monto de pena más gravoso que el solicitado por el señor Fiscal al momento de formular su alegato. Es que dado que la pena sobreviene en forma intempestiva y no como consecuencia del debate contradictorio, se impide a la defensa pronunciarse efectivamente sobre la individualización y proporcionalidad de la sanción que finalmente se aplica al imputado” (CFCP, Sala IV, “T., J. H.”, 09/10/2012).

<sup>62</sup> CFCP, Sala IV, “Zavala, Eduardo César”, 07/12/2012 (voto de Borinsky).

<sup>63</sup> CNCP, Sala IV, “Rodríguez, Oscar”, 08/02/2009; “Rodríguez Imas, Oscar”, 14/06-/2009; “Rivero, Hugo Miguel Ángel”, 20/05/2010 (votos del juez Diez Ojeda).

ultra petita, vulnerando la prohibición de la *reformatio in peius*<sup>64</sup>; y que “el principio que impide la *reformatio in peius* como derivación necesaria del derecho de defensa, opera no solamente en la etapa recursiva, sino que también resulta fundamental en la etapa del juicio, por lo que el tribunal no puede ir más allá de la pretensión punitiva del fiscal y la querrela, puesto que por encima de aquella no tiene habilitada la jurisdicción”<sup>65</sup>.

De aceptarse esta consecuencia de la garantía, y frente a un eventual cambio de la calificación legal de los hechos -invocado en esta etapa del proceso con apoyo en el art. 401 del CPPN-, cabrían admitirse las consideraciones esbozadas en el punto III de este artículo, que permitirían cuestionar la validez de la aludida normativa, en tanto se invoque para colocar al imputado en una posición más gravosa. Aquí se corre el eje de discusión que, mayormente, suele fijarse al momento de examinar las tensiones existentes entre el respeto al principio de congruencia y el *iura novit curia*. Al respecto, si bien ya no es habitual encontrar defensas extremas acerca de la disposición jurídica de los hechos por parte de los juzgadores, el punto de equilibrio suele posicionarse en evitar “efectos sorpresivos” que desbaraten el derecho de defensa. Luego, y a falta de una norma expresa que así lo disponga, el debate se traslada a las medidas que debería adoptar el tribunal con el fin de anunciar al enjuiciado de un posible cambio de significación legal<sup>66</sup>.

Pero entiendo que esas apreciaciones responden a un momento ulterior, que sólo será necesario diagramar de sostenerse que el órgano judicial detenta potestades para empeorar la situación del imputado, ya establecida por la acusación. Precisamente, la *reformatio* rechaza esta posibilidad, limitando los alcances de la mencionada regla *iura novit curia*. En un esquema deferente del sistema acusatorio “Los presupuestos del juicio, motivan necesariamente la realización del debate contradictorio, que debe recaer sobre los hechos considerados punibles que se perfilan, así como sobre la calificación jurídica de esos hechos, de manera que el acusado tenga la oportunidad de defenderse, pronunciándose no solo sobre la realidad de los hechos aducidos por la acusación, sino también sobre su ilicitud y

---

<sup>64</sup> CNCP, Sala IV, “Rivero, Hugo Miguel Ángel”, 20/05/2010.

<sup>65</sup> CFCP, Sala II, “Saavedra, Juan Carlos”, 09/02/2012 (voto del juez Slokar).

<sup>66</sup> Principalmente, luego de lo resuelto por la Corte IDH en “Fermín Ramírez” (Caso “Fermín Ramírez Vs. Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126). Más allá de ello, parecería que, en cualquiera de sus formas, el “aviso a la defensa” no soluciona el problema que la situación plantea a nivel constitucional. Es que si considerásemos que la calificación legal no integra el principio de congruencia, nada correspondería avisar al imputado, puesto que dicha exigencia se encontraría cubierta con una correcta descripción del sustrato fáctico. Por el contrario, si entendiésemos que la acusación para ser válidamente integrada nunca puede desligar el hecho de su significación jurídica, la aplicación del art. 401 CPPN representaría, en todos los casos, una trasgresión al principio de congruencia y el eventual aviso a la defensa se reduciría al absurdo de representar una advertencia al imputado de que el tribunal violará un recaudo del debido proceso.

punibilidad. De modo que, el pleno respeto del principio de bilateralidad vincula al juzgador penal, en cuanto que no podrá pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso, ni objeto de la acusación, ni podrá calificar jurídicamente esos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación”<sup>67</sup>.

