

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa 12.700
"Schiaffi, Alberto
Guillermo s/rec.
de casación"
SALA III C.N.C.P.

Registro n°:1922/10

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los diecisiete días del mes de diciembre de dos mil diez, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctores Angela Ester Ledesma, Liliana Elena Catucci y W. Gustavo Mitchell, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por el Prosecretario de Cámara, doctor Walter Daniel Magnone, con el objeto de dictar sentencia en la causa 12.700 caratulada "**Schiaffi, Alberto Guillermo s/recurso de casación**", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, del querellante Luis Aníbal Althabe, con el patrocinio letrado del doctor Federico Wagner y del doctor Daniel Pereira Colman por la defensa de Alberto Guillermo Schiaffi.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Mitchell y Catucci.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

PRIMERO:

Llega la causa a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto a fs.525/532 por la querrela, contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2010 (ver fs.505/524) dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro.

1 de esta ciudad, que dispuso "I.- DECLARAR LA NULIDAD del alegato de acusación efectuado por la parte querellante en el debate. II.- ABSOLVER a ALBERTO GUILLERMO SCHIAFFI, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de defraudación por administración infiel por el cual fuera elevada la presente causa a juicio y la Sra. Fiscal solicitara la absolución, con costas a la parte querellante (art. 18 de la Constitución Nacional y 402 del Código Procesal Penal de la Nación)..."

El recurso de casación fue concedido a fs. 534 y mantenido a fs. 542.

Durante el término de oficina, las partes no efectuaron ninguna presentación.

Celebrada el día 10 de noviembre del corriente año la audiencia prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual, la querella informó oralmente, quedando la causa en condiciones de ser resuelta.

SEGUNDO:

a. El recurrente sostuvo que la decisión mediante la cual se declaró la nulidad del alegato de la querella por falta de determinación del hecho, resulta arbitraria.

Al respecto, precisó que en el pronunciamiento impugnado se efectuó una incorrecta interpretación del artículo 393 del CPPN, pues se le asignó una forma que la ley no prevé, puntualizando que también se interpretó equivocadamente que ello se trató de una nulidad absoluta, cuando no existe una norma expresa que así lo determine.

Replicó que la acusación constituye un bloque indisoluble integrado por el requerimiento de elevación a juicio y el alegato final mediante el cual se solicita la condena.

Sostuvo que en este caso, la pretensión acusatoria se concretó de modo objetivo y subjetivo a partir de los requerimientos de elevación a juicio de los órganos acusadores y del auto dispuesto por el juez instructor.

Alegó que "en aquella oportunidad se sostuvo que el objeto de la acusación fue la actuación infiel de Alberto Guillermo Schiaffi, durante su gestión como Director titular y Presidente de ACTUAR SA, desde el día 20 de abril de 2001, fecha en la que fue elegido por la Asamblea General de

Accionistas, hasta el día 12 de agosto de 2003, fecha en la que se resolvió su destitución. Schiaffi era la única persona que autorizaba las órdenes de pago y fondos, como así también era el único librador de los cheques de la firma y durante su gestión se pudo comprobar pagos sin respaldo documental y otros con respaldo documental apócrifo, que no se mencionaron en los Registros Operativos de la sociedad, donde constan todos los servicios efectuados por los prestadores...” (fs. 527 vta.)

Aclaró que *"tal como había sido valorado en el auto de elevación a juicio respecto de Schiaffi, en la audiencia de debate se individualizó cada uno de los pagos supuestamente efectuados por el imputado sin respaldo documental"* y citó uno de los casos relacionado

con la orden de fondos nro. 262 del 14 de abril de 2003.

Puntualizó que el artículo 393 del CPPN, no exige una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal, ni una exposición clara de los motivos en que se funda. A su entender, dichos requisitos sólo deben hallarse presentes en el requerimiento de elevación a juicio.

Agregó que en este caso, los jueces no declararon la nulidad de dicho acto y, habiendo sido admitido, la decisión mediante la cual se anuló el alegato final por falta de precisión, carece del debido fundamento legal.

Señaló que la actuación de la querrela no afectó el derecho de defensa pues el imputado conocía perfectamente el objeto del juicio.

Subrayó que, al no tratarse de una nulidad declarable de oficio, el Tribunal debió intentar el saneamiento del acto intimando a la querrela para que reformule su alegato. Por todo ello, calificó de arbitraria la decisión en crisis.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, adujo que en al alegar, afirmó que Schiaffi era la persona que autorizaba las órdenes de pago y egreso de los fondos; que era el único librador de cheques de la firma; que durante su gestión se detectó desorden y faltante de documentación; que no accedió a las asambleas convocadas para tratar las irregularidades; que había realizado pagos sin documentación respaldatoria por \$1.180.000 y pagos con respaldo apócrifo por \$180.000 tal

como surge de la pericia de fs. 395; que los pagos apócrifos no fueron mencionados en los registros operativos de la sociedad y que el cheque de la orden de fondos 262 del 14 de abril de 2003 fue depositado en la cuenta personal del Banco Itaú a nombre de Schiaffi.

