



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

"Registrado bajo el Nro.1026 Año 2017"

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (Cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 7 de NOVIEMBRE de dos mil diecisiete se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Daniel Carral y Ricardo Maidana (art. 451 del Código Procesal Penal), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la Causa N° 83892 caratulada "ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR FISCAL GENERAL", conforme al siguiente orden de votación: CARRAL - MAIDANA.

ANTECEDENTES

En lo que interesa destacar el Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial San Isidro, el día 14 de febrero de 2017 resolvió –por unanimidad- hacer lugar a la nulidad de la acusación alternativa formulada por la Fiscalía y, en consecuencia dictó veredicto absolutorio; además –por mayoría- también dictó veredicto absolutorio respecto de Carlos Ezequiel Ortega, por considerar que no se acreditó el extremo de la coautoría responsable del nombrado en relación al hecho individualizado como número 1 (acusación principal). Asimismo –por unanimidad- condenó al nombrado a la pena de dos (2) años y seis (6) meses de prisión de ejecución condicional y costas, por resultar autor responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil (arts. 5, 26, 29 inc. 3, 40, 41, 45 y 189 bis inc. 2 parr. 3 del Cód. Penal; 1, 59 inc. 4, 201, 203, 205 inc. 3, 210, 374 –ante último parr. y 375 inc. 1, 530 y 531 del CPP).

En representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación contra el fallo reseñado (fs. 49/58); denunciando –en esencia- los siguientes motivos de agravio: Por un lado, afirma que no se afectó el principio de congruencia, en tanto el hecho



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

imputado no ha mutado desde el momento en que al imputado se le recibiera declaración conforme la manda prevista en el artículo 317 del CPP. Señala que la calificación del hecho resulta provisoria hasta el momento de la discusión final. Por otro, cuestiona la valoración probatoria efectuada por los Sres. jueces que conformaron la mayoría; considera que se acreditó la intervención de Ortega en carácter de coautor responsable del hecho principal. Sobre el punto, comparte los argumentos del voto del Sr. Juez Dr. García Helguera.

En suma, requiere se revoque el veredicto “disponiéndose en consecuencia la condena en orden al delito de robo calificado por el uso de arma de fuego agravado por la intervención de un menor de edad”.

Sorteadas que fueron las actuaciones, con notificación a las partes (fs. 65/67); el recurso radicó el 11 de julio del año en curso en la Sala.

El Sr. Fiscal ante este Tribunal, dr. Fernando Luis Galán, dictaminó que el reclamo debe prosperar. Sintéticamente, afirma que el pronunciamiento presenta vicios que ameritan su revocación.

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia, decidiendo plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

I. De acuerdo a los lineamientos postulados por el recurrente, el motivo central de su pretensión radica en considerar que no se



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

verificó la afectación del principio de congruencia y, en consecuencia, cuestiona la nulidad decretada en orden a la acusación alternativa formulada por el Sr. Fiscal.

Asimismo, estima errónea la valoración que efectuó el voto mayoritario del andamiaje probatorio, en lo que respecta al extremo destinado a la coautoría responsable de Carlos Exequiel Ortega en el hecho individualizado con el número 1.

II. Previo a ingresar al examen de los agravios introducidos por el impugnante, encuentro dable efectuar algunas consideraciones:

De la compulsa del legajo recursivo, surge que, el hecho individualizado como número II no fue sometido a revisión de esta Sala.

Los colegas de la instancia inferior, abordaron, como cuestión previa, el pedido de nulidad de la acusación alternativa formulada por los Sres. Defensores.

Sobre el punto, consideraron afectado el principio de congruencia. Fundaron tal temperamento en la circunstancia de verificar que medió una mutación del sustrato acusatorio en la etapa final (alegato), generándose así un perjuicio concreto a los intereses del acusado.

En rigor, expusieron “...Entiendo que se ha visto afectado el principio de la congruencia (...) no debido a la descripción que se le hiciera a Ortega al ejercer su defensa material cuando declaró a tenor del art. 317 del CPP, o al momento del requerimiento de elevación a juicio; ya que en esos actos (...) se describió alternativamente una conducta de participación secundaria en un robo calificado, más se calificó aquello como encubrimiento agravado. Y **sin perjuicio de ser conocido que los individuos se defienden de conductas enrostradas y no de calificaciones;** a lo largo del proceso, salvo al momento de la acusación final, Ortega y su defensa técnica, al intentar confrontar una imputación



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

alternativa de un tipo penal distinto al principal, y se ven sorprendidos en la finalización de la audiencia de prueba, teniendo que dar respuesta a una participación secundaria del hecho principal, que allí se enrostraba como coautor...". El destacado me pertenece (fs. 11).

