

CASO No 1

*[Handwritten signature]*

San Miguel de Tucumán, 16 de diciembre de 2016.

**Y VISTOS:**

Se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n°4 de San Miguel de Tucumán, con la presencia del Secretario de Cámara, a fin de dictar sentencia en la causa n° 4989 (2459/2016) seguida a **Juan Domingo Francisco Vergara**, de nacionalidad argentina, nacido el 28 de agosto de 1983 en Florencio Varela, provincia de Buenos Aires, titular del DNI 30.642.347, con domicilio real en calle 807 n° 1951, entre 803 y 832, barrio "Infico", San Miguel de Tucumán y constituido en Viamonte 1685, piso 10°, de esta ciudad, y actualmente detenido, e identificado en la Policía Federal Argentina con legajo serie TM 61.688 y en el Registro Nacional de Reincidencia con referencia 2999862, una vez finalizado el debate correspondiente que tuvo lugar con la intervención del Sr. Fiscal General y la Sra. Defensora Pública Oficial, ejerciendo la defensa de Juan Domingo Francisco Vergara.

Acto seguido, los señores Jueces se retiraron a deliberar y emitieron sus votos motivados en el siguiente orden: 1°) Dr. Rodríguez, 2°) Dra. Scetto y 3°) Dr. Saldutto.

**Y CONSIDERANDO:**

**El Dr. Rodríguez dijo:**

**I.**

Que el Ministerio Público Fiscal ha traído a juicio a Juan Domingo Vergara enrostrándole la comisión del suceso acaecido el 12 de enero del 2016, siendo las 19 horas aproximadamente, en la vereda de la Verdulería denominada "Tomy", sita en 24 de noviembre 357, de esta ciudad. En esa oportunidad se apoderó ilegítimamente de una bicicleta tipo "mountain bike", rodado 26, de 24 velocidades, color gris, de

A

propiedad de Roberto Aparicio Champi quien, a la sazón, resultó ser el propietario de dicho comercio.

Fue en ese cuadro que los encausados aprovecharon que Champi había dejado apoyada la bicicleta frente a su local comercial y la sustrajeron y, ya en poder de ella, emprendieron una rauda fuga. Minutos después, el damnificado advirtió la ausencia de la bicicleta, por lo que comenzó a dar vueltas por la zona a fin de lograr su recupero, actividad que le permitió detectar en Cochabamba y Chacabuco de esta ciudad, la existencia de dicho vehículo, el cual se encontraba en poder de tres individuos de sexo masculino.

En ese instante, el damnificado reconoció a los sujetos en cuestión como los que, momentos antes, merodeaban la puerta de su local comercial con un carro que contenía cartones.

Ante ello, la víctima dio aviso al personal policial que cumplía funciones en las inmediaciones del lugar, los cuales procedieron a interceptar a los masculinos de mención, formalizando sus detenciones e incautando la bicicleta de propiedad de Champi como así también tres mochilas que poseían los prevenidos con elementos diversos.

## II.

Que si bien no me pasa desapercibido la existencia de una cofradía en el despojo descrito, lo cierto es que, merced al criterio de oportunidad adoptado en el legajo (v. fs. 282/283), he de dirigir mi enfoque exclusivamente al aludido Vergara.

Por esa senda, tengo por probada, con el grado de certeza que esta instancia procesal requiere, tanto la materialidad del hecho como la pertinente responsabilidad que en el mismo le cupo al incuso.

A tal aserto arriba a poco de sopesar de manera comunitaria, las actas de fs. 4, 7 y 10; el informe médico legal de fs. 61 y 131; el plano de los hechos, fs. 64 y las vistas fotográficas de los elementos secuestrados (fs. 75/96 y 110), así como también los testimonios prestados en la audiencia de debate por los convocados Roberto Aparicio Champi, Orlando Nieva y los que fueron incorporados por lectura a la sazón, las manifestaciones de Darío Alejandro Mendoza, fs. 1/2; Walter Ceballos, fs. 69/70 y Juan Ignacio Quiroga, fs. 71/72.

Debo explayarme en cuanto a que resultan irrefutables y sin fisuras las manifestaciones de la víctima de autos –Roberto Aparicio Champi- en cuanto a que el día del hecho dejó estacionado el rodado de su propiedad, éste le fue sustraído y logró tomar contacto con el mismo minutos después cuando éste ya se había alejado de su comercio y se encontraba en posesión del encartado y sus compinches.

Esta versión incontrovertible encuentra, a su vez, correlato con las manifestaciones de Darío Alejandro Mendoza quien, como numerario del orden, procedió a incautar dicho bien y a la aprehensión del enjuiciado.

