

Reg. n° 934/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de noviembre de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Daniel E. Morin, Luis F. Niño y Eugenio C. Sarraabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 806 / 815 en esta causa n° 50.459 / 2011, caratulada “**Habiaga, Raúl Adrián s/ homicidio**”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 27, por mayoría, el 15 de julio de 2015 impuso a Raúl Adrián Habiaga la pena de 19 años de prisión, accesorias legales y costas (fs. 789 / 797).

II. Contra dicha sentencia, el defensor público oficial Gabriel Di Modugno interpuso recurso de casación (fs. 806 / 815), concedido por el tribunal *a quo* (fs. 816 / 817) y al cual la Sala de Turno de esta Cámara le asignó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (fs. 822).

La defensa fundó sus agravios en el segundo inciso del art. 456, CPPN.

Entendió que el monto de la pena impuesta era arbitrario y desproporcionado en relación con las pautas de mensuración establecidas en los arts. 40 y 41, CP.

En cuanto a la arbitrariedad, surgía por haber mantenido el mismo *quantum* de pena fijado anteriormente por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 sin considerar el cambio de calificación jurídica resuelto por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, que excluyó la agravante genérica prevista por el art. 41 *bis*, CP. Por esta razón, “...*tendría que haber variado ostensiblemente la cantidad de pena a imponer...*” (fs. 812 vta.).

La defensa también cuestionó que no se valoraron como atenuantes las condiciones personales de su defendido: la falta de antecedentes penales, su historia familiar y laboral, el hecho de cursar una carrera universitaria dentro de la unidad actual de alojamiento. Recordó que tales circunstancias apenas fueron mencionadas por el voto de la mayoría, pero no incidieron en el monto de pena impuesto.

Con estos argumentos, la impugnante pidió la reducción de la sanción impuesta a Habiaga al mínimo de la escala penal del delito de homicidio simple y, subsidiariamente, reclamó la imposición de una pena sensiblemente menor.

III. Durante el término de oficina (art. 466, CPPN), el defensor público oficial, Mariano Patricio Maciel, mantuvo los agravios planteados en el recurso de casación y amplió los fundamentos oportunamente brindados (fs. 825 / 829).

En su escrito, rememoró el voto disidente del juez De la Fuente a lo que agregó que una atenuación en la calificación legal implica además una disminución del grado de culpabilidad frente al hecho que se le reprocha.

Con cita del precedente “Escudero, Maximiliano Daniel s / robo calificado – causa n° 39 – 88” (E.297.XXXIX del 10 de abril de 2007) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendió que la pena impuesta importaba una infracción a la garantía de la *reformatio in pejus* al no haberse reducido, al menos en forma proporcional, el monto de sanción conforme la nueva escala penal operada por el cambio de calificación legal.

Por su parte, la querellante Ofelia Magallanes Ricci presentó un escrito en el que, resumidamente, solicitó se rechacen los agravios introducidos por la defensa y, en consecuencia, se mantenga la pena impuesta a Habiaga (fs. 830 / 837).

IV. En la audiencia prevista por el art. 468 CPPN, participaron el defensor público oficial Mariano Patricio Maciel, su asistido, Raúl Adrián Habiaga, el fiscal general Diego Tomás Nicholson,

y la querellante Ofelia Magallanes Ricci, patrocinada por su abogado Ezequiel Bernardo Maradeo.

En la misma oportunidad, la Sala conoció en forma personal al Sr. Habiaga y lo interrogó en los términos del art. 41, CP.

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

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. Para una mejor comprensión del caso, conviene recordar sus antecedentes.

a) El 6 de diciembre de 2012, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 condenó a Raúl Adrián Habiaga a la pena de diecinueve años de prisión, accesorias legales y costas pues lo consideró autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de un arma de fuego, en concurso real con el delito de portación de arma de guerra, sin la debida autorización legal, atenuada por ser su tenedor autorizado (arts. 12, 29 inc. 3°, 41 bis, 45, 55, 79 y 189 bis, inciso 2°, apartado 4° y 5°, CP; cfr. fs. 538 / 549).

b) Contra esa decisión, la defensa pública de Habiaga interpuso recurso de casación (fs. 559 / 570).

c) El 20 de diciembre de 2013, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió, por mayoría, casar parcialmente la sentencia indicada en el punto a), y condenó a Raúl Habiaga por ser autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79, CP) y dispuso remitir el caso a un nuevo tribunal "...que deberá fijar nueva pena previa audiencia de partes y de visu del encausado..." (cfr. fs. 612 / 621).