Continuó el "a quo" y sostuvo que no habiéndose atribuido a Ortega –durante el curso del proceso, sino recién en el alegato- la participación secundaria en el hecho principal, sino ser encubridor, el tribunal se encuentra impedido de aplicar una condena sin violentar el principio de congruencia.

Nótese que los magistrados de la instancia anterior aseveraron que, no existió variación en la descripción de la acusación alternativa imputada a Ortega. Empero, en oportunidad de formular el alegato, ocasión en la que se atribuyó al acusado la participación secundaria en el delito de robo calificado y no el delito de encubrimiento, se afectó el principio de congruencia.

En rigor, de acuerdo se afirma desde el veredicto, el hecho alternativo fue narrado del siguiente modo: *"se le imputa a Ezequiel Carlos Ortega haber receptado momentos después del hecho el rodado sustraído en cumplimiento del acuerdo previo con quienes cometieron el despojo, en clara división de tareas respecto del apoderamiento ilegítimo descripto..."* (fs. 20).

Entonces, la descripción de la materialidad infraccionaria se mantuvo incólume. La mutación que medió en la discusión final, se trata de una cuestión relativa al encuadre legal, en tanto se le atribuía un delito distinto. En resumidas cuentas, se acusó a Ortega de intervenir como coautor responsable en un hecho de robo calificado (imputación principal), y/o su participación secundaria en el mismo (imputación alternativa).

III. Sentada la posición del Sr. Fiscal y examinado el pronunciamiento, observo que el eje de la cuestión transita por verificar si



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

efectivamente la acusación formulada, permitió al tribunal en un juicio contradictorio, establecer un temperamento distinto al adoptado. El punto – entonces- radica en fiscalizar si medió identidad en la plataforma fáctica atribuida por la acusación.

Ahora bien, advierto que el tribunal de mérito luego de contemplar que la conducta reprochada no sufrió alternaciones, consideró que la defensa no tuvo oportunidad eficaz de confrontar (la intervención asignada subsidiariamente) y ello importó vulneración de la garantía de defensa en juicio –en concreto del principio de congruencia-.

Nótese que la base del requerimiento fiscal - objeto de juicio- fue contenida de manera idéntica en los actos de trascendencia, en lo que respecta al avance del proceso y las posibilidades de confronte por la defensa.

“El día 22 de junio de 2015, siendo aproximadamente las 23:30 horas, en circunstancias que Ismael Omar Márquez se encontraba a bordo de su automóvil (VW Gol dominio CZP-746) en las inmediaciones del domicilio sito en calle Alejandro Korn N° 1554 localidad de Del Viso, Pdo. de Pilar, fue abordado por dos sujetos de sexo masculino (Ezequiel Carlos Ortega y el menor de edad Hernán Federico Núñez), quienes previamente descendieron de un automóvil color blanco, y mediante intimidación con un revolver calibre 32 marca Doberman serie 06494B cargado con municiones del mismo calibre, se apoderaron ilegítimamente del automóvil que conducía la víctima, dándose a la fuga a comando de los vehículos antes aludidos, para luego ser aprehendidos en la localidad de Grand Bourg. Subsidiariamente se le imputa a Ezequiel Carlos Ortega haber receptado momentos después del hecho el rodado sustraído en cumplimiento de acuerdo previo con quienes cometieron el despojo, en clara división de tareas respecto del apoderamiento ilegítimo descripto...” (fs. 20).



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

Ciertamente, hasta la discusión final, el tramo atribuido de manera subsidiaria, según el criterio del tribunal (es decir, el encuadre legal), es el siguiente: Ortega intervino en el hecho principal, a la par que también lo encubrió; acusación que, eventualmente, podría aparejar una inconsecuencia lógica.

A un lado el tipo penal y/o el “nomen iuris” en el que fue encastrada la conducta endilgada por el Fiscal hasta la discusión final, a mi modo de ver, no se verifica vulnerado el principio de congruencia.

En este sentido, el fallo evidencia un defecto grave del razonamiento, que amerita su descalificación como acto jurisdiccional. Las conclusiones a las que arribó el “a quo” resultan contrarias con las reglas de la lógica.