A su vez, dicho contorno probatorio, encuentra anclaje en las vistas fotográficas, las experticias y los planos del lugar, lo cual no hace más que armonizar la imputación que no descansa en una sola probanza aislada o disociada sino que emerge de una vertebración probatoria armónica.

### III.-

Que en oportunidad de rendir indagatoria Vergara no hizo mas que proclamar su inocencia, brindando su versión de los hechos, y si bien es cierto que nadie está obligado a colaborar con la imputación que se le dirige en oportunidad de descargar no lo es menos que nada impide a este judicante valorar sus manifestaciones

como mendaces , que se definen por oposición respecto de todo el material recopilado, y que tiene por fin directo e inmediato colocarse en mejor situación procesal la cual se encuentra hartamente comprometida a la luz de dichas constancias.

#### IV.

Que la Fiscalía solicitó la pena de seis meses de prisión, en orden al delito de hurto; a su hora, la defensa propició la lisa y llana absolución de su asistido.

Que, si bien la prueba relevada me lleva a tener por probada tanto la materialidad del hecho como la respectiva responsabilidad del imputado, entiendo que la cuestión se vuelve opaca en oportunidad de abordar el juicio de subsunción.

Que respecto de la calificación jurídica corresponde efectuar una disquisición preliminar a la luz del valladar con que me ha limitado el representante público.

En efecto, si bien no me pasa inadvertido que en el pasado he sostenido – y sostengo ahora- que la conducta debería ser calificada como hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública, lo cierto es que la imposibilidad de excederme de cualquier guarismo fiscal y de todo aquello que ha sido debidamente sustanciado y debatido torna prudente –reivindicando la ponencia defensiva durante el debate en cuanto a la imposibilidad de que esta colegiatura se extienda más allá de la petición de su contrincante- propiciar el juicio de subsunción, en la figura de hurto simple *dejando aclarada mi opinión personal en cuanto a que hubiese correspondido que la petición se enderezara hacia la respuesta punitiva más gravosa.*

Pues bien, el incordio vinculado al juicio de subsunción no es nuevo a ni mucho menos. El Diccionario de la Real Academia Española, Edición 1992, ya convence de que la bicicleta es efectivamente un “vehículo”: “Medio de transporte de

cosas o personas” (primera acepción); “bicicleta”: “Velocípedo de dos ruedas de igual tamaño cuyos pedales transmiten el movimiento a la rueda trasera por medio de dos piñones y una cadena”; “velocípedo”: “**vehículo** de hierro, formado por una especie de caballete, con dos o con tres ruedas, y que movía por medio de pedales al que iba montado en él. 2. Por ext. bicicleta”.

Conforme el trámite legislativo de la ley 24.721, se observa que se ha hecho expresa referencia a la sustitución del término automotor que contenía el régimen anterior y ello no permite dudar entonces del propósito del legislador de incluir este medio de transporte en la especial protección penal que se establece para los casos en que es dejado en la vía pública (T.O.C N° 4 causa 64036/2013 (4365) LESCOANO GIMÉNEZ, Manuel Alejandro rta 21/4/2014).

La doctrina más autorizada, al comentar las anteriores leyes que contenía esta misma agravante, es unánime al respecto: “A diferencia de la ley anterior derogada, ésta extiende su protección a todo vehículo, aunque no sea motorizado. El hurto de la bicicleta es, pues, calificado, siempre que ella se encontrara librada a la confianza pública” (Soler, Tratado, Ed. “Tea”, edición 1973, T. IV, pág. 230); “Por vehículo se entiende todo medio que sirva para el transporte por tierra, aire o agua, realizado por fuerzas animales o mecánicas. Dentro de ese concepto no se encuentran los que el hombre arrastra o empuja por sí mismo, como la carretilla o el coche para llevar el bebé; sí son vehículos la bicicleta o el triciclo, porque disponen de un mecanismo que multiplica la fuerza empleada y porque no son empujados ni arrastrados” (Fontán Balestra, Tratado, Editorial Abeledo Perrot, ed. 1992, T. V, pág. 521).

También la bicicleta es vehículo para Laje Anaya (“Comentarios al Código Penal”, Ed. Depalma, 1979, Parte Especial, T. II, pág. 46), quien especialmente

exige para la aplicación de la agravante que se trate de vehículos que se desplacen por la calzada.

