

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

REGISTRO NRO. 14.306 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de diciembre del año dos mil diez, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por los doctores Mariano González Palazzo como Presidente y Gustavo Hornos y Augusto Diez Ojeda como Vocales, asistidos por el Prosecretario de Cámara Martín José Gonzales Chaves, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 140/146, de la presente causa Nro. 9736 del Registro de esta Sala, caratulada: “**TOLEDO, Carlos Alejandro s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 22, de la Capital Federal, con fecha 13 de agosto de 2008, en la causa Nro. 2852 de su Registro: I. CONDENÓ a Carlos Alejandro TOLEDO a la pena de un mes de prisión y al pago de las costas procesales, por ser autor penalmente responsable del delito de hurto (artículos 29, inciso 3º, 45 y 162 del C.P y 403 y 531 del C.P.P.N.); II. UNIFICÓ la sanción precedentemente impuesta con la pena única de tres años de prisión en suspenso, cuya condicionalidad se revoca y costas dictada por ese Tribunal en la causa Nro. 2809, con fecha 6 de junio de 2008, comprensiva de la dictada en esa misma fecha y la causa por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y de la sanción de ocho meses de prisión, en suspenso y costas dictada el 20 de septiembre de 2006 en la causa Nro. 2281, en orden al delito de robo simple con imposición de las medidas del artículo 27 bis, inciso 1º, por el término de dos años, las cuales se dejan sin efecto y en definitiva, CONDENÓ a Carlos Alejandro TOLEDO a la pena única de tres años de prisión y al pago de las costas procesales (artículos 27, 29 inciso 3º y 58 del Código Penal) - (fs. 133/138).

II. Que contra dicha resolución a fs. 140/146, interpuso recurso de casación la señora Defensora Pública Oficial doctora Silvia Ciochetto, asistiendo al nombrado, el que fue concedido a fs. 147/147 vta. y mantenido a fs. 153 por la Defensora Pública ante esta Instancia doctora Laura Beatriz Pollastri.

III. Que el recurrente encarriló su impugnación por vía del inc. 2º) del art. 456 del C.P.P.N.

En primer lugar, afirmó que la sentencia dictada por el tribunal “a quo” resultaba nula por falta de fundamentación. En esa dirección, afirmó que se había condenado a su asistido a pesar de los “innumerables obstáculos que debieron sortearse para reconstruir el hecho y la imputación...”.

Seguidamente, el impugnante transcribió los fundamentos dados por el tribunal oral para condenar a Toledo. Aludió a irregularidades en el proce-dimiento y cuestionó los dichos del Agente Miguez. En este sentido, afirmó: “La explicación brindada por los sentenciantes es avalada por los supuestos dichos de una persona ausente que -a pesar de ello- logró aturdir al tribunal y motivó a efectuar conjeturas sobre una hipótesis no demostrada. En este punto, se evidencia la gravedad de su arbitrariedad, pues que ya no sólo tuvieron en cuenta lo que el agente no vio, sino también aquello que el nombrado imaginó. Esta inversión valorativa anuló completamente la presunción de inocencia de su defendido”.

Asimismo, recaló que la única prueba de cargo fue el testimonio del mencionado Miguez que “vio correr a un hombre con algo en la mano, que dijo luego descartó y su alusión a que mas tarde, se acercaran personas de origen ‘chino’ señalando al procesado, personas que no participaron del contradictorio”.

Seguidamente, la defensa sostuvo que el razonamiento utilizado

por el tribunal sólo podía predicar cierto grado de probabilidad de la conclusión y que “de otro modo, no lo fueron, pues si sólo puede afirmarse de aquella un porcentaje de probabilidad de verdad, siempre es posible afirmar otro porcentaje de probabilidad negativa”

En definitiva, solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto. Hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, primera parte y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 155/156 vta., la Defensora Pública Oficial ante esta Cámara doctora Laura Beatriz Pollastri, quien a los argumentos expuestos por la defensora de la instancia anterior, agregó que de las constancias de la causa no se vislumbraba certeza absoluta necesaria para condenar a Toledo. En esa inteligencia, afirmó que los jueces del tribunal debieron absolver por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

V. Que, no habiendo comparecido las partes a la audiencia prevista por el art. 465 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Augusto M. Diez Ojeda, Mariano González Palazzo y Gustavo M. Hornos.