De acuerdo con lo surge de la sentencia de fs. 612 / 621, la jueza Ángela Ledesma propuso anular la determinación de la pena efectuada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 y la calificación jurídica del hecho, esto es, excluir la agravante prevista por el art. 41 bis, CP y la portación del arma de fuego. Los jueces David y Slokar por su parte, sólo adhirieron al cambio de calificación y ambos consideraron abstracto el agravio referido a la manera en que se había fijado la pena,

pues como producto de aquella modificación correspondía reenviar el caso a un nuevo tribunal para que fije otro monto punitivo (ver 620 / 620 vta.).

d) Fruto de esta decisión, se celebró la audiencia que da cuenta el acta de fs. 783 / 786 y se dictó la nueva sentencia ahora impugnada (fs. 789 / 797).

2. Si bien la defensa ha planteado tres agravios distintos (arbitrariedad, desproporcionalidad y violación de la *reformatio in pejus*) el último planteo engloba al primero, según se desprende de la argumentación resumida en los puntos II y III, pues en ambos casos, aunque por razones diferentes, la parte recurrente sostuvo que el cambio de calificación jurídica dispuesto por la Sala II de la Cámara Federal de Casación debió reflejarse en una pena menor.

De esta manera, la primera cuestión que debe resolverse es el alcance de la *reformatio in pejus*, pues si se comprueba la violación de esa garantía la suerte del caso estaría sellada.

En este sentido, la mayoría del tribunal de mérito sostuvo, correctamente, que el monto de la pena anterior establecida por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6, funcionaba como un límite máximo, infranqueable en la nueva medición que debía realizar (cfr. fs. 795: “...la escala penal prevista para el delito de homicidio por el art. 79 del Código Penal es de 8 a 25 años de prisión o reclusión. Sin embargo {,} el Tribunal está limitado por la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 en cuanto por el principio de la ‘reformatio in pejus’ no puede ser sobrepasada, por lo que entiendo que la condena de 19 años de prisión es la más justa para responsabilizar a Habiaga por el homicidio de Diego Gastón Bustamante...”).

Ahora bien, de acuerdo con el planteo efectuado por la defensa, desarrollado en el término de oficina y en la audiencia prevista en el art. 468 CPPN (puntos III y IV), la modificación de la calificación legal implicaría dos cosas: por un lado, un límite en cuanto al máximo de la pena a imponer; y por otro, conlleva *necesariamente* una reducción de la pena aplicable, pues la nueva fijación de la pena aquí cuestionada es

consecuencia de un recurso del imputado, lo que determinaría la imposibilidad de introducir causas de agravación distintas a las consideradas anteriormente en la primera sentencia de condena. Asimismo, y siempre según la defensa, el imputado no puede quedar en peor situación de la que estaba antes de interponer el recurso ni tampoco en la misma, pues de otro modo resultaría difícil de explicar “...*al justiciable que su recurso triunfó, pero que de todas formas será condenado a la misma pena...*” (voto del juez De la Fuente, reproducido en el punto II de la presentación efectuada según el art. 466, CPPN). Además, la defensa acudió a la jurisprudencia de la Corte Suprema para extraer una regla que avalara su posición, amén de citar otros precedentes de esta misma Cámara.

3. Cabe recordar que la prohibición de la *reformatio in pejus* de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, constituye una derivación del derecho de defensa en juicio que vive en el ámbito de los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales. Básicamente, significa prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso, la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, cuando ella sólo fue recurrida por él o por otra persona, autorizada por la ley, en su favor.¹ Se trata de una garantía constitucional emparentada también con el principio acusatorio. De esta forma, “...*se puede decir, sin temor al yerro, que, si alguien no **dice** que la sentencia es injusta y por qué es injusta (recurre expresando sus motivos), al imputado y su defensa les resulta imposible **contradecir** (defenderse del recurso, oponiéndose al resultado pretendido), razón por la cual el fallo sería **sorpresivo, extra o ultra petita**, y el tribunal **ad quem** conocería de oficio, sin excitación extraña a él. De allí que la Corte Suprema pueda decir, con cierta razón, que la prohibición de *reformatio in peius* tiene sustento constitucional, como derivado de la **inviolabilidad de la defensa** (CN, 18)...”²*

¹ Cfr. Julio B. J. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 590.

² El énfasis pertenece al original; cfr. Julio B. J. MAIER, op. cit., ps. 592-593; entre otras sentencias de la Corte Suprema se citan: “Fallos” 234:270 y 372; 231:190, 198 y 497; 241: 154; 244:198; 246:121; 248:612; 254:353; 255:79; 258:73 y 220; 268:45; 274:283; 295:778, cfr. op. cit., p. 590, nota 223. En el mismo sentido, cfr. Alejandro Carrió, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, 6ª ed., Buenos Aires, 2014, p. 185.