La jurisprudencia mayoritaria dictada durante la vigencia de las leyes 17.567 y 21.338 consideró igualmente a la bicicleta vehículo en los términos de la agravante que se viene analizando (C.C.C., Sala III, c. 17.557, “Amarilla González, J.”, rta. el 31-7-84; además, los fallos citados por Rubianes en “Código Penal, su interpretación jurisprudencial”, Ed. Depalma, 2º actualización, pág. 269, entre muchos otros).

Es importante destacar que la ley nacional de tránsito (24.449), específicamente la considera vehículo -art. 5, inc. 8)-, conteniendo varias disposiciones expresas a su respecto -arts. 11, inc. d), 29, inc. k), 31, inc. i) punto 2, 46, inc. b) y 48, inc. m)-, por lo que bien puede entenderse que “bicicleta” es un elemento normativo del tipo del inc. 6º del art. 163 ( T.O.C N° 4 causa 64036/2013 (4365) LESCANO GIMÉNEZ, Manuel Alejandro rta 21/4/2014 ).

La necesidad de dejar los automotores en la vía pública es, al igual que en el caso de las bicicletas, sumamente relativa. También un automóvil puede ser protegido dejándolo en una cochera, estacionamiento o garaje, y esa circunstancia ninguna influencia tiene a la hora de subsumir su apoderamiento en la figura del robo agravado cuando fue dejado estacionado en la calle. En pocas palabras, opinamos que la mayor o menor dificultad que exista, según su tamaño, para otorgar al vehículo alguna protección es por completo indiferente en relación a la concurrencia o no de la agravante, ya que no es ése su fundamento; “La preferente protección legal no se fundamenta en la naturaleza misma de su objeto, sino en la necesidad impuesta a su propietario de dejarlo en determinadas situaciones que llevan consigo un riesgo” (Soler,

mmmm

ob. cit., pág. 230). El sentido de esa “necesidad” -que ya se vio que no es absoluta ni siquiera en el caso de los automotores, aún los de mayor tamaño-, lo proporciona, con toda claridad, el maestro Nuñez: “el inc. 6° exige reducir el concepto de vehículo al que se usa dejar en la vía pública. En otros términos, el vehículo que se usa dejar en una carretera, camino, calle” (Ob. cit., pág. 168, sin destacado en el original). Este aspecto tampoco se le escapa a Soler, quien expresamente refiere que “Esta manera de considerar la agravación hace que algunas leyes no deban ni siquiera mencionar a los automotores. Así, para la ley italiana (C.P., 625, 7°), es indiferente el objeto de que se trate, siempre que esté expuesto a la fe pública por **necesidad, costumbre o destinación**. No es dudoso que bajo esa previsión cae el hurto de un automóvil o de una bicicleta que se encuentren en esas condiciones” (Ob. citada, pág. 230, sin destacado en el original) ( ( T.O.C N° 4 causa 64036/2013 (4365) LESCANO GIMÉNEZ, Manuel Alejandro rta 21/4/2014 ) .

Resulta indiscutible tanto que la bicicleta es un vehículo, como el que dada su naturaleza de medio de transporte y la utilización que comúnmente se hace de ella, en algunos casos por necesidad y en otros por costumbre, suelen ser dejadas en la vía pública. ( T.O.C N° 4 causa 64036/2013 (4365) LESCANO GIMÉNEZ, Manuel Alejandro rta 21/4/2014 ) .-

Ahora bien, más allá de que estoy absolutamente persuadido de la calidad invocada respecto de la bicicleta aludida -y que debió ser articulada la agravante en trato- debo regresar a mi inferencia primaria en cuanto a que el acusador no ha introducido la agravante en trato y su adopción por parte de esta judicatura sin la debida altercación y la posibilidad que la defensa ejerza su ministerio en toda su amplitud en torno a dicha agravante es atentatoria de la defensa en juicio.-

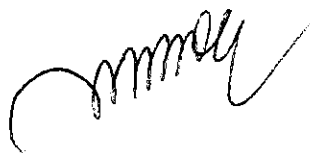
7

Entiendo que el Ministerio Público ha prescindido o no ha introducido la agravante genérica en trato, lo cual obra como un muro para la judicatura.

Es cierto que la tendencia hacia el modelo acusatorio -contrapuesto al mosaico inquisitivo que fuera tributario de un tiempo y de un espacio- y que se evidencia en la construcción procesal actual ha tornado más laxos algunos apotegmas que, en el arco del tiempo, se veían como incommovibles. En hogaño, al amparo de una tendencia que tiende a consolidarse al calor del sistema acusatorio, es dable predicar que existe una identificación cada vez mayor entre el procedimiento civil y el procedimiento penal (Ledesma, Ángela "Objeto del proceso penal: momento en que se define", pág. 307, en Estudios en homenaje al doctor Francisco D'Albora, Lexis Nexis, Bs. As. 2005). Ya en los albores de las normas que disciplinan el proceso civil se había definido al objeto del proceso como la voluntad concreta de la ley de la cual se pide la afirmación y la actuación así como el mismo poder de pedir su actuación, es decir, la acción. De tal suerte que el objeto procesal permanece limitado a la determinada voluntad concreta de la ley cuya actuación se pide, mientras que la relación jurídica permanece simplemente deducida en juicio como título o causa de la voluntad de actuar (Chiovenda, Giuseppe, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", tomo I, pág. 53, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936).