El señor juez Augusto M. Diez Ojeda dijo:

I. Que la impugnación traída a estudio debe ser regulada y aplicada de conformidad con el derecho de recurrir el fallo -derivado del derecho de defensa- consagrado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestro sistema legal con igual jerarquía (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5).

Es así que para asegurar la vigencia de la garantía en cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (sentencia del 2 de julio de 2004), sostuvo que el recurso de

casación debe ser “amplio” y “eficaz”, de tal manera que permita que el tribunal superior realice “*un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior*”, sea que éstas se refieran a los hechos, el derecho o la pena, y así procurar “*la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho*” (párr. 161, 162 y 167).

Ese precedente, precisamente, fue recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al reafirmar que le compete a esta Cámara Nacional de Casación Penal “*agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable*” (*in re* Fallos C.1757. XL. “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa”, causa nro. 1681, rta. el 20/09/05).

Conforme tal doctrina, lo que resulta relevante es que en esta instancia se pueda efectuar el más completo control posible de la sentencia impugnada, verificando que todas las cuestiones allí asentadas (sean las que tradicionalmente se consideraban de “hecho” o de “derecho”) se encuentren debidamente fundadas a la luz de lo previsto por los arts. 398 y 404 del C.P.P.N. En definitiva, no se trata sino del análisis del cumplimiento de las reglas que integran el llamado sistema de libre convicción o sana crítica racional.

Es así que, una correcta hermenéutica del recurso de casación permite, que este Tribunal analice cómo el sentenciante ha valorado el material probatorio, encontrando como único límite aquellas cuestiones relacionadas directa y únicamente con la inmediación del juicio oral, materia vedada por su propia naturaleza irrepetible en esta instancia.

II. Seguidamente, corresponde formular una breve sinopsis de los hechos objeto del presente proceso tal como fueron acreditados por el tribunal *a quo*.

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

Así los magistrados de la instancia anterior fijaron los hechos en los siguientes términos: *“Se encuentra acreditado con la prueba producida en el debate y la que se incorporará por lectura, que el día 5 de febrero de 2008 aproximadamente a las 20.15 hs., Carlos Alejandro Toledo ingresó al supermercado chino “Mi Casa” sito en la calle Calderón de la Barca 1304 de esta ciudad y sustrajo de una de las góndolas de exhibición del local una botella de vino tinto malbec marca “Ingrassia”, dándose inmediatamente a la fuga, en cuyo transcurso y ante la persecución de la que fue objeto, tiró al piso dicho elemento que provocó que se rompiera”* (cfr. fs. 135 vta.).

En primer lugar, advierto una afectación al principio de congruencia. En ese sentido, ya he tenido oportunidad de señalar que *“para la determinación del hecho y su significación jurídica, el Tribunal de juicio debe partir en su análisis de la hipótesis imputativa (hecho + calificación jurídica), circunscripta por el Ministerio Público Fiscal en su acusación. Y que, a tales efectos, el requerimiento de elevación a juicio y el alegato final operan como dos actos complementarios, pudiendo, en tal sentido, el segundo excluir -pero no ampliar- aspectos de aquélla abarcados por el primero (...) Claro está que tal principio encuentra su excepción en los casos en que existe ampliación de la acusación durante el debate, en los términos de lo previsto por el art. 381. Sin embargo, ese extremo no aparece corroborado en el caso bajo examen”*(cfr. causa Nro. 8465, "KELEMEN, Julio César s/recurso de casación", Reg. Nro. 10.955, rta. el 22/10/08).