En cuanto a su fundamento político jurídico se considera que el recurrente sabe que, por su recurso (esto es: si no recurre otro interviniente en su contra), lo peor que puede sucederle consiste en la confirmación del fallo. De otra manera, recursos perfectamente fundados no se interpondrían aceptándose sentencias injustas por temor a la agravación de las consecuencias.³

Trabajos más recientes acentúan la vinculación de la *reformatio in pejus* con el *principio acusatorio*, en tanto aquella garantía buscaría evitar “...la participación del juzgador en la formación y delimitación de la acusación...”⁴

Por los demás, los códigos procesales contienen reglas que receptan la garantía: así, el art. 445, CPPN, establece: “*Competencia del Tribunal de Alzada... Los recursos interpuestos por el ministerio público fiscal permitirán modificar o revocar la resolución aun a favor del imputado. Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio.*”. Por su parte, el CPPN, ley 27.063, en el art. 304, concibe la garantía casi en los mismos términos: “*Reforma en perjuicio. Si la resolución hubiera sido impugnada sólo por el imputado o en su favor, no podrá modificarse en su perjuicio.*”

4. Uno de los principales argumentos de la defensa para sostener la violación de la garantía de la *reformatio in pejus* es su reclamo para aplicar al presente caso la sentencia de Corte Suprema en el caso “**Escudero**” ya citado.

Al respecto, cabe recordar lo dicho en el precedente “**Medina**”⁵ (entre muchos otros), en cuanto a que la pretensión de extraer alguna regla o consecuencia a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema enfrenta serios obstáculos, algunos de ellos propios del sistema jurídico argentino (basado fundamentalmente en la ley y el

³ Cfr. Julio B. J. MAIER, op. cit., p. 590.

⁴ Cfr. Nicolás J. OSSOLA, *Hacia un abordaje integral de la prohibición de la reformatio in pejus*, en AA.VV., *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2015, p. ...; vinculado con el derecho al recurso, véase Aníbal Horacio RIZZI, *La nueva dimensión que adoptó la prohibición de la “reformatio in pejus” tras el fallo “Capristo”*, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sumarios y Análisis de Fallos*, dirección de Leonardo G. Pitlevnik, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, tomo 12.

⁵ Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406 / 15.

desconocimiento del funcionamiento del *precedente*, propio de sistema anglosajón del *common law*) sumado a la manera en que se valoran e interpretan sus decisiones. Además, deben tenerse especialmente en cuenta las cautelas imprescindibles cuando se pretende extraer de una decisión judicial conclusiones generales. Las sentencias, a diferencia de las leyes, resuelven casos concretos, constituidos por circunstancias del pasado, es decir, por hechos que, junto con lo pedido por las partes, limitan la competencia del tribunal. Por esto, los tribunales no resuelven cuestiones teóricas y debemos atenernos a los hechos que motivaron el caso, ya que de ellos depende la solución que se alcanzó. De allí que las sentencias no puedan interpretarse como leyes, abstrayéndolas de las específicas circunstancias que motivaron el pronunciamiento. Además, para arriesgar la formulación de una regla o principio general deben acumularse una serie de casos análogos resueltos del mismo modo.⁶

En el mismo sentido, el juez García al resolver el caso **“Crocco”**⁷ (con remisión a su voto como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 6025, “Condori Mamani, Miguel Ángel s/recurso de casación”, resuelta el 13.08.02008, reg. N° 13.070), señaló que una sentencia de la Corte Suprema no tiene la fuerza normativa de una ley sancionada por el Congreso de la Nación, y no constituye una norma de carácter general de seguimiento obligatorio por los jueces. Tiene, en cualquier caso, el valor de cualquier sentencia de la Corte que merezca la calificación de “precedente”, esto es, constituye una pauta orientadora, en el sentido de que, bajo condición de analogía de los supuestos de hecho del caso, las declaraciones jurídicas que la Corte ha hecho en el precedente, serán aplicadas por ésta a todos los casos futuros. Una razón de seguridad jurídica impone pues seguir los estándares del precedente. Esto presupone identificar las proposiciones jurídicas del precedente, y

⁶ Cfr. Alberto F. GARAY, *La doctrina del precedente*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 110 – 112.

⁷ Sentencia del 10.11.15, Sala II, jueces García, Garrigós de Rébora y Sarabayrouse, registro n° 636 / 15.

también las circunstancias relevantes del caso a fin de determinar la existencia de analogía (se citó Fallos: 332:1963, voto de la jueza Argibay).

Lo dicho remite al análisis del caso **“Escudero”** para determinar si a partir del mismo pueden extraerse las conclusiones planteadas por la defensa, es decir, una regla general que *prohíba* al tribunal que debe fijar una nueva pena (producto del juicio de reenvío) establecer el mismo monto punitivo que la anterior anulada por un recurso del imputado..