También expresó que en el alegato, aludió a los incumplimientos tributarios de los años 2002 y 2003; refutó los dichos de los testigos aportados por la defensa y finalmente, solicitó que se imponga al imputado la pena de tres años y seis meses de prisión por considerarlo autor responsable del delito previsto en el artículo 173 inciso 7° del Código Penal.

Así pues, concluyó que *"la afirmación de que en el alegato no se formuló correctamente la imputación o no se efectuó una valoración fundada de las pruebas, constituyeron simples afirmaciones dogmáticas.."* (fs. 531vta.).

b. En ocasión de celebrarse la audiencia de informes, el recurrente alegó que la decisión impugnada afecta el derecho a la tutela judicial efectiva e invocó al respecto, la doctrina de los precedentes "Santillán" y "Juri" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asimismo, solicitó que se case la sentencia y se disponga el reenvío de las actuaciones al Tribunal de origen. Sobre este aspecto, puntualizó que dicha decisión no resulta contraria a los lineamientos sentados por la Corte Suprema en los fallos "Alvarado" y Sandoval" pues en el caso, se verifica una afectación a una forma esencial del proceso (acusación).

Por lo demás, reprodujo en lo sustancial los argumentos expuestos en el recurso.

TERCERO:

a. Para dar respuesta al agravio del recurrente, interesa señalar que, al requerir la elevación a juicio de las actuaciones, el acusador privado describió los hechos de la siguiente manera: *"en esta investigación ha quedado acreditado que Schiaffi, en su condición de Director titular y Presidente de ACTUAR SA, elegido por la Asamblea General de Accionistas, con fecha 30 de abril de 2001, habría*

administrado de manera infiel el patrimonio de la sociedad que representaba. Schiaffi era la persona que autorizaba las órdenes de pago y fondos, como así también era el único librador de los cheques de la firma. Pocos meses después de haber sido designado, Schiaffi comenzó a ejercer un manejo discrecional de sus funciones en perjuicio de la sociedad. En este sentido, le restringió a los accionistas información trascendental relativa a la gestión comercial de la empresa. Fue así que el accionista Cisco decidió personalmente encargar una auditoría al Estudio Contable "Sztatman y Asociados", quienes, oportunamente, confeccionaron un informe (conf. Anexo IV del escrito de denuncia) por el que se describió una serie de irregularidades respecto del manejo de la firma. Ello desencadenó en una convocatoria de Asamblea General Ordinaria y aprobación de los balances correspondientes a los ejercicios cerrados durante los años 2001 y 2002, solicitada por el representado, con fecha 13 de junio de 2003 (conf. copia de la carta documento CD 505885090 AR enviada por Althabe a Schiaffi, agregada como Anexo V del escrito de denuncia); debido a la falta de respuesta de parte del Presidente de la sociedad, la solicitud se reiteró con fecha 1 y 22 de julio de 2003 (...) Finalmente, con fecha 12 de agosto, se efectuó la Asamblea en donde se decidió la destitución de Schiaffi. Luego de su desvinculación, se pudo comprobar que durante su gestión se efectuaron pagos a las empresas "AS Servicios de Ambulancia" y "Ambular" por la suma de \$515.505,06, que no tienen respaldo documental ni se mencionan en los Registros operativos de la sociedad donde constan todos los servicios efectuados por los prestadores (...) Las facturas correspondientes a esos pagos serían apócrifas. Tal como lo informó Rosalía Piazza, con los nombres "AS Servicios de Ambulancias" y "Ambular" no se registra información -fs. 41 y vta.- en el padrón único de contribuyentes y responsables de la AFIP, y todos los datos de las mismas serían también falsos. Resulta evidente que

estas facturas no se corresponden con servicios de ambulancias recibidos por ACTUAR. El informe de Auditoría efectuado por Sztatman, Zournadjian & Asociados, presentado por el abogado defensor de Schiaffi, respecto del movimiento de fondos en la sociedad, constató desorden administrativo y faltante de documentación y órdenes de pago que no tenían documentación respaldatoria. La contabilidad daba cuenta de un saldo de caja pero no había existencia de ese dinero. Por su parte, Héctor I. Mahía, auditor externo de ACTUAR declaró que durante los años 2002 y 2003 fue imposible conciliar las cajas, dado que eran 3 o 4, sin que hubiera una explicación satisfactoria desde el punto de vista contable del motivo por el que existió esa diversidad. El sistema contable utilizado era el denominado "Tango", que nunca funcionó bien debido a que no se actualizaba. Los balances de esos años no habían podido ser firmados por carecer de sustento y respaldo. La cantidad de vales y comprobantes que la componían no tenían sustento contable ni legal. Tampoco se pudo conciliar las cuentas de los proveedores, ni de los deudores, ni los bancos, debido al desorden administrativo -fs. 280/1-. Un ejemplo paradigmático de las infidelidades de Schiaffi resulta de lo sucedido con la Orden de Fondos N° 262 del 14 de abril de 2003(...) En esa documentación contable figura como "salida" un cheque imputado a "comisión externa" de la firma Siresa (c/cta. cte. de Actuar Med en el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Plaza de mayo, número 02809-0988). Sin embargo del comprobante de depósitos del Banco Itaú del Buen Ayre, del día 20 de junio de 2003, figura ese mismo cheque de \$1500 como depositado en la Caja de Ahorro nro. 240818-301/6 cuyo titular es el propio Schiaffi. Finalmente, durante la gestión de Schiaffi se habrían incumplido los deberes tributarios de la sociedad." (fs. 311 y ss.)