Así pues, considero que en el *sub iudice* ha mediado un cercenamiento del derecho de defensa en juicio del imputado. Ello así, por cuanto durante toda la instrucción de las presentes actuaciones, la conducta imputada a TOLEDO nunca fue calificada como constitutiva de hurto consumado (hurto en grado de tentativa, cfr. auto de procesamiento de fs. 54/56 y requerimiento de elevación a juicio de fs. 88/89 vta.). De tal modo,

una vez que el imputado fue convocado a juicio a ejercer los descargos que estime pertinentes, no tuvo por qué prever en la delineación de su estrategia defensiva que, durante la audiencia de debate, el obrar por el que se lo acusaba recibiría una significación legal distinta que, por cierto, resultaba más gravosa.

Por ello, la novedosa calificación legal propuesta por el Fiscal General en su alegato final, y su favorable acogida por parte del tribunal *a quo*, constituyó una imputación sorpresiva para la defensa de TOLEDO, que fue introducida por primera vez durante los alegatos conclusivos.

III. Por otra parte, no puedo dejar de señalar que, si bien la defensa de TOLEDO cuestiona la falta de fundamentación de la sentencia por arbitrariedad, lo cierto es que, en las particulares circunstancias de autos, la solución ajustada a derecho es la que se vincula con los postulados del *principio de insignificancia*.

Del artículo 19 de la Constitución Nacional, se desprende el principio de **lesividad**, conforme al cual el poder penal no puede castigar sino delitos que reconozcan como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, es decir: acciones que produzcan un daño en el marco de un conflicto relevante.

También corresponde recordar que, del pilar fundamental del Estado de derecho -esto es el principio republicano de gobierno cfr. art. 1 de la Constitución Nacional- se desprenden los principios de **proporcionalidad** y **razonabilidad**; principios que rigen la relación entre la lesión al bien jurídico-penalmente protegido y la pena que se aplicará como consecuencia de esa lesión.

Al respecto, la doctrina nacional sostiene: “[E]l primer significado del principio de proporcionalidad es que nunca, bajo ninguna circunstancia, la reacción punitiva puede causar más daño que el acto al cual

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

responde.”(BINDER, Alberto M., Introducción al Derecho Penal. 1ª ed. - Buenos Aires- Ad Hoc, 2004. Pág. 192).

En esa dirección, ciertas acciones que podrían considerarse típicas, se vuelven irrelevantes frente a la reacción del Estado, pues el daño que han producido es menor que el que pueda provocar la reacción estatal.

En idéntico sentido, Zaffaroni expone: “Dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor contenido, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado.” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. Derecho Penal - Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 123).

No puede desconocerse que la mayoría de los tipos penales tienden, en general, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. Sobre el punto, dicen los autores antes mencionados: “No se trata sólo de una manifestación del principio de *ultima ratio*, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición.” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit. pág. 472).

De la interpretación armónica de estos principios, se deduce la aplicación al caso de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado: *principio de insignificancia*. Conforme lo explica Zaffaroni, las afectaciones exigidas por la tipicidad penal siempre requieren una cierta entidad, ya que no toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la afectación mínima que requiere la tipicidad. Así, la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, lo que nos revela que las conductas que, pese a adecuarse a la individualización del tipo legal, no pasan de ser una afectación insignificante del bien jurídico, tampoco son típicas.

En idéntico sentido, resolvió -aunque en disidencia- el juez Bunge Campos en oportunidad de revisar el auto de procesamiento, dictado respecto de TOLEDO durante la instrucción, al sostener con cita de Enrique García Vitor en “La insignificancia en el Derecho Penal (Ed. Hammurabi, 2000) que “...*el principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico -conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad- y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto*” (ver fs. 77).

No puede soslayarse que, si bien la aplicación del principio de insignificancia a casos como el de autos, carece -en principio- de regulación legal, lo cierto es que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “...*el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio de política criminal que caracteriza al derecho penal como ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal*” (A.2186 XLI. “Acosta, Alejandra Esteban s/infracción art. 14, 1º párrafo, ley 23.737 -causa N° 28/05-“, considerando 6º, rta. el 23/04/08).