En efecto, conforme ya expusiera, el “a quo” tras afirmar que “...los individuos se defienden de conductas enrostradas y no de calificaciones...”, concluye que el imputado se vio sorprendido y, en consecuencia no pudo confrontar “la participación secundaria del hecho principal”.

Si la materialidad infraccionaria no sufrió modificaciones, si el derecho de defensa del acusado consiste en la posibilidad eficaz de intervenir en el proceso y contradecir la atribución formulada por la acusación; dichas premisas impiden allegar al razonamiento jurisdiccional puesto en crisis por la parte.

De la descripción de la plataforma fáctica, conforme a lo ya examinado, a contrario de lo afirmado desde el veredicto, se desprende que el imputado tuvo la posibilidad de resistir el acontecimiento que se le atribuyó, incólume en su estructura fáctica, aunque con alambicadas calificaciones.

Lo relevante para la garantía de defensa, es que el acusado no resulte sorprendido por la imputación de una circunstancia que no haya podido tener en cuenta. Extremo que evidencio no existió en el



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

caso. La descripción contuvo siempre todos los elementos propios de la participación secundaria: *promesa anterior y aporte prescindible*.

La congruencia exigida, en resguardo de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, importa que la base fáctica objeto de reproche penal debe encontrarse, durante todo el proceso contenida en el denominado 'objeto procesal', que no es otra cosa que el hecho que, con menor o mayor grado de certeza acerca de su existencia, es imputado a lo largo del trámite de la actuaciones.

Reitero, el relato del hecho efectuado por la acusación, no sufrió variaciones. No fue descrito un suceso distinto, no se introdujeron circunstancias más gravosas y, la modificación de la calificación jurídica -pese a importar bienes jurídicos distintos y, en consecuencia disímiles escalas penales, no provocó el estado de indefensión inferido por el tribunal.

Siendo ello así, los sentenciantes debieron expedirse sobre los extremos que le fueron atribuidos al acusado. Esto es, verificar si existe correspondencia entre el resultado que arrojan las pruebas y el acontecimiento que permiten recrear.

La solución que adoptó el tribunal –la invalidez de la acusación alternativa- ante la verificación de la afectación de una garantía básica en el esquema que ofrece nuestra Constitución Nacional, falla por defecto y por exceso. Ello desde que enfatiza en el medio que asegura el cumplimiento de la garantía, pero no repara en el contenido del derecho que juzgó vulnerado y que, sin hesitaciones, debió orientar la decisión.

Es intangible el derecho que tiene toda persona a defenderse de los cargos que se le imputen en el marco de un proceso penal. Bajo esta perspectiva, toda restricción del derecho a la información, esto es, sobre el conocimiento cabal de la imputación que fije de manera clara el hecho por el cual el sujeto va a ser sometido a juicio, indefectiblemente, debe ser sancionada a través de las formas procesales



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

que protegen el sistema de garantías diseñado por la Constitución Nacional (exceptuó cuestiones vinculadas a razones de urgencia y en punto a la eficacia temporal de un acto en concreto).

Ahora bien, el fallo se refiere a un pilar del derecho de defensa en juicio (congruencia), principio que –esencialmente– guarda relación con los hechos que constan en la acusación; sobre el punto, el pronunciamiento pasa revista que frente al desconocimiento de Ortega respecto a la atribución de la intervención en carácter de partícipe secundario, no tuvo oportunidad eficaz de resistir y/o rebatir su contenido.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos que anteceden, el factum de imputación no sufrió alteraciones. Los términos de la atribución fueron asequibles a través de la narración y/o descripción del suceso que fijó el objeto de debate. Así, el punto de partida que tomó el tribunal, al considerar que tal supuesto de acusación no fue intimado a Ortega, no es tal. La atribución de la intervención del nombrado como partícipe secundario no resultó sorpresiva. Justamente, el contenido de la garantía en trato y en definitiva aquello que los jueces debemos procurar, es que el imputado no se vea sorprendido en ninguna de las fases del juicio, porque entonces sí se restringiría la posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa.

El principio de congruencia encuentra amparo en la inviolabilidad de la defensa en juicio (art.18 C.N.)y sólo hay defensa posible frente a un ataque preciso que el acusado conoce y puede controvertir.

He sostenido que claramente esto exige una identidad de la plataforma fáctica de imputación y, en igual sentido, también que algunos cambios bruscos de calificación pueden afectar de igual modo la garantía (vgr. Sala III, causa n° 12.253 (Registro de Presidencia n° 42.621) “Altamirano, Lucas Nicolás s/ Recurso de Casación”, entre otras).