En aquel asunto resuelto por la Corte Suprema, la Sala II del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires había revocado parcialmente una sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de Zárate-Campana, por errónea aplicación de la ley sustantiva en referencia a la agravante “banda” (art. 167, inc. 2°, CP). En consecuencia, calificó el hecho por el cual había sido condenado Escudero como robo agravado por el uso de arma, *pero, sin recurso de la acusación*, mantuvo la pena impuesta por el tribunal de juicio de seis años de prisión, *en virtud de una nueva valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes*, ***“...excediéndose el tribunal casatorio en su jurisdicción apelada en perjuicio del imputado, puesto que esta nueva valoración de oficio no formaba parte de la materia recursiva a tratar...”*** (el destacado no es del original; cfr. el considerando 3° del voto de la mayoría, jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi y Maqueda). Por lo tanto, y en virtud de lo establecido por los precedentes **“Strada”** y **“Di Mascio”** (Fallos: 308:490 y 311:2478, respectivamente), el caso presentaba una cuestión federal suficiente que tornaba procedente el recurso extraordinario (considerando 5°).

Por su parte, el voto del juez Zaffaroni, no afirmó expresamente la violación de la *reformatio in pejus* sino que se refirió a ella en modo potencial: “...4°) *Que si bien es cierto que la determinación de la existencia de circunstancias agravantes del tipo básico, y la incidencia que ésta pudiera tener al momento de fijarse la pena en concreto, en principio remite al análisis de cuestiones de derecho común; asiste razón al recurrente en cuanto 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...”

En términos más categóricos y en disidencia la jueza Carmen Argibay descartó de plano la transgresión de la garantía: “...7º) *Del propio relato de los antecedentes del caso surgen los motivos por los cuales, en coincidencia con la solución propiciada por el señor Procurador Fiscal, se habrá de desestimar la queja. En tal sentido, resulta 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 extensión con la que esta Corte ha interpretado aquella garantía..., el planteo del recurrente...queda desligado de cuestión federal alguna...”*

Por último, la jueza Highton de Nolasco compartió el dictamen fiscal y propició la desestimación de la queja interpuesta.

5. Lo expuesto revela que el caso “**Escudero**” es sustancialmente diferente al presente y no guarda relación directa con lo aquí debatido. Según indicó la mayoría de la Corte Suprema, el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires modificó la calificación legal del hecho y al mismo tiempo mantuvo la misma pena, valorando nuevamente las atenuantes y agravantes del caso, sin que existiera un recurso que habilitara tal actividad, lo que era suficiente para sustentar la presencia de una cuestión federal. Por el contrario, en el presente caso, la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación únicamente modificó el encuadre jurídico del hecho, sin atender a la determinación

de la pena, cuestión que dejó librada a un nuevo tribunal a través del reenvío resuelto.

Se desprende entonces del precedente citado por la defensa que allí la Corte Suprema sólo afirmó que estaba en presencia de una cuestión federal, cuya negativa a considerarla por parte del superior tribunal local determinaba la descalificación del fallo por apartamiento de la doctrina de los mencionados “**Strada**” y “**Di Mascio**”.

Sin embargo, el mencionado precedente sirve de punto de partida para analizar si este corolario del derecho de defensa en juicio tiene, en el presente caso, el alcance pretendido por la defensa. Se trata de establecer si la doctrina de la *reformatio in pejus* implica cotejar únicamente las penas fijadas “antes” y “después” del recurso planteado por el imputado, en cuyo caso su violación sólo ocurrirá si se traspasa el límite fijado en la primera sentencia; o bien determinar si la *reformatio* alcanza también el supuesto de un cambio de calificación jurídica que *necesariamente* debe reflejarse en un monto punitivo menor en la nueva pena.

En este aspecto, y para quienes explican la *reformatio in pejus* mediante su vinculación con el principio acusatorio, no debe perderse de vista que en el caso que aquí se analiza, ni la querrela ni la fiscalía estaban legitimadas para recurrir la condena de Habiaga en función de la pena que habían solicitado en el debate y los límites establecidos por los arts. 458, inc. 2 y 460, CPPN. Además, tampoco debe pasarse por alto que, según consta en la sentencia recurrida (fs. 389 vta.), la querrela recurrió en queja ante la Corte Suprema la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación (remedio declarado inadmisibile según el art. 280, CPPN, el 18 de noviembre de 2015).