En esa inteligencia, corresponde analizar cuál ha sido el grado de afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal (en el caso: hurto), en su función limitadora, y no integrante, de la tipicidad. De este modo, una lesión considerada insignificante, resultará atípica por carecer de entidad suficiente para habilitar la intervención del Estado.

De las constancias de la causa, surge que la botella de vino sustraída por TOLEDO, tenía un escaso valor económico (seis pesos, cfr. fs. 8), por lo que mal pudo vulnerar significativamente el patrimonio del dueño

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

del supermercado. Recordemos que no toda lesión al bien jurídico “propiedad” configura la afectación típica requerida y que el patrimonio es un atributo de la personalidad, que como tal, no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular.

En la inteligencia de que la conducta desplegada por el imputado no afectó ni lesionó bien jurídico alguno, entiendo que, por aplicación del principio de insignificancia antes explicado, la imposición de una pena resulta desproporcionada.

En definitiva, propongo al acuerdo HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 140/146 por la Defensora Pública Oficial, doctora Silvia Ciochetto, asistiendo a Carlos Alejandro TOLEDO, sin costas y consecuentemente CASAR la resolución de fs. 133/138, ABSOLVER al nombrado en orden al delito por el que fuera llevado a juicio (arts. 162, y 470, 530 y 531, del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es mi voto.

El **señor juez doctor Mariano González Palazzo** dijo:

I. Que habré de disentir con la solución preopinada por el voto que lidera el acuerdo, sin perjuicio de compartir el razonamiento desarrollado en la primer parte del destacado recorrido lógico -el cual analizaré en el segundo apartado del presente voto-.

Antes bien, me permitiré analizar el agravio de la defensa referido a la falta de certeza sobre los extremos del hecho imputado, en base a la aludida precariedad del testimonio del preventor policial, Cabo Miguez.

Y desde ya adelanto que no tendrá el planteo favorable acogida; ello en tanto resulta conteste la declaración testimonial de Miguez recogida en los primeros momentos de la instrucción (cfr. fs. 1/1 vta.), con la que meritúa el tribunal de juicio en la sentencia (cfr. fs. 133 vta./134), y en vinculación con las restantes pruebas de cargo. Así es que el fallo no exhibe

fisuras en su razonamiento, en lo atinente a la valoración del testigo de mayor relevancia.

En efecto, el tribunal afirmó que, de la audiencia de juicio y en base al testimonio de Miguez, se pudo determinar que el mismo observó, desde la vereda opuesta, al condenado Toledo cuando aquél salía corriendo del supermercado “Mi casa”, sito en la intersección de las calles Calderón de la Barca y San Blás, con algo en la mano, corriendo tres personas de origen chino detrás de él.

Que asimismo aquél declaró que, a raíz de tal observación, se inició la persecución de Toledo, durante la cual aquél arrojó el objeto que llevaba consigo -que resultó ser una botella de vino-, secuestrándose los pedazos luego de consumada la detención.

Que ello resultó conteste con lo afirmado por el testigo Ricardo Rolando Alecho, quien pudo observar la totalidad de lo ocurrido mientras caminaba por la calle Calderón de la Barca (cfr. fs. 134).

Es así que no se advierte un paralogismo, dado que sobre la base fáctica acreditada sin defectos por el a quo, se llegó a una resolución condenatoria sustentada en el enlace lógico y ponderado de los elementos de juicio llevados al debate.

II. Ahora bien, superado ese escollo, sí entiendo que cabe analizar si se ha respetado el principio de congruencia a lo largo de los distintos actos del proceso, y -aunque por fundamentos diferentes a los de mi destacado colega-, adelanto que, en mi parecer, ha existido un quiebre en tal sentido.