La pretensión acusatoria determina entonces el límite máximo del rigor punitivo que debe soportar el imputado. Cualquier avance jurisdiccional en desmedro de la posición adquirida por este último debe invalidarse con fundamento en una aplicación integral de la garantía aquí tratada. Por este mismo motivo, no sería posible justificar un exceso del juzgador mediante el velo de instaurar oportunidades para que la defensa contrarreste argumentativamente el agravamiento indebido de su situación, ya que nadie debe defenderse de aquellos actos cuyas génesis representan menoscabos esenciales al debido proceso.

Lo expuesto “conduce a deslegitimar aquellas disposiciones legales que durante la etapa del juicio o plenario autoricen al tribunal a asumir potestades propias de la acusación, toda vez que ello se acercaría a un modelo de enjuiciamiento criminal diametralmente opuesto al que surge de la referencia constitucional, en el cual la actividad procesal asumiría un carácter monista que erigiría al juez en el único protagonista”<sup>68</sup>.

Se parte así de una premisa básica del sistema acusatorio y del juicio contradictorio, conforme la cual “No es función del juez ‘salvar’ la teoría del caso del fiscal, mejorar su postura en relación a una calificación legal o advertir que algunos elementos hacen pensar que los hechos deben ser interpretados bajo otra perspectiva jurídica. Únicamente las partes están en condiciones de construir sus hipótesis y presentarlas ante el juez, quien no debe extralimitar sus facultades eminentemente jurisdiccionales y no de promoción –ni siquiera parcial- de la acción penal. El objeto de debate lo construyen las partes para que lo evalúe el tribunal, pues el rol de aquellas no es el de un mero auxiliar del tribunal que acerca información para que éste tome decisiones ‘en mejores condiciones’”<sup>69</sup>.

Un nuevo paso en este esquema de pensamiento puede extraerse de otro pronunciamiento de la Corte. Me refiero a “Romano”<sup>70</sup>, ocasión en la cual se debatió acerca de la potestad del

---

<sup>67</sup> Ledesma, Ángela, Ponencia General XXIV, en Congreso Nacional de Derecho Procesal. Comisión Procesal Penal, Mar del Plata, 2007.

<sup>68</sup> CSN, Fallos: 333:1687 (Voto del juez Zaffaroni).

<sup>69</sup> CFCP, Sala II, “Roda, Juan Ignacio”, 25/10/2012 (voto de la jueza Ledesma). Allí se señala también que “admitir que el tribunal se expida en función de una tercera versión por él introducida, obviando las dos hipótesis presentadas por los contendientes, constituye una respuesta propia de un sistema inquisitivo que no concuerdan con las exigencias del juicio contradictorio y republicano que consagra nuestra Constitución Nacional”.

<sup>70</sup> Fallos: 331:2343.

juzgador para disponer una unificación de penas en el marco de un acuerdo de juicio abreviado, cuando tal extremo no ha sido convenido por las partes.

Si bien con ciertos matices<sup>71</sup>, y sin soslayar las cuestiones propias del art. 58 del Código Penal, de la respuesta elaborada por la Corte es dable rescatar un argumento central, que debiera bastar para alcanzar la solución finalmente volcada. En este sentido, lo que parece ser determinante en el caso es la ausencia de “interés” del acusador en la realización de la mencionada unificación; en palabras del tribunal, “no puede perderse de vista que la unificación cuestionada se produjo en la decisión en la que el tribunal oral admitió el acuerdo previsto por el art. 431 bis, del Código Procesal Penal de la Nación, en el cual el Ministerio Público ningún interés había manifestado sobre el punto”.