Asimismo, tal como lo testimonia el acta de fs. 783 / 786 se realizó un verdadero juicio para discutir las agravantes y atenuantes, con activa participación de todas las partes. Y para esa discusión, el tribunal *ad quem* no había fijado ningún límite o parámetro al cual ajustarse, según se desprende del examen realizado en el punto 1 c). Por ello, mal puede

afirmarse que en este caso exista una violación a la imparcialidad por parte del tribunal *a quo*, al fijar la misma pena, pues ella ha sido el producto de lo solicitado por los acusadores (ver el acta mencionada) o que se hayan traspasado los límites de la *reformatio in pejus*.

En este sentido, la reducción *necesaria* de la pena por un cambio de calificación no puede establecerse de modo general y para todos los supuestos. Su procedencia o improcedencia dependerá de varios factores, entre ellos, de las pautas que fije el tribunal revisor que reenvía el caso, de la mayor o menor extensión “secante” entre las dos escalas penales aplicadas en cada sentencia (la primera revocada y la segunda producto del reenvío), pero fundamentalmente obedecerá *a la manera en que se funda la nueva decisión*.

Y éste es, a nuestro juicio, el punto central: cómo se justifica la imposición de la nueva pena y si ella resulta *proporcional* a las circunstancias valoradas para fijarla. En definitiva, sobre el tribunal que debe fijar la nueva pena pesa un deber especial de fundamentación, mediante la cual explique las razones por las cuales arribó al mismo resultado que aquel que intervino con anterioridad.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas siguen, en general, los lineamientos aquí desarrollados. En este sentido, se destaca que el límite de la *reformatio in peius* es la magnitud y la clase de pena impuesta en el anterior juicio. Esto implica que la garantía tiene un alcance *formal* en tanto considera la medida de la pena fijada por la instancia primigenia como el único *límite* de la prohibición de empeoramiento de la posición del recurrente (*Verschlechterungsverbot*). Se admite la posibilidad de establecer la misma pena en el marco de una nueva valoración global de la pena a imponer, supuestos donde el Tribunal Supremo Federal exige un deber especial de fundamentación, pues las posibilidades de abusos resultan evidentes y reclaman una atención particular.⁸

⁸ Cfr. Hans – Heine KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 8ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 617; también Claus ROXIN, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25ª edición alemana por Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, ps. 454 y sigs.; Claus ROXIN / Bernd SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28ª ed., C. H. Beck, Múnich, ps. 452 – 453.

Por otro lado, es desacertado afirmar que determinar una misma pena con calificaciones distintas sólo pueda explicarse por una falla de fundamentación del tribunal de origen que fijó la primera y la introducción de nuevas circunstancias de agravación anteriormente no consideradas. Como se ha visto, en este caso, ni la Sala II resolvió con respecto a la corrección de la primera medición ni se introdujeron nuevas circunstancias de agravación, pues como ya se dijo se debatió ampliamente sobre ellas en la audiencia fijada a tal fin.

Por último, tampoco es correcto señalar que la modificación de una calificación legal se traduce necesariamente en un injusto menos gravoso. El disvalor de los hechos desaprobados se refleja en la medición de la pena y no puede predicarse de modo abstracto. Tanto el ilícito como la culpabilidad son conceptos graduables cuya intensidad corresponde establecer al momento de mensurar la pena, de acuerdo con los arts. 40 y 41, CP, por lo cual, una nueva calificación jurídica no se traduce *necesariamente* en una pena inferior.

En definitiva, corresponde desechar los agravios de la defensa referidos a la arbitrariedad y la violación de la *reformativo in pejus*, lo que conduce a examinar si la pena establecida por el tribunal *a quo* es proporcional.

6. Determinación de la pena

De acuerdo con el resumen efectuado en el punto II la defensa también consideró desproporcionada la pena impuesta a Raúl Habiaga.

En el citado precedente “**Medina**” se destacó que la discusión en torno a la determinación judicial de la pena no ocupó un lugar relevante ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Pese a algunos trabajos pioneros en nuestro país, hoy continúa sin estar en el centro de las discusiones. Este aspecto de la sentencia asumió particular relevancia a partir del momento histórico en que las penas aplicables dejaron de ser fijas y pasaron a desenvolverse en escalas que exigen una determinación. De allí la necesidad de establecer la *cesura de juicio* como ámbito para

discutir los criterios y las formas racionales para medir la reacción penal del Estado.⁹