El objeto del proceso, en la materia civil, tiene por finalidad desandar una tensión entre dos partes que someten sus controversias al laudo de un tercero quien las dirime de acuerdo a la ley; la intervención publicista del juez tiende a la satisfacción de un interés individual pero posee, como fin mediato, el restablecimiento del orden jurídico. La protección del derecho subjetivo es una cara de la misma moneda con la actuación del derecho objetivo que tiende a regular una pretensión amparada por la





norma (Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", T. I pág., 403/404, Ediar, Bs. As., 1980). Más modernamente se ha entendido que el proceso civil es un marco de carácter ideal puesto que no pertenece a la esfera de los entes tangiblemente reales que sirven como centro de referencia de las diversas categorías procesales. De allí que se haya estimado que no hay más que un posible objetivo básico del proceso: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el juez. En torno a la reclamación giran todos y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción del mismo, y la decisión tienen una sola y exclusiva referencia: la reclamación de la parte (Guasp Delgado, Jaime, "La pretensión procesal", pág. 61/62, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981). Ya desde el ángulo de nuestra ciencia ha explicado Roxin ("Derecho Procesal Penal", pág.159, Del Puerto, Bs. As., 2000) que, en un sentido amplio, el objeto del procedimiento penal discurre acerca de si el imputado ha cometido una acción punible y, dado el caso, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuestas; pero, en un nivel más restringido imbuido del principio acusatorio, el objeto del proceso se refiere al hecho descrito en la acusación.

En iguales términos se expresa Maier ("Derecho Procesal Penal" , T. I, pág. 568, Del Puerto Bs. As. 1999) para quien la regla que fija el alcance del fallo penal se debe corresponder con el hecho descrito en la acusación en todas sus circunstancias y elementos tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos. Prosigue este insigne jurista que el objeto procesal no sólo incorpora al acontecimiento histórico que en él se trata, sino también a la pretensión jurídica como tal, es decir, al punto de vista jurídico general bajo el cual produce una consecuencia jurídica ("Derecho Procesal Penal" T. I, pág. 569, nota 201, Del Puerto, Bs. As., 1999). Ledesma ("Objeto procesal:

momento en que se define”, en Estudios en Homenaje al Dr. Francisco D’Albora, pág. 346, Lexis Nexis, Bs. As., 2005) concluye que se desprende sin mayor esfuerzo que es el acusador quien fija el objeto del proceso. A su vez, este objeto, contenido en la pretensión, constituye una unidad indivisible entre hecho y derecho y la preservación de la identidad fáctica y normativa a lo largo del juicio público constituye una garantía fundamental e irrenunciable del imputado; su tutela sigue siendo el límite de cualquier actuación oficiosa del órgano jurisdiccional. Ya delineada la cuestión concatenada al objeto procesal se impone penetrar en un abordaje remozado del ancho campo que recorre una concepción actual de la base fáctica y las siempre inextricables cuestiones de hecho y de derecho. Ha expresado nuestro Tribunal cimero (Fallos 321:494) que tal distinción siempre ha sido problemática y, en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja calificación del error en el campo del derecho sustantivo. Me parece que, en la hora actual, no se puede -ni se debe -hablar de hecho separándolo completamente del derecho puesto que, en definitiva, el proceso constituye un contexto jurídico en donde se demuestran hechos para resolver controversias normativas, destacándose, como factor importante, que los hechos son identificados sobre la base de criterios jurídicos representados por la norma aplicable para decidir la controversia específica: es el derecho el que define y lo que determina lo que en el proceso constituye el hecho (Taruffo, Michel, “La prueba de los hechos”, pág. 92, Trotta, Madrid, 2005) . Desde ese andarivel sostiene Satta (“Manual de Derecho Procesal Civil”, T. I, vol. I, pág. 462, Ejea, Bs. As., 1972) que la contraposición entre hecho y derecho no es ni racional ni justificable por lo que el juicio es esencialmente unitario. Hecho y derecho, se puede precisar, no existen en el juicio como datos

externos o categorías abstractas: en el proceso, el hecho se presenta como una afirmación, de un lado, como juicio, de otro; de manera que hecho y juicio vienen a coincidir. En iguales términos se expresa De la Rúa ("La Casación penal", pág. 54, Depalma, Bs. As., 1994) quien, al analizar la cuestión desde el ángulo del recurso de casación, señala que la ley describe en forma general y abstracta hechos hipotéticos y conductas humanas, es decir, hechos.