En cuanto a la calificación legal de la conducta, la querrela aludió a la figura prevista en el artículo 173 inciso 7° del CP, y concluyó que "por el plexo probatorio detallado se acredita que Schiaffi detentó el cargo de Presidente y Director Titular de ACTUAR. Fue así que tuvo el manejo del patrimonio de aquélla. Durante su gestión incumplió sus deberes de

fidelidad, mediante actos que perjudicaron patrimonialmente a ACTUAR y que lo beneficiaron en forma directa. Dicha conducta, quebró la relación de confianza con ACTUAR SA."(fs. 313).

Elevadas las actuaciones a la etapa de plenario, se realizó el juicio oral y público en contra del imputado. Durante la ocasión prevista en el artículo 393 del CPPN, el letrado de la querrela alegó que, con la prueba incorporada se había probado que Schiaffi en su carácter de Presidente de ACTUAR obró de modo infiel afectando el patrimonio de la firma; que él autorizaba las órdenes de pago y el egreso de fondos; que era el único librador de los cheques de la firma; que se detectaron irregularidades; que el contador Szataman informó en su auditoría que existía desorden y faltante de documentación y órdenes de pago sin respaldo; que Althabe convocó a una Asamblea ordinaria y otra extraordinaria con el propósito de que se trataran dichas cuestiones, siendo que finalmente, en agosto de 2003 se decidió la desvinculación del imputado (ver fs. 498/500).

El acusador particular añadió que del informe realizado durante la instrucción suplementaria, surgen pagos realizados sin documentación respaldatoria por \$1.180.000 pesos y otros realizados con respaldos apócrifos por la suma de \$180.000; que el contador Mennucci dijo que ninguno de esos pagos apócrifos se refieren a servicios y que no se mencionaban en los registros operativos de la sociedad; que el auditor externo Mahía sostuvo que no se podía compensar la caja, que el sistema contable no servía porque no estaba actualizado, que los balances no se realizaban por falta de sustento respaldatorio y que no se conciliaban las cuentas de bancos, deudores y proveedores; mencionando -a modo de ejemplo- la situación aludida en el requerimiento de elevación a juicio en relación a la orden de fondos nro. 262 del 14 de abril de 2003.

Por otra parte, rechazó la versión defensiva vinculada

con que Schiaffi era un empleado administrativo que respondía a las órdenes de Althabe; negó la existencia de los "retornos"; sostuvo que a su entender en esta causa el imputado "está confeso" pues adujo que Althabe le había pedido que introdujera la documentación y que realizara los pagos en negro.

Precisó que sería ilógico que el querellante hubiera llevado a cabo una actitud ardidosa y luego fuera él mismo quien diera inicio a la causa penal. Concluyó que Schiaffi actuó de modo infiel y perjudicó el patrimonio de Actuar, solicitando que se lo condene como autor del delito de previsto en el artículo 173 inciso 7° del CP a la pena de tres años y seis meses de prisión (fs. 498/500).

En otro orden de ideas, la fiscal general postuló la absolución del imputado en los términos del artículo 3 del CPPN, por considerar que existía una duda razonable en cuanto a su participación en los sucesos reprochados (fs. 500/502).

Finalmente, el Tribunal decidió declarar la nulidad del alegato de la querrela por carecer de una adecuada descripción de los hechos y absolvió a Schiaffi, motivando la interposición de la vía recursiva que da origen a la presente.

b. Ahora bien, del análisis del alegato efectuado por la querrela en la ocasión que prevé el artículo 393 del CPPN, se advierte que asiste razón al Tribunal en cuanto a la ausencia de una clara determinación de los sucesos reprochados.

Es que si bien en apariencia el acusador privado intentó puntualizar una serie de acontecimientos, lo cierto es que una atenta lectura de la acusación obrante a fs. 498/500, permite concluir que no se ha precisado de manera adecuada la plataforma fáctica imputada a Schiaffi, pues sólo contiene afirmaciones genéricas que no aluden a hechos o conductas concretas por parte del enjuiciado.

En relación a este tópico, interesa señalar que *"nadie puede defenderse de algo que no conoce. Es por ello que el próximo paso, a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído consiste en ponerlo en conocimiento de la imputación"*

correctamente deducida; darle a conocer al imputado aquello que se le atribuye se conoce técnicamente con el nombre de intimación..."; y que "de la misma manera que la falta de una imputación precisa y circunstanciada, la falta de intimación o la inobservancia en ella de las reglas" establecidas "conduce a la privación del derecho a ser oído y con ello de la facultad de influir eficientemente por esa vía, en la decisión respectiva; por ello, también la ineficacia absoluta de la resolución judicial en relación a la cual se concede el derecho de audiencia, siempre que perjudique al imputado; se lesiona ...el derecho constitucional a la defensa, del cual el derecho a ser oído, para influir en la decisión, constituye parte integrante." (Julio B. J. Maier, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l., 2º edición 1996, Buenos Aires, págs. 559/562).