Al respecto, debo aclarar que habré de adentrarme en la cuestión, pese a que no ha sido introducida como agravio en el recurso incoado por la defensa, por advertirse conculcado el derecho de defensa en juicio y la garantía de debido proceso, como consecuencias inmediatas de la modificación sorpresiva de la imputación.

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

Ello en tanto entiendo que la subsunción legal efectuada por los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 22 pudo haber tomado de improviso al prevenido y a su defensa, pues la descripción fáctica en la que se sustenta, difiere de la adoptada provisoriamente en todas las etapas del proceso.

Así en la declaración indagatoria se le hizo saber a Toledo que el hecho reprochado consistía en *“haber intentado sustraer una botella de vino...”* (confr. fs 38/9); de igual modo, en el auto de procesamiento se expresó que *“se le imputa al encartado el hecho acaecido..., donde habría intentado sustraer una botella de vino”* (confr. fs. 54/6) y, coincidentemente, en el requerimiento de elevación a juicio, el señor fiscal tuvo por acreditado que aquél *“intentó apoderarse ilegítimamente de una botella de vino...”* (cfr. fs. 88/90).

Sin perjuicio de la modificación en la calificación operada en la sentencia, por la que se condenó a Toledo por el delito de hurto, mientras que en los anteriores actos procesales la calificante atribuida fue hurto en grado de tentativa, se advierte que la plataforma fáctica difiere acabadamente. Es que el tribunal tuvo por acreditado que Toledo *“...sustrajo de una de las góndolas de exhibición del local una botella de vino...”* (cfr. fs. 133/8), con lo cual se evidencia un hecho diferente que envuelve la consumación del desapoderamiento.

Si bien el mismo guarda relación con el alegato de la señora fiscal durante la audiencia de debate -quien manifestó que daba por acreditado que el imputado *“... se apoderó de una botella de vino...”* (cfr. fs. 129/131)-, no es posible soslayar que la agente fiscal no encuadró la modificación de la imputación en el marco de las previsiones del art. 381 del CPPN, lo que sí hubiera legitimado la modificación fáctica.

De este modo, se encuentra configurado un quiebre lógico entre el hecho que recorrió la instrucción de la causa y aquél que absorbió la

sentencia de debate, lo cual -una vez advertido- debe ser subsanado en esta instancia.

Ello en tanto comparto plenamente el criterio adoptado en casos similares al presente por la Sala III de esta Cámara, en cuanto a que “... *la violación a esta regla [principio de congruencia] se manifiesta ante la falta de identidad fáctica entre el hecho por el que resultara condenado el encausado y el enunciado en la acusación intimada -ne est iudex ultra petita partium-* ... En efecto, de la correlación que debe verificarse entre los términos en que quedó sustanciada la acusación y el contenido de la sentencia, surge la formulación del principio de congruencia. Queda excluido de dicha exigencia el aspecto jurídico, toda vez que la congruencia no alcanza al título o calificación legal del hecho imputado, pues el tribunal de mérito tiene plena libertad para ‘elegir la norma’ que considera aplicable al caso, y ello así en virtud del principio ‘*iura novit curia*’ ... En esta inteligencia, el Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 401, dispone que: ‘...en la sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad...’ ... En definitiva, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente, ya que si no ocurriese de este modo se vulneraría la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), privándosele al procesado del derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye” (...) “...Tiene dicho el Superior Tribunal de Córdoba que ‘el proceso penal tiende al esclarecimiento de una actividad delictuosa concreta, es decir, de una acción humana a la cual la pretensión punitiva exteriorizada en la requisitoria de elevación a juicio considera como una típica actividad punible. El contenido de la acusación

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

dice de la competencia del tribunal y constituye la hipótesis fáctica que suministra las bases del juicio, en cuyo ámbito tiene que desenvolverse la actividad de los sujetos procesales, de suerte que el debate debe circunscribirse a los hechos en ella incriminados, sobre los cuales, únicamente, es lícito fundamentar la sentencia” (CNCP; causa nro. 3835, “Cabrera, Ramón Vito s/ recurso de casación”, causa nro. 2532, “Peralta, Hilario Marcelo s/ recurso de casación”, rta. el 13/7/2000, entre otras, con cita de B.J.C., T. II, pág. 371, abril 29-957, cit. por Barberá de Riso, M. C., “Proceso oral”, T. I, ed. Lerner, Córdoba, 1993, p. 305/7).