Lentamente se ha impuesto el criterio de que el pedido de pena del fiscal funciona como un límite para los jueces. De estar pautado en el marco del procedimiento abreviado (art. 431 *bis*, CPPN), aceptado por una minoría de la CSJN en el caso “**Amodio**” (causa A.2098 XLI del 12 de junio de 2007), hoy se ha convertido en ley: el nuevo CPPN, ley 27.063, en su art. 273 establece que los “...*jueces no podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores...*”. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las agravantes y atenuantes previstas en el art. 40 y 41, CP. De este modo, si bien el nuevo ordenamiento contempla la cesura del juicio, a diferencia de otros códigos procesales, no establece un límite en cuanto a la consideración de aquéllas¹⁰. En cuanto a la técnica legislativa, el nuevo CPPN prevé una cesura del juicio, lo cual implica que el fiscal ya en la acusación expresa las “...*circunstancias de interés para determinar la pena...con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas en el juicio sobre la pena...*” así como también “...*el requerimiento de pena estimado, a los efectos de la determinación del juez, tribunal o jurado...*” (cfr. art. 241, incs. g y h, CPPN, ley n° 27.063). Las partes ofrecen prueba sobre la pena estimada, lo que garantiza al imputado la posibilidad de ser oído, ofrecer prueba y contradecir el pedido fiscal. Es decir, que hay una discusión plena al respecto.

El CPPN no contempla nada de lo dicho. Sin embargo, el análisis del presente caso y la particular circunstancia de que la actuación del tribunal *a quo* se circunscribió a la graduación de la sanción a imponer muestra que las partes discutieron sobre las atenuantes y agravantes aplicables para determinar la pena, y que los elementos valorados por el tribunal *a quo* con ese fin surgieron de las circunstancias del hecho o de las condiciones personales del acusado debatidas en aquella audiencia.

⁹ Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 382.

¹⁰ Cfr. GARIBALDI, Gustavo E. L. / BELLAGIO, Aníbal / CASTRO, María del C., *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2004.

En primer lugar, la querrela solicitó la pena de diecinueve años de prisión, para lo cual consideró circunstancias agravantes: el lapso que Habiaga había tenido para recapacitar desde el episodio sucedido en la localidad de Villa Gesell; la premeditación al ir a buscar un arma cargada y ponerla en su cintura en condiciones aptas para el disparo; la violencia inusitada que desplegó y la forma alevosa con que actuó, pues una vez terminado el forcejeo con Bustamente, éste se encontraba indefenso, con las manos levantadas y retrocediendo, pese a lo cual, Habiaga sacó el arma, efectuó tres disparos mientras la víctima estaba de pie y un cuarto cuando cayó al piso (fs. 784).

Agregó que también debían tomarse como agravantes “...el conocimiento previo que tenía Habiaga con Bustamante, cuyo trato era bueno y cordial...”; y “...la conducta posterior al delito, que fue fugarse... que lo detuvieron a una cuadra del lugar con la pistola nuevamente en su cintura, demostrando un desprecio total por ayudar a la víctima. Destacó que cuando fue detenido estaba en un estado normal y que sabía lo que hacía...” (fs. 784).

La acusación particular también consideró “...la posición que asumió durante el proceso, intentando exculparse y justificarse en todo momento...” y “...sus condiciones personales, que tenía estudios secundarios y terciarios, trabajo estable, buena posición económica, sabía lo que hacía...”.

Finalmente, en cuanto a las atenuantes que presentaba el caso, entendió que “...sólo debía valorarse el favorable resultado del informe socio ambiental y la carencia de antecedentes penales...” (fs. 784 vta. / 785).

El fiscal general, si bien mantuvo su primigenio pedido de veinte años de prisión, considero que la pena de diecinueve años “...fue perfectamente elegida...”. Refirió no encontrar atenuantes en el caso, mientras que en relación a las agravantes valoró que “...Habiaga llevaba un arma de fuego de guerra, totalmente cargada, en normal funcionamiento y apto para el tiro, disparó a sabiendas que el individuo no podía defenderse, a matar y cuando la víctima estaba desprotegida. Éste es un hecho rayano en la alevosía. No le dio ninguna posibilidad de supervivencia, lo quiso matar, disparó cuatro veces, no se trató de un arrebato accidental. Es una personalidad muy violenta, que se une a lo

sucedido previamente en Villa Gesell. Esto, sumado a la premeditación, estaría al borde del homicidio calificado, si bien no encuadra en el código por la necesidad de otras personas para su consumación. Habiaga llegó y fue a buscar el arma, sabía lo que estaba sucediendo. No puede decirse que existió premeditación especial de matar, pero el sólo hecho de que tomara la pistola por las dudas ya es una circunstancia grave...”. También destacó “...que el encausado conocía que al matar a Bustamante dejaba a un niño de cuatro años huérfano de padre, más allá de cierto conocimiento o amistad que existía previamente. ...” (fs. 785 vta. / 786).

Por su parte, la defensa del imputado, solicitó que se le aplicara el mínimo de la pena teniendo en cuenta sus condiciones personales, la carencia de antecedentes y el hecho de que había aprobado diez materias de la carrera de abogacía dentro de su lugar de detención (fs. 786).