Por su parte Pastor ("La nueva imagen de la casación penal", pág. 54, Ad Hoc, Bs. As., 2001) añade que la propia distinción de hecho y derecho no tiene en verdad existencia ni real ni jurídica. La aplicación de la norma al hecho no es una operación que deja indeformados norma y hecho. Por el contrario, la norma sirve al diseño de los perfiles relevantes del hecho; el hecho sirve a aclarar los significados posibles de la norma: norma y hecho se acercan y se moldean unos a otros.- Ese rótulo de indisoluble con que se va perfilando la cuestión de hecho y de derecho ha sido recogida por nuestra Corte Federal (S. 1798 XXXIX "Sircovich, Jorge Oscar y otros s/ defraudación" rta. 31 de octubre del 2006, con remisión al dictamen del Procurador) en cuanto predicó que "si reducimos la sentencia penal a un silogismo y tenemos que la premisa mayor es la norma, la menor, el hecho, y la conclusión la decisión del juez, vemos que en esta construcción el mismo aspecto fáctico se repite en ambas proposiciones: en la mayor, de modo abstracto, general, formal y de pura definición; en la menor, de manera concreta, propia y circunstanciada. Es decir, en ambas se encuentra la descripción del hecho, en un caso, como paradigma ideal, en el otro, como acontecer natural ya sucedido. Si se permuta la premisa mayor de una manera esencial se opera una modificación en el razonamiento silogístico original. En otras palabras al variarse una de las proposiciones ya no es posible mantener la identidad del argumento.

11  
-

y esta variación cuando es relevante en los términos fácticos ya explicados implica una afectación al principio de congruencia. Y toda vez que un cambio normativo exige para mantener la identidad del razonamiento una modificación de la premisa menor, si no se lo hace estamos ante un error evidente, sea porque la conducta no es la que se venía juzgando, sea porque, de mantenerse ésta, la calificación legal no se le corresponde.

Estoy convencido de que si el elemento subjetivo de la conducta -en el caso de autos el homicidio tentado por el cual persigue el Sr. Fiscal General- integra la base fáctica de la acusación, pero ésta se dirige siempre hacia la comisión de la conducta física descripta en el tipo objetivo, cabe suponer que todo cambio sobre el tipo penal empleado en el caso implicará de suyo un cambio en el tipo subjetivo requerido. De este modo, siempre que la nueva figura – o la aplicación de agravantes - contenga elementos no previstos en la anterior se estará modificando el aspecto subjetivo de la conducta y también la base fáctica (Kreplak, Ernesto, “Acerca de la estricta correlación entre la acusación y el fallo -con pronóstico adverso de supervivencia del cambio de calificación legal a partir de la relativa indistinción entre hechos y normas-”, pág. 35, en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 3, Hammurabi, Bs. As., 2007). Es que la base fáctica involucra el elemento normativo el cual determina cuáles serán los extremos fácticos relevantes y su posición relativa frente al hecho punible; por lo tanto el ejercicio de la actividad defensiva se orientará necesariamente en relación con el razonamiento en su conjunto y no respecto de algún aspecto -hecho o norma- extraído mediante abstracción (Kreplak, Ernesto “Acerca de la estricta correlación entre la acusación y el fallo -con pronóstico adverso de supervivencia del cambio de calificación legal a partir de la relativa indistinción entre hechos y normas-”, pág. 37, en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación , T. 3,

Hammurabi, Bs. As., 2007).