Por lo tanto, aquí no se trata de la modificación de la calificación jurídica que le fue asignada al hecho en los actos procesales previos -hecho que a mi entender, de conformidad con la cita traída a colación, no afectaría el principio de congruencia en estudio-, sino el haber quebrantado la plataforma fáctica contenida en la acusación, con la consecuente vulneración de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso.

Por ello entiendo que corresponde anular el decisorio en lo atinente a la calificación endilgada a Toledo y condenar al nombrado por el delito de hurto en grado de tentativa a la pena de 15 días de prisión, manteniendo la pena única de tres años de prisión y el pago de las costas procesales.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

Que por los motivos que a continuación expondré, habré de adherir a la solución propuesta en el voto que antecede.

Han advertido con acierto mis colegas, que en el caso traído a estudio, la hipótesis imputativa sostenida por la representante del Ministerio Público Fiscal en la oportunidad prevista en el art. 393 del C.P.P.N. a partir de la cual endilgó a Toledo *“el haberse apoderado de una botella de vino”*, difirió sustancialmente de aquella sostenida a lo largo de la instrucción -

declaración indagatoria y auto de procesamiento- y en el requerimiento de remisión a juicio efectuado por el agente fiscal, oportunidades éstas en las que se atribuyó a Cristian Toledo el haber “*intentado apoderarse de una botella de vino*” (vid. fs. 38, 54 y 88).

Como lógica consecuencia de dicha reconstrucción, la señora Fiscal General calificó el accionar endilgado al imputado como configurativo del delito de hurto consumado y solicitó al tribunal que le imponga, en lo que a este hecho respecta, la pena de ocho (8) meses de prisión y costas (fs. 130/vta.). Circunstancia ésta que condujo al órgano jurisdiccional a imponer la pena de un (1) mes de prisión por considerar que Toledo debía responder en carácter de autor penalmente responsable del delito de hurto (fs. 132).

Ahora bien, de la lectura del alegato conclusivo efectuado por la titular de la acción pública se advierte que, en el caso, se apartó de la hipótesis imputativa sustentada por su antecesor en el requerimiento de elevación a juicio sin efectuar consideración alguna en orden a los motivos que la condujeron a tener por completo el *iter criminis* de la figura de hurto y a apartarse, en consecuencia, de la reconstrucción fáctica y calificación jurídica sustentada por el fiscal de primera instancia.

Es recién en el considerando segundo de la sentencia impugnada en donde se observa el fundamento de porqué, sobre la base de un argumento de índole sustantiva -el ejercicio de un acto concreto de disposición de parte del imputado en relación al objeto sustraído-, se consideró consumado el hecho reprochado a Cristian Toledo.

Ahora bien, partiendo de esa base, no debemos olvidar que la garantía de defensa en juicio y debido proceso exigen que la acusación sea motivada, que describa con precisión la conducta imputada y las pruebas que a su respecto permitan inferir la culpabilidad del imputado. En efecto, la

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

forma republicana de gobierno, que encuentra su piedra fundacional en la división de poderes y el recíproco control entre ellos, impone a todos los funcionarios la obligación de expresar los fundamentos y razones de sus actividades, pues de otro modo no existiría otra forma de verificar si cumplen debidamente con los deberes de su oficio y las tareas pertinentes a su cargo, y hacer efectiva su responsabilidad en caso contrario.