7. Los colegas de la instancia anterior que conformaron la mayoría (jueces Salvá y Romeo) para graduar la pena, ponderaron las circunstancias que a continuación se resumen.

a) En lo que hace a la naturaleza de la acción y a los medios empleados para ejecutarla, se consideró que el hecho “...no fue el resultado de algo súbito o consecuencia de un arranque intempestivo... {Habiaga} fue a buscar el arma de fuego que tenía guardada en el local... fue representado en su mente como algo posible de suceder y deliberadamente aceptado...” (fs. 793).

b) El imputado había tenido tiempo para reflexionar durante el viaje que emprendió desde Villa Gesell a Buenos Aires. De igual modo, decidió ir a buscar el arma de fuego cuando llegó a esta ciudad.

c) En cuanto al instrumento utilizado, se dijo que “...no escogió cualquier medio, como sería un arma blanca, sino un medio más letal, un arma de fuego... con su cargador completo, lo que revela el designio criminal y de actuar sobre seguro y por ende el mayor reproche...” (fs. 793 vta.).

d) Se destacó que “...no tenía necesidad de matar. Cuando...extrae el arma de fuego su víctima levanta las manos en señal de que estaba desarmado y retrocede. Pese a hacerlo a unos dos metros de su agresor,

Habiaga dispara tres veces contra el cuerpo de Bustamante para finalmente dispararle una vez más, de cerca y cuando la víctima estaba en el piso, lo que nos demuestra la cualidad de acción homicida en cuanto al odio o rencor puesto en la ejecución del hecho y el desprecio total por la vida de Bustamante, quién no resultaba un desconocido para el autor de los disparos...” (fs. 794).

e) Disparó el arma en la vía pública con el consecuente desinterés por la posible afectación o daño de otros bienes jurídicos.

f) Adoptó esa actitud homicida “...*contra el padre del hijo de su pareja, a quién dejaba huérfano de ese progenitor y sin el sostén económico del mismo...”*

g) Las condiciones personales del imputado permitían una mayor exigibilidad en cuanto a su grado de culpabilidad: “...*es una persona de 30 años, instruida, con estudios terciarios, vendedor o productor de seguros...”*.”

h) Habiaga poseía una personalidad violenta evidenciada por el contexto en que se produjo el hecho juzgado: el episodio de violencia doméstica ocurrido en Villa Gesell y los momentos previos al ataque a Bustamante.

i) En lo que hace a los atenuantes, no se desconoció que Habiaga “...*carece de antecedentes, es una persona de trabajo y que en la actualidad está cursando la carrera de abogacía en el penal donde se encuentra detenido...”* pero el tribunal reiteró que se trataba de un hecho grave y que tales circunstancias no contrarrestaban la conducta desplegada.

8. Ahora bien, la defensa, tanto en el recurso interpuesto como en su presentación en el término de oficina, no ha rebatido ninguna de las circunstancias agravantes merituadas por el tribunal *a quo* sino que meramente ha deslizado una crítica genérica por cuanto tildó a la pena de “arbitraria, excesiva y desproporcionada” sin desarrollar una crítica razonada que muestre el error de la ponderación realizada por el tribunal *a quo*.

En este sentido, los elementos valorados por la sentencia, relativos al hecho que se tuvo por probado y a los aspectos subjetivos vinculados con Habiaga, justifican y explican las razones por las cuales

los colegas de la instancia anterior impusieron la pena de diecinueve años de prisión conforme lo solicitaron la querrela y la fiscalía. Tampoco se advierte aquí arbitrariedad o una errónea interpretación de los arts. 40 y 41, CP. Los elementos valorados en la sentencia constituyen circunstancias relativas al hecho juzgado, discutidas por las partes y que forman parte de la naturaleza de la acción, la extensión del daño causado y los motivos que llevaron al imputado a delinquir, muchas de las cuales, como explicaron las partes, colocan el hecho en los límites de un homicidio agravado. Además, se consideraron pautas subjetivas para juzgar un mayor grado de exigibilidad de su conducta.

También debe rechazarse el argumento de la defensa vinculado con la relevancia que le otorga a las circunstancias atenuantes alegadas: atento a la cantidad y la calidad de las agravantes ponderadas por el tribunal *a quo*, su incidencia en la determinación de la sanción resulta mínima ante el cúmulo de elementos que elevaron el reproche y se alejaron del mínimo previsto para el delito de homicidio (art. 79, CP.).

Asimismo, cabe precisar que las condiciones personales, tanto familiares como laborales de Habiaga, si bien fueron consideradas como atenuantes por la recurrente, el tribunal valoró alguna de ellas como agravantes, en tanto aumentaban el grado de culpabilidad en relación con el grado de exigibilidad correspondiente a una persona instruida y con estudios terciarios.