Desde ese mirador, se ha establecido que la base fáctica no es una “bolsa” con hechos entre los que el juez puede escoger discrecionalmente sin ordenarlos según el criterio normativo que mejor le parezca, sino que debe existir en la selección de hechos con relevancia jurídica e identidad en la posición que cada uno de éstos ocupe en la estructura de la imputación (Kreplak, Ernesto, “Acerca de la estricta correlación entre la acusación y el fallo -con pronóstico adverso de supervivencia del cambio de calificación legal a partir de la relativa indistinción entre hechos y normas-”, pág. 33, en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 3, Hammurabi, Bs. As., 2007). Explica Divito (“Defensa en juicio y debido proceso”, en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T., pág. 77, Hammurabi, Bs. As., 2006) luego de efectuar un examen remozado de la cuestión de que el artículo 401 del digesto rituario es de dudosa constitucionalidad por cuanto se encuentra en pugna, fundamentalmente, con el principio de imparcialidad.- Nos recuerda Langevin (“Nuevas formulaciones del principio de congruencia” pág. 111/112, Di Placido Editor, Bs. As., 2008) que, en el Reino de España, es opinión dominante que respecto a la calificación jurídica y en virtud del principio acusatorio debe existir la debida correlación entre la acusación y la condena, no pudiendo calificar los hechos, en la sentencia definitiva, de manera diversa a la establecida por las partes, dado que la incongruencia podría producir la indefensión del acusado que no habría tenido oportunidad para alegar, probar y refutar contra todo aquello por lo que antes no había sido acusado.

A su hora Ledesma (“Objeto procesal: momento en que se define”, en “Estudios en Homenaje al Dr. Francisco D’Albora”, pág. 335, 345/346, Lexis Nexis, Bs. As., 2005) establece una relación de carácter transitivo y tripartita de las relaciones

procesales; en primer término, señala que el objeto procesal es el que fija la acusación en oportunidad de las conclusiones o alegatos que cierran el debate; en segundo término -deslizándose por jardines similares que el procedimiento civil- dicho objeto procesal se conforma de una pretensión que debe quedar completamente integrada; finalmente destaca la imposibilidad del juez de destruir la identidad normativa y sustancial de la acusación; incluso, si oficiosamente el tribunal advirtiese a la defensa respecto de ampliar el debate y la prueba introduciendo de oficio un nuevo objeto procesal estaría gestando una nueva acusación jurisdiccional. Lo dicho en el párrafo que antecede trasunta a penetrar, al menos someramente, en un instituto procesal que se amolda al derrotero de autos. Me refiero, desde luego, a la acusación alternativa o subsidiaria la que supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis delictiva posibles, cuidando describir todas las circunstancias necesarias que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas (Almeyra, Miguel Ángel, "Código Procesal Penal de la Nación", T. I, pág. 163, Ed. LA LEY, Bs. As., 2007).

De lo expuesto, me permito inferir que lejos ha estado en el ánimo de nuestro fiscal propiciar o acudir a dicho instituto que respeta el derecho de defensa del imputado sin someterlo a más de una persecución penal.- Por el contrario, luego de analizar la pretensión evolutiva o progresiva, determinada en el momento culminante del proceso para éste que es la oportunidad prevista en el artículo 393 de la ley formal - en su condición exclusiva de promotor de la acción penal- ha colocado a la jurisdicción, desde el punto de vista normativo, en un valladar infranqueable, por cuanto estabilizó y clausuró la discusión respecto del subsunción típica limitándola al homicidio tentado, acorde con lo preceptuado en los artículos 42 y 79 del digesto de fondo, descartando e

inhabilitando cualquier altercación que pudiere germinar del abanico de posibilidades que brinda la acusación alternativa o subsidiaria. Es mi deber señalar que sólo a instancias del principal contradictor del imputado se puede poner en marcha un procedimiento análogo al previsto en el artículo 381 de la ordenanza procesal vinculado a la posibilidad de que el acusador introduzca una calificación distinta o dirija al último acusaciones alternativas o subsidiarias (Kreplak, Ernesto, “Acerca de la estricta correlación entre la acusación y el fallo -con pronóstico adverso de supervivencia del cambio de calificación legal a partir de la relativa indistinción entre hechos y normas-”, pág. 47, en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación , T. 3, Hammurabi, Bs. As., 2007).

Ha explicado Yanzón (“La pretensión desincriminante del Ministerio Público en el procesal penal”, pág. 144, Ad Hoc, Bs. As., 2009) que se debe desmitificar el argumento de que son los jueces los que llevan a juicio a una persona. Es cierto que tienen una importante misión jurídica y social que consiste en velar por el respeto del debido proceso legal y salvaguardar los derechos que les asisten a las partes y finalmente dirimir el conflicto que éstas les acercan. Nadie pone en duda que son ellos quienes resuelven condenar o absolver al imputado, pero siempre sobre la base de concretas peticiones en uno u otro sentido de los sujetos intervinientes en el proceso. Nunca, bajo el lema “en procura de hacer justicia “ o de “llegar a la verdad de lo ocurrido” el tribunal de juicio puede pasar por alto los términos de la acusación del representante del Ministerio Público Fiscal quien, investido del poder delegado y como funcionario estatal tiene el deber llevar adelante -o no- la pretensión punitiva hasta el final. De manera invertida, es decir posibilitando por parte de la judicatura modificar la calificación legal por una más gravosa respecto del imputado genera, necesariamente, el