Bien se ha sostenido que "el núcleo de esa imputación es, una hipótesis fáctica -acción u omisión según se sostenga que lesione una prohibición o un mandato del orden jurídico-atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla. Pero, para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se propone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación) sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona" (Maier, Julio B.J., op. cit., pág. 553).

A tal fin, resulta imprescindible describir los hechos,

con un lenguaje claro y concreto. De esta forma, se posibilita una defensa eficiente "que permita afirmar o negar calidades o calificativos (no soy homicida, no soy malo, soy bueno, etc.); tanto es así, que ni una confesión sería teóricamente posible, si por ella se entiende la afirmación de todos los elementos fácticos de un comportamiento punible, pues la afirmación incondicionada de una imputación que no repose sobre la descripción de un comportamiento concreto se asimilaría a un allanamiento y no a una confesión" (Maier, Julio B.J., op. cit., pág. 553/4).

De modo que, no se cumple la condición de validez del acto, "si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da el nomen iuris del hecho punible imputado, o se recurre, para cumplir la condición, a conceptos o abstracciones que no describen correctamente la acción u omisión atribuida, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la definen como un comportamiento singular de la vida del imputado..." (Maier, Julio B.J., ob. cit., pág. 559).

Precisamente en este caso, el acusador ha omitido cumplir con estos requisitos, desde que basó la imputación en frases tales como que "Schiaffi obró de modo infiel y afectó el patrimonio de la firma" y que "era la persona que autorizaba las órdenes de pago y egreso de fondos", las cuales no permiten conocer cuál es el comportamiento que se reprocha.

Este déficit, ha sido adecuadamente advertido por el Tribunal, al señalar que "el letrado de la parte querellante no hizo ninguna alusión concreta, a maniobra específica alguna que el imputado Schiaffi hubiese hipotéticamente realizado con el objeto de perjudicar los intereses que le fueran confiados u obligar abusivamente a los socios de la empresa Actuar SA. Sus afirmaciones no pasaron de ser un esbozo genérico de una supuesta responsabilidad objetiva del imputado, derivada ésta, a su entender de su cargo de Presidente de la firma; responsabilidad que estaría provocada por las irregularidades que se detectaron.." (fs. 521).

Y que "no se explica cuáles habrían sido las maniobras encubiertas en las irregularidades contables que alega, ni

tampoco de qué manera esas supuestas maniobras habrían sido realizadas por el imputado. Sólo se hacen afirmaciones genéricas, deducida la señalada pretendida responsabilidad objetiva inherente al cargo ocupado por el imputado en la empresa, cuando, justamente, el punto discutido por las partes en la audiencia ha sido principalmente el alcance e implicancias de las respectivas intervenciones de Schiaffi - como Presidente- y de Althabe y Cisco -como socios- en el giro de la empresa Actuar SA. Se dice que se constató, eventualmente faltante de documentación y documentación apócrifa. Pero no se explica el nexo causal que apuntaría al acusado ni la modalidad material de sus hipotéticas maniobras infieles..." (fs. 521 y vta.)

En efecto, del alegato formulado por el acusador privado no puede conocerse concretamente cuáles son las acciones que se endilgan a Schiaffi y de qué manera su obrar encuadraría - tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo- en la figura invocada (artículo 173 inciso 7° del CP).

La querella no ha precisado cuál es la conducta específica atribuida, el medio comisivo empleado y sus circunstancias de tiempo modo y lugar, limitándose a realizar un relato de diversas cuestiones vinculadas con la organización de la firma (desorden administrativo; faltante de documentación y de caja; realización de pagos sin respaldo administrativo o con respaldo apócrifo, etc.).

Así pues, la mera reseña histórica de los problemas detectados en la empresa y la circunstancia de que Schiaffi ejerció el cargo de Presidente de la sociedad, no logran describir adecuadamente la supuesta conducta atribuida, aún cuando se ha pretendido superar este escollo a través del empleo de fórmulas tales como que "*actuó de modo infiel y perjudicó el patrimonio de Actuar*".

Nótese, que en relación a la documentación faltante y apócrifa que de modo general se menciona, el querellante no ha explicado de qué manera el imputado habría violado los intereses a su cargo, cómo se produjo el eventual perjuicio (que tampoco se especificó adecuadamente) y cuál sería el nexo causal entre el cargo detentado por Schiaffi y el supuesto resultado lesivo al patrimonio de la firma.

Por otra parte, no puede perderse de vista que al momento de formular su descargo durante el debate, el encausado aludió a la existencia de "retornos" en la firma; proyectó la responsabilidad en el querellante (Althabe -socio de la empresa-) y sostuvo que siempre actuó como un empleado de aquél (ver fs. 470 y ss.). Esta circunstancia -de por sí imponía que la acusación concretara del modo más preciso posible las supuestas conductas llevadas a cabo por Schiaffi, pues allí radicaba la esencia del litigio.