Con relación a esto último, se advierte que, sin perjuicio del impacto positivo que evidencia el avance demostrado por Habiaga en sus estudios universitarios dentro del complejo en el que se encuentra alojado, lo cierto es que la parte no ha demostrado el error en que habría incurrido el tribunal *a quo* al no otorgarles entidad suficiente para disminuir la pena discernida frente a la cantidad y calidad de las agravantes ponderadas.

De esta manera, la fijación de la pena realizada no se revela, ni la defensa ha demostrado que sea, desproporcionada. Asimismo, el

tribunal *a quo* ha fundamentado correctamente el monto de pena discernido.

9. En razón de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial a fs. 806 / 815, sin costas (arts. 454, 465, 530 y 531, CPPN).

El juez Daniel Morin:

Adhiero en lo sustancial al voto del juez Sarrabayrouse que lidera el acuerdo.

El juez Luis Fernando Niño dijo:

Lleva razón el colega autor del voto preopinante en punto a distinguir la situación planteada en este caso y la que dio lugar al fallo “Escudero, Maximiliano Daniel”, del máximo Tribunal de la Nación, emitido el 10 de Abril de 2007.

Aunque quepa discrepar con el orden adoptado para analizar las cuestiones presentadas por la defensa como motivos de agravio ante la Cámara Federal de Casación Penal, lo cierto es que en el voto que lideró el acuerdo que hizo lugar parcialmente al recurso intentado contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de la Capital Federal no sólo se acogió el cambio de calificación subsidiariamente impetrado, sino que se desautorizó, por falta de adecuada fundamentación, la dosimetría penal ensayada, por aludir a la naturaleza, modalidad e importancia del hecho acreditado, sin puntualizar los parámetros utilizados para su mensuración, lo que se revertiría en la mera consideración de los elementos de los tipos penales asignados, en violación directa del principio *ne bis in idem*, y por complementarse esa fallida operación con una referencia a la “regular impresión” causada por el encartado, impidiendo una revisión amplia de la sentencia acerca de ese extremo esencial de la labor jurisdiccional (v. fs. 619).

Con referencia a las alternativas de aquel precedente zanjado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es del caso recordar que el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires

había modificado la calificación legal del hecho, pasando del tipo penal agravado al básico, manteniendo el monto punitivo original en base a una nueva valoración de las atenuantes y agravantes del caso, sin que existiera un recurso que habilitara tal actividad, como bien se apunta en el primer voto de esta resolución; en ello se sustentaba la virtual presencia de una cuestión federal. En el presente caso, en el que la parte recurrente también logró abatir el encuadre penal en favor de uno más leve, no es válido sostener la hipótesis de que la delegación de tal valoración, mediante el reenvío a otro tribunal, pueda eximirnos de resolver de algún modo el dilema consistente en la eterna tensión entre el principio "*iura novit curia*" y el de prohibición de la "*reformatio in peius*".

El empleo del modo condicional, en el voto del juez Eugenio Raúl Zaffaroni correspondiente al recordado fallo "Escudero", refleja lo complejo del trance a solventar. Ciertamente es que, en principio, a la reducción de una modalidad agravada al tipo básico del ilícito de que se trate correspondería *prima facie* una reducción proporcional del monto punitivo.

Más cuadra predicar que todo lo que esa situación demanda es un examen serio e integral del cuadro de circunstancias atenuantes y agravantes, por parte del órgano investido a través del reenvío, tras un amplio debate y a la luz de una escala penal cuyo tope máximo ha de ser forzosamente, huelga añadir, el emergente de la nueva calificación adoptada por el órgano revisor en virtud del oportuno planteo defensivo. En este caso, considero que tales pasos se han dado, tal como surge del acta de fs. 183/186 y de la sentencia glosada a fs. 789/797.

Lo expuesto no implica desconocer las razones brindadas en su disidencia por el apreciado colega Javier E. de la Fuente; mas no advierto que se hayan introducido por la mayoría del *a quo* elementos de agravación que anteriormente no hayan sido tomados en cuenta. Sus observaciones en torno al modo como debían jugar las circunstancias de agravación y atenuación son razonables; pero ello no implica que la evaluación efectuada por los componentes del voto mayoritario se revele

injusta o arbitraria, sino que evidencia una distinta apreciación del mismo cuadro, en el que corresponde respetar las normas generales del artículo 398 del ordenamiento ritual en la materia.

En esos términos adhiero a la solución propuesta al pleno por el vocal preopinante.

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

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial a fs. 806 / 815, sin costas (arts. 454, 465, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN, LEX 100) y remítase al tribunal de radicación de la causa, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Daniel Morin

Eugenio C. Sarrabayrouse

Luis F. Niño

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara

Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 50459/2011/TO1/CNC2