concepto de sorpresa el cual posee, como primer inconveniente, la asunción por parte del órgano jurisdiccional de funciones que le son ajenas. En segundo término, debe adunarse que la sorpresa recalca también en la circunstancia de que aún si la defensa pudo prever o efectivamente previó que la sentencia fuera a abarcar cuestiones no comprendidas en la acusación, dicho marco de previsibilidad no formará parte de las obligaciones funcionales del defensor técnico. Resulta rayano con la estolidez proclamar que la defensa -para cumplir acabadamente con su ministerio- deba discurrir en torno a los hipotéticos enfoques que podrían hacerse del caso (Divito, Mauro, “Defensa en juicio y debido proceso”, en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 1, pág. 74 y 75, Hammurabi, Bs. As., 2006)

Desde ese mismo enfoque, se ha resuelto que exigirle al defensor que alegue “ad eventum” sobre todas las posibles calificaciones legales que podría acarrear diferentes escalas o clases de penas en salvaguarda del derecho de defensa se asemeja más a un juego de adivinanzas que a un medio serio y razonable de posibilitar un ejercicio eficaz de ese derecho (T.O.M. N° 1, causa 2154, “Casiullo, J M”, rta. el 9/3/2007, voto del juez Jantus).

Trazada como se encuentra la imposibilidad de la judicatura no sólo de expiar al perseguido por una situación diversa o no consignada en el alegato final del fiscal o amonestarlo merced a una calificación diferente que la escogida por el Ministerio Fiscal - además del carácter simbiótico que entrelaza a la base fáctica con la pretensión jurídica de acusador- resta que me expida, en paralelo a una posible variación del marco jurídico, sobre un nuevo valladar que impone la construcción de un Estado de Derecho. He señalado como titular del Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 (“causa 3729 “Insaurralde, Héctor”, rta. 22/11/2011; entre muchas otras) que cualquiera fuere el



*[Handwritten signature]*

enfoque normativo que en su fuero íntimo pudiera abrigar el suscripto lo cierto es que, a la luz del modelo acusatorio, no puede soslayarse que si el órgano acusador estimó adecuada la imposición de una determinada pena, en el marco de la adecuación típica que él estimó aplicable, la potestad de juzgar conferida por el Estado a los Tribunales debe ejercerse de acuerdo al alcance que fija la acusación y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella, cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o “ultra petita” (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala III, “A. L. N”, rta. 2/10/2011 - voto del juez Daniel Carral-, LA LEY, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal del 17 de mayo del 2011, pág. 71, Fallo 115.466 ). A mayor abundamiento, cuadra señalar, que lleva dicho nuestra Cámara Nacional de Casación Penal (Sala IV, causa 10414 “Rivero Hugo Miguel” rta. el 20/05/2010) que la acusación como componente de una de las formas esenciales del proceso limita al órgano jurisdiccional no sólo prohibiendo que se arribe a una sentencia condenatoria alterando la base fáctica sino también a la pretensión punitiva delimitada por aquélla. Por fuera de ello, es dable señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proclamado, en la causa “Fermín Ramírez c/ Guatemala”, resuelta el 20/06/2005.

Debatir y resolver sobre lo debatido requiere escuchar lo que dice el otro. Ninguna parte debe ser sorprendida por un fallo fundado en un argumento desvinculado de lo que fue materia de altercación oral (Garibaldi, Gustavo, “Imposición de una pena por encima del pedido fiscal”, en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 9, pag. 260, Hammurabi, Bs. As., 2010). No se me oculta, ciertamente, la matriz adversarial con que se cincela el juicio oral pues -aún cuando se advierta que el ordenamiento procesal federal se enrola en la tipología de un sistema mixto pese a