Al respecto, lucen adecuadas las observaciones del Tribunal en punto a que *"la discusión probatoria fundamental entre las partes ha sido precisamente quién manejaba la caja y asignaba los pagos y retiros de dinero; sin embargo el alegato acusatorio de la querrela no se concentró en alguna maniobra material específica que comportase, aunque sea mínimamente la conducta atrapada por el tipo penal de la administración infiel..."* (fs. 522). En lo que se refiere a la orden de fondos nro. 262 del 14 de abril de 2003, que cita en el alegato *"la descripción de esta única maniobra es vaga. En efecto, téngase en cuenta que la orden que se menciona, lo fue por un total de 3.000 pesos (según informe de fs. 395/402) mientras que el depósito en cuenta del imputado del Banco Itaú habría sido por un solo cheque de 1.500 pesos. Nada se aclara en el alegato respecto de esta cuestión, sólo se menciona que ese importe tuvo su causa en comisiones que se deberían a la empresa "Siresa". Sin embargo, el propio informe pericial de fs. 395/402 al que hace referencia el letrado de la querrela señala a fs. 398 que dicha orden carece de respaldo documentario; pero la querrela, que parece apoyarse en la documentación que él mismo aportara al formular la denuncia no lo explica así en su alegato. Si se observa la documentación confeccionada por encargo del denunciante por el señor Juan Manuel Romano, luego de que cesara el imputado en la empresa, existían dos cheques por 1.500 cada uno, de distintas fechas, nada de lo cual se aclaró en el alegato respectivo..."* (fs. 522vta.).

En relación a estas consideraciones, el recurrente no formuló ninguna réplica concreta, limitándose a sostener que el decisorio es arbitrario, todo lo cual no alcanza para

desvirtuar el razonamiento que sobre el particular realizó el Tribunal y cuyos fundamentos no logra rebatir.

En el caso, no se advierten defectos de logicidad del decisorio ni transgresiones al correcto razonamiento que pudieran dar sustento a los argumentos invocados. La resolución ha sido sustentada razonablemente y los agravios del recurrente sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (C.S.J.N. Fallos 302:284; 304:415; entre otros); resolutorio que cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros).

c. Pero además, en relación a las objeciones que esboza el impugnante en punto a que debió considerarse el requerimiento de elevación a juicio a los fines de tener por perfeccionada la imputación, he de señalar que, aún teniendo en cuenta el contenido de dicha pieza procesal, subsisten los vicios advertidos.

Precisamente, en el requerimiento de elevación a juicio se emplearon expresiones equivalentes a las del alegato (v.gr. *"Schiaffi habría administrado de manera infiel el patrimonio de la sociedad"*; *"era la persona que autorizaba las órdenes de pago"* y *"comenzó a ejercer un manejo discrecional de sus funciones en perjuicio de la sociedad"*, mencionándose la falta de respaldo documental de diversas operaciones y la existencia de facturas apócrifas) -fs. 311/313-.

En efecto, observo que el requerimiento de elevación a juicio de la querrela (que ha sido transcripto en el punto "a"), presenta los mismos defectos que han sido indicados más arriba, pues -tal como quedó demostrado-, el acusador particular tampoco circunscribió adecuadamente en dicho acto los sucesos; basándose en fórmulas genéricas y desprovistas de todo aquello cuanto debe contener la base fáctica de una acusación precisa.

Ello evidencia que los problemas detectados por el Tribunal en relación al alegato, ya se encontraban presentes al requerirse la elevación a juicio. Esta circunstancia,

lejos de invalidar la solución adoptada (como pretende la querrela), la justifica y refuerza aún más.

En suma, los actos procesales a partir de los cuales el querellante ha pretendido concretar la acusación, carecen de los elementos indispensables para ser válidamente admitidos en el proceso, en tanto que no se ha señalado circunstanciadamente el hecho imputado con todos los elementos de interés jurídico-penal, omitiéndose expresar en un lenguaje descriptivo cuál fue la acción u omisión reprochada (en sentido de comportamiento concreto del imputado), qué grado de participación tuvo el enjuiciado, su relevancia desde el punto de vista subjetivo y el resultado concreto (perjuicio) eventualmente producido.

Las irregularidades descriptas precedentemente constituyen una violación del derecho de defensa en juicio (arts. 18, 75 inc. 22 de la CN, 8.2.b de la CADH y 14.3.a del PIDCP), que justifican la decisión adoptada y el rechazo de la vía intentada, aún cuando ello no ha sido expresamente alegado por el imputado.

d. A modo de digresión, corresponde dar respuesta a las alegaciones del recurrente en cuanto sostuvo que, por aplicación de la doctrina de los precedentes "Alvarado" y "Sandoval" de nuestro mas Alto Tribunal, el reenvío de las actuaciones al Tribunal de origen luego de haberse absuelto al imputado, no implicaría una lesión al principio *ne bis in ídem* pues en este caso se ha afectado una forma sustancial del proceso (acusación).

Al respecto, interesa precisar que los principios de progresividad y preclusión *"obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso y son aplicables en la medida en que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado"* (Fallos; 321:2826; 321:1173, disidencia de los doctores Petracchi y Bossert, citados por el voto de la mayoría en Fallos 330:2265, por unanimidad en Fallos; 330:4928, y más recientemente, en el voto de la mayoría en *"Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado"* -causa 21.923/02, S. 219. XLIV" del 31 de agosto de 2010).