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

Esto último sucede cuando el pronunciamiento judicial muta la calificación legal que venía desde la acusación, pero lo que define la afectación no es solamente que la nueva adecuación típica ha sido escogida a espaldas de la defensa, sino -particularmente- porque el sustrato fáctico delimitado por el órgano acusador no contiene en su narración la descripción de elementos objetivos y/o subjetivos singulares de la novedosa calificación, y ello incluso con prescindencia de si la mutación importa una menor atribución de pena.

El precedente que se cita párrafos arriba recoge uno de los supuestos a los que nos referimos y la decisión de limitar la calificación ha sido consecuencia de que la plataforma fáctica de imputación carecía de una descripción que pudiera adecuarse a los elementos subjetivos distintos del dolo (en el caso ultra-intenciones) que esa figura reclamaba.

Ahora bien, como se ha visto y descripto a lo largo del presente, nada de ello ha acontecido en el caso examinado toda vez que, durante el proceso, siempre ha estado presente una imputación fáctica (al menos como acusación alternativa o subsidiaria) que encierra todos los elementos que ella exige en términos de cooperación.

Es por ello que, más allá del yerro que puede haberse dado al considerar posible (desde la calificación legal) la atribución del delito principal y de un delito autónomo de infracción al deber que se consumaría por no haber colaborado con la administración de justicia en la investigación de aquél anterior, es indudable que el Tribunal se encontraba habilitado a pronunciarse sobre la hipótesis de *participación secundaria*, porque lo que en rigor describía la narración de la acusación estatal era esa modalidad de intervención y no un ilícito de encubrimiento.

En consecuencia, la modificación de ese yerro anterior, aun efectuada al momento de la discusión final, en nada alteró la posibilidad de una oportuna confrontación dado que se asentó sobre la



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

narración de los hechos descriptos desde siempre y la misma llevaba en su contenido todos los elementos objetivos y subjetivos necesarios para una adecuada atribución.

De acuerdo a lo adelantado, los colegas de la instancia anterior, verificaron que el encuadre legal se modificó en el alegato y allí se detuvo el análisis.

El modo y ocasión en la cual el Fiscal introdujo tal variación, en el contexto del caso y por las razones explicadas, no debió orientar la decisión, desde que –insisto- el derecho de defensa en juicio no se afectó.

IV. En función de lo dicho, considero que corresponde: Casar la sentencia. Revocar el decisorio a través del cual el tribunal de la instancia de origen decretó la nulidad de la acusación alternativa formulada por el Sr. Fiscal y, reenviar las actuaciones para que jueces hábiles reediten los actos necesarios para la celebración de un nuevo debate. (Arts 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 106, 201, 371, 430, 434, 448, 451, 452, 456, 459, 460, 530 y 531 del CPP).

**A la primera cuestión el señor juez doctor
Maidana dijo:**

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del doctor Carral y a esta cuestión me pronuncio en igual sentido.

**A la segunda cuestión el señor juez doctor
Carral dijo:**

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, corresponde: Hacer parcialmente lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas. Casar la sentencia, revocar la nulidad decretada por el tribunal de la instancia y reenviar las actuaciones para que jueces hábiles reediten los actos necesarios para la



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I



Causa n° 83892
ORTEGA CARLOS EXEQUIEL S/RECURSO
DE CASACION INTERPUESTO POR
FISCAL GENERAL

celebración de un nuevo debate. (Arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 106, 201, 371, 430, 434, 448, 451, 452, 456, 459, 460, 530 y 531 del CPP).

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Maidana dijo:

Adhiero, al voto del doctor Carral y me pronuncio en iguales términos.

Por lo que no siendo para más se dio por terminado el Acuerdo dictando el Tribunal la siguiente

SENTENCIA

I. HACER PARCIALMENTE LUGAR al recurso de casación interpuesto, sin costas.

II. CASAR la sentencia, revocar la nulidad decretada por el tribunal de la instancia anterior.

III. REENVIAR para que jueces hábiles reediten los actos necesarios para la celebración de un nuevo debate.

Rigen los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 106, 201, 371, 430, 434, 448, 451, 452, 456, 459, 460 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase a origen.

FDO.: DANIEL CARRAL – RICARDO MAIDANA

ANTE MI: JORGE ANDRES ALVAREZ