que la tendencia y la legislación actual no abdican en enmarcar progresivamente al mismo dentro del primero- es el debate un segmento procesal de neto corte acusatorio donde cobran relevancia las exigencias de oralidad, continuidad, publicidad y contradicción, apotegmas éstos que no son una concesión graciosa de la ley procesal sino que germinan de la Carta Suprema (Langevin, Julián, “Los límites punitivos del juzgador en materia penal”, LA LEY, 2007-D-633 ). Dicho enfoque es tributario de las enseñanzas de Vélez Mariconde (“Derecho Procesal Penal”, tomo I, pág. 21, Marcos Lerner, Córdoba, 1986) en cuanto a que es unánime la doctrina en que la etapa de juicio, aún en el sistema mixto, es netamente acusatoria. A no dudarlo, que ha sido nuestro tribunal cimero el que ha reconocido que Juan Baustista Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano -originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional- y que el proceso penal es un sistema horizontalmente organizado que no puede comulgar con otro sistema que no sea el acusatorio (causa 21.923/02, “Sandoval, David Andrés s/ recurso de hecho”, rta. el 31 de agosto del 2010; considerando 14 del voto del Ministro Zaffaroni). Estoy persuadido que si el acusador, al momento de formular las imputaciones pertinentes, no solicitó la aplicación de la agravante en trato mal puede la judicatura incorporar oficiosamente tal calificación, dado que ello implicaría un exceso jurisdiccional al que esta constreñida expedirse, con afectación manifiesta al derecho de defensa del procesado ( C.F.C.P. , sala II causa 15.678 “ Pantano, Sebastián Miguel “ rta. el 14/2/2013; voto de la juez Ledesma).

#### V.

Que por todo lo expuesto emito mi sufragio proponiendo al acuerdo que se condene a Juan Domingo Francisco Vergara a la pena de seis meses de prisión en orden al delito de hurto simple –con las salvedades expuestas en torno a la calificación y

a la limitación que se me impusiera- y costas del proceso.

Tal es mi voto.

**Los jueces Scetto y Saldutto dijeron:**

Se ha acreditado debidamente en autos tanto la materialidad del hecho como la responsabilidad que le cupo en éste a Domingo Francisco Vergara, con el grado de certeza requerido y que ha sido correctamente desarrollado por nuestro distinguido colega en el voto precedente, al que adherimos, en general, conformando al respecto la mayoría requerida en el evento.

No obstante ello hemos de separarnos en lo que a la calificación se refiere ya que entendemos que la asignación jurídica que corresponde es la de hurto calificado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública previsto en el art. 163 inciso 6° del Código Penal, que ponemos en cabeza del imputado como autor (art. 45 del Código Penal).

Ello se funda en el criterio que se sostuviera en el caso “Lescano Giménez” (TOC 4, causa n° 64036/13 -n° interno 4365-) que entendemos se mantiene vigente y al que cabe remitir en honor a la brevedad, dado que allí se explicitó en forma detallada el andamiaje jurídico sobre el que se apuntaló tal postura.

En consecuencia y si bien es cierto que este cambio de asignación jurídica ha de obtener un necesario correlato en el momento de la pena que se ha de imponer, entendemos que resultan adecuadas al caso las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal –también mencionadas por la juez Rodríguez- que toman de aplicación el mínimo previsto en la escala penal de que se trata que, en el presente, es de un año de prisión.

Coincidiendo en la argumentación plasmada en el voto que inicia la presente y con las salvedades apuntadas, damos nuestro voto.

Por los fundamentos expuestos y por aplicación de lo establecido por los arts. 18 de la Constitución Nacional, el Tribunal, por mayoría,

**RESUELVE:**

**Condenar a Juan Domingo Francisco Vergara a la pena de un año de prisión**, por ser coautor del delito de hurto agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública, y al pago de las costas causídicas (artículos 29 –inc. 3ro–, 45, 163, inc. 6°, del Código Penal).

Notifíquese, insértese en el Registro de Sentencias del Tribunal, comuníquese al Juzgado de Instrucción originario, a la Policía Federal Argentina y al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal; oportunamente, archívese.

- A) Impugna de manera motivada la decisión la defensa; en primer término, entiende que se encuentra anclada a la decisión las previsiones del “in dubio pro réo”; de manera subsidiaria postula que se deje sin efecto la sentencia, ya que se verifica un caso típico de sorpresa procesal, que afecta al art. 18 de la C.N., merced a que si bien la mayoría se expidió sobre la misma base fáctica, se produjo

*mmml*

una sorpresa en la faz normativa. Concretamente, destaca que no pudo defenderse durante el debate del elemento normativo "bicicleta" y articular las oposiciones que hacen a su ministerio.

Por otra parte, de la decisión de la mayoría, surge que al modificarse en perjuicio del imputado la calificación legal se ha menoscabado el ministerio defensorista por cuanto si bien se escogió el mínimo de la figura penal, lo cierto es que al condenarse a su ahijado procesal se le aplicó en definitiva una pena superior a la solicitada por su adversario; es decir, que el Fiscal solicitó la pena de seis meses de prisión en orden al delito de hurto y la mayoría lo condenó a la pena de un año de prisión en orden al delito de hurto agravado; hace reserva del caso federal

**RESUELVA LA IMPUGNACIÓN ARTICULADA POR LA DEFENSA:**