Por tal motivo, el código de rito nacional es claro en cuanto a que “los representantes del ministerio fiscal formularán, motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones...” (artículo 69). En consecuencia, el órgano de la acusación deberá concretar su alegato de manera imparcial y de acuerdo a lo sucedido en el debate, adecuándolo a las distintas modalidades que haya sufrido el juicio. Y, en el mismo sentido, si encuentra que los motivos expresados en el requerimiento de elevación a juicio, fundados de manera provisional en la prueba del sumario, no se ajustan a la evaluación que de la prueba rendida durante el plenario éste funcionario efectúa, debe emitir su dictamen fundadamente como derivación del principio de oficialidad. Su petición debe ser producto razonado del derecho y comprobable en las pruebas de la causa (cfr. mi voto en la causa Nro. 1943: “ERRECALDE, Segio O. y otro s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 2794, rto. el 19 de septiembre de 2000), y sólo así su dictamen será vinculante para el tribunal, sea que se pronuncie sobre la existencia del hecho en su exteriorización material, la participación del imputado o la calificación legal escogida por su antecesor. Lo que, según adelanté y tal como surge de la compulsa de las piezas procesales agregadas a la causa, no se ha cumplido en autos (*vid.* acta de debate, fs. 129/131 y reseña del alegato efectuada en la sentencia recurrida, fs. 134 vta./135) .

El órgano jurisdiccional, encargado de controlar las actuaciones de las partes en el proceso penal, está obligado a valorar el adecuado respeto del requisito de fundamentación que, de acuerdo a la Constitución Nacional, debe cumplimentar el Ministerio Público Fiscal al efectuar el alegato. Y, en el *sub examine*, dicho control ha sido soslayado por completo, de modo tal

que, si bien *prima facie* podría afirmarse que el tribunal estaba habilitado para condenar a Toledo como autor penalmente responsable del delito de hurto consumado -pues así lo había solicitado el titular de la acción pública y ello constituye su “techo”-, lo cierto es que, a mi modo de ver, al hallarse infundado su dictamen, el tribunal carecía de jurisdicción para fallar con ese alcance.

No debe perderse de vista que compete a los jueces controlar si los fiscales, en los procesos en los que actúan ante ellos, han dado satisfacción a esta exigencia que consiste en su obligación de fundar sus dictámenes en los hechos y el derecho aplicable; inspección que está concedida por el artículo 28 de la ley 24.946 en cuanto establece que: “Los dictámenes, requerimientos y toda intervención en juicio de los integrantes del Ministerio Público deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso”.

Ello comporta tanto una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados frente al uso arbitrario o abusivo del poder punitivo, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia, imponiendo la publicidad de las razones que tuvieron los fiscales al formular sus requerimientos; y facilita el control de la actuación judicial por parte del pueblo, de quien en definitiva emana su autoridad.

Con estas consideraciones, habré de concluir en que corresponde casar la sentencia recurrida y condenar a Toledo como autor penalmente responsable del delito de hurto en grado de tentativa “*por haber intentado apoderarse de una botella de vino*”, pues dada la ausencia de fundamentos por parte de la representante del Ministerio Público Fiscal en el debate para apartarse de la hipótesis imputativa sostenida por el fiscal que requirió la realización de juicio, el tribunal debió respetar la base fáctica y jurídica sostenida en el acto remisorio regulado en el art. 347 del C.P.P.N. cuya importancia radica en que, sobre ella, incide todo examen ulterior: la

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

defensa del imputado, la prueba, la discusión y la decisión definitiva del tribunal.

A tenor de lo expuesto, adhiero a la solución propuesta en voto que antecede.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 140/146, por señora la Defensora Pública Oficial doctora Silvia Ciochetto, asistiendo a Carlos Alejandro Toledo, sin costas, y consecuentemente, **ANULAR** la resolución obrante a fs. 133/138 y **CONDENAR** al nombrado por el delito de hurto en grado de tentativa a la pena de quince (15) días de prisión, manteniendo la pena única de tres (3) años de prisión y el pago de las costas procesales (arts. 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y remítase la causa al Tribunal de Oral en lo Criminal Nro. 22 de la Capital Federal sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mi:

GUSTAVO M. HORNOS

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