Esta conclusión encuentra basamento en la imposibilidad del juzgador para exceder la pretensión punitiva ensayada por la acusación. No desconozco que el tratamiento de la temática en ámbitos del juicio abreviado introduce elementos adicionales factibles de solapar los criterios aquí defendidos, máxime cuando se aúnan las implicancias de los procesos de unificación. Sin ir más lejos, podría esgrimirse que el art. 431 bis del CPPN demuestra que cuando el legislador quiso limitar las facultades judiciales para fijar la respuesta punitiva lo hizo expresamente, o bien, que aun frente a las vicisitudes del trámite abreviado dejó a salvo la posibilidad jurisdiccional de disponer sobre la calificación legal<sup>72</sup>. Sin embargo, nada de ello contrarresta los fundamentos constitucionales de la garantía, conforme los cuales deviene ilegítimo agravar la situación procesal del imputado, más allá de lo estrictamente pretendido por la acusación.

En definitiva, la *reformatio* no hace más que reconocer que “la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal; máxime si se tiene en cuenta que en el logro del propósito de asegurar la administración de justicia los jueces no deben estar cegados al principio de supremacía constitucional para que esa función sea plena y cabalmente eficaz”<sup>73</sup>. Si se coloca al imputado en una situación más gravosa que la requerida por la acusación, en este caso agravándole la sanción pretendida, lógicamente se limitan sus posibilidades de contrarrestar

---

<sup>71</sup> Principalmente en las alusiones que realiza la Corte en torno al derecho de defensa, a partir de la confianza del imputado en que el “dictado de una pena única no se produciría o que, al menos, ello no sucedería sin que mediara previa vista”. En definitiva, no son más que consecuencias necesarias de la violación al principio acusatorio.

<sup>72</sup> En el caso, mediante el rechazo del acuerdo suscripto por las partes.

<sup>73</sup> CSN, “Caetano Flores, Elbio Ciriaco”, 10/08/2010 (disidencia del juez Zaffaroni).

el nuevo escenario procesal, pero ello no es el punto determinante de la cuestión –que, como se dijo, podría entenderse revertido concediéndose nuevas oportunidades de defensa-, sino que aquél se encuentra dado por la vigencia de un sistema plenamente contradictorio, en donde no se entremezclen las funciones de acusar y juzgar y las decisiones finalmente adoptadas sean congruentes con la intensidad punitiva pronunciada por el acusador.

## **VI. PALABRAS FINALES**

Durante el desarrollo de este breve trabajo se intentó trazar un abordaje integral de la garantía de la prohibición de la *reformatio in peius*, entendida como manifestación del principio acusatorio y en modo transversal a todo el proceso penal. Las situaciones traídas a colación demuestran que su actual consideración presupone mucho más que una simple limitación en ámbitos impugnativos. Se trata así de un basamento fundamental del debido proceso, en pos de asegurar la correlación entre la actividad del acusador y la del juzgador, respetando el protagonismo que a cada uno de ellos confiere el esquema propuesto constitucionalmente.

Cualquier resolución adoptada por fuera del margen punitivo formulado en la acusación, en tanto represente un agravamiento de la situación del imputado, implicaría decidir sin contradicción, es decir, allí donde no existe un conflicto válidamente integrado. Asimismo, representaría la constitución de una hipótesis acusatoria jurisdiccional, algo bastante alejado de los principios que rigen la investigación penal.

Todo ello no supone otorgar al acusador poderes de jurisdicción, sino más bien aceptar que esta última se desarrolla bajo ciertos recortes que posibilitan preservar los derechos fundamentales del imputado. En tal sentido, la admisión de límites a los poderes jurisdiccionales no debería resultar novedosa, mucho menos cuando ellos se dirigen a que la contradicción –existencia de intereses fácticos y/o jurídicos contrapuestos- transcurra exclusivamente entre la acusación y el imputado.