Así pues, aplicando dichos criterios al particular, se observa que en este caso, el origen de la nulidad declarada (falta de determinación de los hechos en el alegato del acusador particular) no ha sido causado por un obrar del imputado, sino que ello se debió a un déficit sólo atribuible a la parte acusadora, extremo que, a la luz de la doctrina citada y de los principios antes mencionados, impide retrotraer el proceso a etapas ya cumplidas en los términos postulados por el recurrente.

Por los argumentos expuestos, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación deducido por la querrela, con costas (artículos 456, 471 *a contrario sensu*, 530 y cc. del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez **doctor W. Gustavo Mitchell** dijo:

Que adhiere al voto que antecede.

La señora juez **doctora Liliana E. Catucci** dijo:

Sobre la base de asimilar el requerimiento de la elevación a juicio con el alegato, por parte de la querrela, el tribunal oral por vía de la nulidad de esta última pieza absolvió a Alberto Guillermo Schiaffi del delito que se le atribuía.

Sin embargo esos actos del proceso no revisten la misma naturaleza ni están sujetos a las mismas exigencias en función del debido proceso a punto de que la ausencia del último no causa la nulidad que produciría el primero.

Para esclarecer la diferencia entre ambos he de remitirme a lo expuesto *in re*: "Ferreyra, Julio s/recurso de casación", causa n° 101 de la Sala I de esta Cámara, rta. el 14/4/94, reg. n° 165, donde se señaló que "Del texto del artículo 18 de la Constitución Nacional surgen los principios de reserva penal, de indispensabilidad del juicio previo y de inocencia".

La inteligencia del "juicio previo" no se refiere a cualquier proceso sino al procedimiento jurídico definido por el derecho procesal. En él se establecen los actos que lo integran y el orden que debe observarse al cumplirlos, siendo así el único medio de descubrir la verdad y de actuar efectivamente la ley penal (confr. Vélez Mariconde, Derecho

Procesal Penal, M. Lerner, Edit. Córdoba, 3ra. edic. T. II, págs 24 y ss.).

La Corte Suprema ha dicho que las garantías que en materia penal asegura y consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del reo (Fallos: 116:23; 119:284; 121:285; 125:10; 134:242).

Este principio, junto con el del juez natural, la presunción de inocencia y el del "non bis in idem" han sido expresamente recogidos en el artículo 1° del Código Procesal Penal que en lo pertinente reza: "Nadie podrá ser juzgado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley...".

La acusación y la defensa, junto con la jurisdicción, son los elementos indispensables para la realización en forma regular y legal del juicio previo exigido por la Constitución.

La jurisdicción es una potestad soberana del Estado que se ejerce mediante los órganos legalmente constituidos y conforme a un procedimiento legalmente regulado cual es el del Código Procesal Penal, que expresamente establece en el artículo 1° ya mencionado que "Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias...".

El ejercicio de la jurisdicción supone la existencia de una cuestión penal concreta, o sea de una "imputación que ha de ser afirmada" para excitar la jurisdicción, lo que plantea según dice Clariá Olmedo (Tratado de Derecho Procesal Penal, Bs. As., Ediar, 1960, I, pág. 229) la necesidad de la acusación como actividad indispensable para que pueda haber pronunciamiento jurisdiccional (juicio lógico) previo a la imposición de una pena. Y sigue expresando que esa es la razón por la cual se sostiene que en materia penal la regla "ne procedat iudex ex officio" deriva del principio constitucional del previo proceso legal y en cuanto por ese principio se requiere que el poder jurisdiccional sea activado por una excitación extraña a él mismo, se toma como

una derivación del derecho de defensa. En su virtud se requiere una acusación para evitar que la defensa del imputado sea violada.

La inteligencia de esta regla, íntimamente relacionada con el tema de la primera cuestión y por ende decisiva para la dilucidación de este recurso, merece que nos detengamos en ella. Su vigencia se advierte durante todo el proceso, tanto en la etapa instructoria como en el juicio. Es precisamente en éste donde adquiere un valor más amplio pues se exige tener por base una acusación. Se afirma que no hay juicio sin acusación (confr. Clariá Olmedo, opus cit, T. I, pág. 501, y Vélez Mariconde, opus cit., II, pág. 317). Ahora bien, esa regla del "ne procedat iudex ex-officio" extendida a todo el proceso debe formularse desde un punto de vista negativo, cual es la prohibición de que el juez penal proceda de oficio, o sea por su propia iniciativa (confr. Vélez Mariconde, opus cit., T. II, nota 20, pág. 315). Sólo prohibiendo al juez todo poder de iniciativa, escribe Calamandrei (Estudios, pág. 112), se puede obtener el de la objetividad que constituye la virtud suprema del magistrado y el sello de su imparcialidad.

De esa regla derivase el desdoblamiento formal del Estado, de modo tal que éste instituye, además del órgano jurisdiccional, otro encargado de excitarlo y de requerirle una justa decisión sobre el fundamento de una determinada pretensión jurídico penal que no es sino el Ministerio Público, también llamado actor penal (Vélez Mariconde, opus cit., pág. 294), con el propósito de que las palabras alejen de la mente la idea de un sujeto que siempre deba acusar.

Acción y jurisdicción son pues poderes del Estado pero atribuidos a órganos diferentes. Ambos ejercitan la función judicial entendida como destinada a administrar justicia; pero mientras el Ministerio Público provoca y requiere la actuación de la ley para que se haga justicia, el tribunal la discierne, declarando definitivamente cuál es la voluntad de la ley en el caso concreto sometido a juicio (Vélez Mariconde, opus cit., pág. 296).

El concepto de acción, pues, no debe confundirse con el de acusación; la acusación es un medio de ejercitar la acción

penal, pero no debe confundirse con ese ejercicio, ya que la acción se ejercita por medio de otras actividades aún de contenido desincriminatorio, sea afirmando, sea negando el sentido primitivo, originalmente dado a la pretensión penal (Clariá Olmedo, opus cit., T. IV, pág. 398).

Aclarados estos conceptos, corresponde determinar cuál es la actividad persecutoria requerida por el principio constitucional del debido proceso para sustentar una decisión jurisdiccional válida.

La acusación es la aplicación de la regla "ne procedat iudex ex officio" en el período del juicio. Así se afirma que no hay juicio sin acusación. Se trata, como dice Clariá Olmedo en el tomo I de su Tratado ya citado, de "un acto del titular del ejercicio de la acción penal en el cual se concreta objetiva y subjetivamente la imputación, individualizando lo más posible al imputado y relatándose los hechos en forma clara, completa y circunstanciada". Consiste, entonces, en la evaluación del mérito del sumario a fin de establecer si se dan las condiciones necesarias para que se sustancie o no el juicio plenario. En esa oportunidad de crítica de la instrucción, el fiscal puede pedir -en el caso de que la instrucción esté completa- el sobreseimiento o la elevación a juicio, supuesto este último en el cual su dictamen, llamado requisitoria, debe contener los requisitos establecidos en la última parte del artículo 347 del Código Procesal Penal. Como elemento subjetivo está prevista la individualización del imputado; como objetivo material la relación clara, completa, circunstanciada y específica de los hechos sobre los cuales versa; como objetivo jurídico la calificación legal; como elemento lógico la motivación, o sea el fundamento por el cual sostiene que la causa debe ingresar en la segunda etapa del proceso; y por último, como elemento volitivo, el pedido de elevación a juicio. Se advierte que se ha omitido el pedido de sanción, pues como dice el autor citado (pág. 411 del T. IV) su monto y calidad deben obtenerse del debate, oportunidad en la cual el ministerio fiscal puede pedir una absolución, lo que no significará una contradicción con su anterior posición pues ésta se sustentó en averiguaciones y pruebas no definitivas. Es así que en el

procedimiento mixto que nos rige el requerimiento punitivo deja de ser exigible en el contenido de la acusación. Ello se aviene con el significado que del término acusar da el Diccionario de la Real Academia en su vigésima edición, 1984, donde se lee, acusar: Imputar a alguno algún delito, culpa, vicio o cualquiera cosa vituperable".

Teniendo en cuenta que es ese acto el que, acogido por el juez, habilita la vía del juicio y que sin él éste será irremediablemente nulo porque se afectaría la intervención del imputado al menoscabar su defensa en juicio, no cabe sino concluir que es la requisitoria de elevación a juicio la acusación indispensable para garantizar en uno de sus términos el debido proceso legal.

En efecto, el requerimiento o acusación fija definitivamente la persona sometida a proceso y el hecho acerca del cual debe versar el debate. Ambos elementos determinan la correlación de la acusación con la sentencia. El hecho "concretizado en la acusación -res iudicanda definitiva- no puede ser ampliado en la tarea de la res iudicata". Esa inmutabilidad sólo puede ser modificada en su aspecto objetivo en el supuesto previsto en el artículo 381 del código instrumental, dentro de las pautas que la norma exige (Clariá Olmedo, T. IV, pág. 414).

Precisamente el título que lleva esta norma: "Ampliación del requerimiento fiscal", y fundamentalmente sus consecuencias -poner en conocimiento del imputado los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen conforme a los artículos 288 y 299 del C.P.P.N., vale decir, en la forma prevista para la declaración indagatoria-, aunado al informe al defensor de que tiene derecho de pedir la suspensión del debate para ofrecer pruebas o preparar la defensa, denota su incidencia en el contradictorio y su necesario correlato con la sentencia. En efecto, la correlación del hecho imputado con el fallo debe existir a través de la indagatoria, procesamiento, requisitoria o auto de elevación a juicio y eventualmente con la ampliación de la acusación seguida de la necesaria imputación al procesado.

Se aprecia la diferencia de la acusación y su ampliación, con la discusión final del artículo 393 del

C.P.P.N.. Este expresa que, terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá sucesivamente la palabra al actor civil, a la parte querellante, al Ministerio Fiscal y a los defensores del imputado y del civilmente demandado para que, en ese orden, aleguen sobre aquéllas y formulen sus acusaciones y defensas. De la oportunidad y contenido se desprende que en ese momento no existe posibilidad de modificar el objeto procesal, sino de evaluar las pruebas llevadas a juicio y dar las conclusiones finales. Ciertamente es que la expresión acusación, puesta a cargo del Ministerio Público, puede llevar a confusión, pero más allá del significado gramatical es la naturaleza del acto y la circunstancia en que se produce la que despeja toda duda al respecto. En efecto, en esa etapa no podría el fiscal efectuar imputaciones a otros sujetos ni atribuir a los sometidos a juicio conductas distintas de las fijadas en la requisitoria de elevación, en el auto de elevación o en la ampliación del requerimiento. Y en lo que atañe al pedido de pena, elemento para algunos esencial para la existencia de la acusación, corresponde destacar que si bien es de suponer que el fiscal ha de concretarla si es que pide la condena, lo cierto es que ante la ausencia normativa de un concreto pedido de pena, así como de la consiguiente sanción de nulidad, su conclusión no estaría viciada. Por otra parte y anticipándonos a la respuesta al tema central, viene al caso recordar que la negativa de este funcionario público de emitir conclusiones no puede producir nulidad, correspondiendo interpretar que no pide pena, vale decir, que se expide en sentido desincriminador (Clariá Olmedo, T. IV, pág. 301). En el mismo sentido, Manzini ("Derecho Procesal Penal", Ejea, Bs. As. 1951, T. I, pág. 297) dice que "El retiro de la acusación es una fórmula impropia que se debe entender como requerimiento de absolución, que deja libre al juez para condenar". Ese principio fue recogido por la Corte de Justicia de Salta, in re: "López, Fortunato", rto. el 30-6-65, donde no obstante que el fiscal de cámara había solicitado la absolución del sometido a proceso al alegar en el instante de la discusión final, se estimó que la sentencia había sido dictada sobre la base de la acusación fiscal, sin

que pudiera considerarse afectada la defensa en juicio si esa acusación había sido formulada al iniciarse el debate; y se agregó que en el procedimiento oral el auto de elevación es el acto procesal que contiene el requerimiento acusatorio; por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, Sala "B" Penal, in re: "Espinoza, Rafael s/ malversación de caudales públicos s/ casación", N° 75/91, rto. el 5-7-91, por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2, c. N° 72, "Montero, Rubén O.", del 24/2/94; c. N° 51, "Ciancaglioni, Juan", del 17/11/93; c. N° 160, "Ramírez, Lucas", del 14/4/93, por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6, in re: "Girolodi, Horacio D.", causa N° 16, rto. el 6-7-93 y por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7, c. N° 8, "Belloni, Graciela", del 18/6/93.

Se argumenta en apoyo de la postura que entiende que la acusación debe completarse al final del debate que si el fiscal no se pronuncia en sentido incriminante con pedido de pena se afectaría la defensa en juicio. Sin embargo no existe esa posibilidad, pues debe recordarse, de acuerdo a las características del procedimiento mixto que nos rige, que éste y no otro es el momento culminante para el ejercicio de la defensa técnica, etapa que no puede faltar y que constituye la oportunidad en que debe contestarse la requisitoria fiscal que dio sustento al juicio y procederse a la evaluación del material probatorio para dar su alegación definitiva. Aun cuando la defensa pudo no haberse opuesto en su momento a la elevación a juicio, de conformidad a lo previsto en el artículo 349 del C.P.P.N., corresponde destacar que ese acto es facultativo, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 393 del mismo cuerpo legal.

Ha quedado aclarado que es la requisitoria fiscal, o en su caso el auto de elevación a juicio, la acusación necesaria para la existencia del debido proceso.

Es así que en apretada síntesis, la acusación requerida como uno de los elementos fundamentales del juicio previo y del debido proceso es, según la legislación procesal vigente, la contenida en el requerimiento fiscal o en la elevación de la causa a juicio, sin que puedan considerarse los alegatos establecidos en el artículo 393 del código instrumental como

un complemento de aquéllos.

En tal sentido, la aceptación de la acusación de la querrela de fs. 311/313vta. por parte del juez de instrucción y de los del juicio operaron como preclusión del acto.

Es decir que de haber existido una nulidad quedó saneada por el mérito de sus efectos; en el caso porque posibilitó que la defensa ejerciera su ministerio.

En todo caso frente al retiro de la acusación por parte del fiscal debía el tribunal atender al mérito de la acusación del acusador particular.

La derivación que efectuó el *a quo* de la nulidad del alegato en una absolución contaminó los dos puntos dispositivos del pronunciamiento por arbitrariedad según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 298:373; 299:17; 301:174; 303:1295; 310:1162 y 1707; 311:948; 313: 559, 321:2981, entre muchos otros).

Como conclusión y pese a la opinión de mis colegas propongo la admisibilidad del recurso de casación de la querrela y la nulidad de la decisión atacada.

En mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación deducido por la querrela, con costas (artículos 456, 471 a *contrario sensu*, 530 y cc. del CPPN).

Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones a su origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo: Angela E Ledesma, Liliana Elena Catucci y W. Gustavo Mitchell. Ante mi: Walter Daniel Magnone, Prosecretario de Cámara