



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 16965/2017/TO1/CNC1

Reg. n° 1651 /2019

//n la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de noviembre de 2019, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Mario Magariños, Pablo Jantus y Alberto Huarte Petite, asistidos por el secretario Guido Waisberg, para resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa en este proceso n° CCC 16965/2017/TO1/CNC1, caratulado “ , s/ robo” del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 16 de esta ciudad, en integración unipersonal, y en lo que aquí interesa, resolvió condenar al señor a la pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento por considerarlo autor del delito de encubrimiento agravado por ánimo de lucro, y proceder al decomiso y destrucción de los elementos secuestrados en este proceso (fs. 110/120).

II. Contra esa decisión, la defensa del señor interpuso recurso de casación (fs. 124/139), el cual fue concedido (fs. 140) y oportunamente mantenido en esta instancia (fs. 143).

III. Los integrantes de la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal decidieron otorgarle al recurso el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 145).

IV. En la oportunidad prevista en el artículo 465, 4° párrafo, del cuerpo legal citado, la defensa presentó el escrito obrante a fs. 148/157.

V. Conforme lo dispuesto en el artículo 465, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, se fijó audiencia a la que no comparecieron las partes (fs. 158).



VI. Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

-I-

Contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 16 de esta ciudad que, en integración unipersonal, y en lo que aquí interesa, resolvió condenar al señor a la pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento por considerarlo autor del delito de encubrimiento agravado por ánimo de lucro, y proceder al decomiso y destrucción de los elementos secuestrados en este proceso, la defensa del nombrado interpuso recurso de casación.

1. En primer lugar, la asistencia técnica del señor se agravió por la decisión del tribunal oral de rechazar su planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal en este proceso.

Al respecto, el impugnante expresó que esa acusación, al contener una “imputación alternativa” –pues se atribuyó al señor haberse apoderado ilegítimamente de la bicicleta del damnificado y, alternativamente, haber adquirido o recibido ese rodado con conocimiento de su procedencia ilícita y con ánimo de lucro–, es contraria a las normas que regulan los requisitos que debe reunir ese acto procesal, violatoria del derecho a contar con una comunicación previa y detallada sobre el hecho imputado, y lesiva de la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada.

Con relación a la necesidad de que la acusación se formule de forma detallada, el recurrente consideró incorrecto el razonamiento expuesto por la señora juez de la anterior instancia al rechazar su planteo –esto es, que la regulación legal de los requisitos de la acusación en el marco del procedimiento de flagrancia (cfr. artículo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 16965/2017/TO1/CNC1

353 *quinquies* del Código Procesal Penal de la Nación), a diferencia de lo dispuesto en el artículo 347 de ese cuerpo legal para los procedimientos comunes, sólo exige una descripción del hecho imputado, y no que sea formulada de forma “precisa, clara y circunstanciada”-, pues la exigencia reclamada por esa parte viene impuesta por las normas fundamentales mencionadas en el párrafo anterior.

En punto a la violación de la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada, la defensa señaló que ello es así porque una acusación alternativa, como la formulada en este proceso, compele al imputado a prestar declaración.

2. Por otro lado, el recurrente sostuvo que el tribunal de juicio valoró arbitrariamente la prueba producida durante el debate oral y público, en tanto ésta no habría sido suficiente para tener por acreditado el conocimiento, por parte del señor , de los elementos descriptos en el tipo penal de encubrimiento.

Al respecto, el impugnante calificó como arbitraria la conclusión de la magistrada de la anterior instancia en el sentido de que el acusado conocía la “procedencia ilícita” de la bicicleta secuestrada en su poder, y que ello permitía descartar la hipótesis alternativa introducida por él durante el juicio, esto es, que se la compró en la vía pública a una persona luego de que ésta se la ofreciera manifestándole que necesitaba el dinero.

De ese modo, la defensa expresó que el razonamiento expuesto en la sentencia impugnada para afirmar que el señor conocía la procedencia ilícita de la bicicleta, basado en que el nombrado manifestó habérsela comprado en una plaza a “un fisura”, a un precio (entre 2.000 y 3.000 pesos) muy inferior al de un rodado de esas características (valuado en más de 10.000 pesos), no permitía tener por probado ese extremo fáctico más allá de toda duda razonable, y señaló que ello es así pues no se acreditó correctamente



cuál sería el precio real de la bicicleta, no se tuvo debidamente en cuenta que ese valor puede variar de acuerdo a las necesidades personales de quien decida venderla, y no se ponderó que carecía de señales de haber sido objeto de algún ilícito.

3. En tercer lugar, la defensa criticó la calificación legal que el tribunal oral asignó al suceso que tuvo por acreditado (encubrimiento agravado por ánimo de lucro), y sostuvo que el *a quo* realizó una errónea interpretación y aplicación de la ley penal sustantiva.

a. Sobre el punto, el recurrente argumentó que el tipo penal seleccionado por la magistrada de la anterior instancia requiere dolo directo para su configuración, y ello, en función de las críticas expuestas al desarrollar sus agravios vinculados con la valoración probatoria realizada en la sentencia, no se habría constatado en el caso.

b. Por otro lado, la asistencia técnica del señor también criticó la decisión de la señora juez del juicio de aplicar la agravante de “ánimo de lucro”, y señaló al respecto que el mero uso de la bicicleta cuya receptación se atribuyó al acusado no puede ser subsumido en ese concepto, pues ello solo es posible cuando se adquieren o reciben los objetos a título oneroso y “para ser aplicados a una operación comercial posterior”.

c. A su vez, el impugnante expresó que debió aplicarse al caso la escala penal atenuada prevista en el artículo 279, inciso 1° del Código Penal, el cual establece que: “[s]i la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente”. Al respecto, señaló que ello era así pues, en tanto el representante del Ministerio Público Fiscal no calificó jurídicamente el hecho previo a la receptación atribuida al señor, la única conclusión posible es calificarlo como hurto, lo cual torna aplicable la reducción de la escala penal solicitada.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 16965/2017/TO1/CNC1

4. Finalmente, la asistencia técnica del imputado se agravó por la decisión del tribunal oral de ordenar el decomiso de los elementos secuestrados en el marco de este proceso.

Al desarrollar su crítica, el recurrente sostuvo que esa decisión fue adoptada sin mediar una solicitud sobre el punto por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, y señaló que, por esa razón, al carecer de jurisdicción para proceder de ese modo, el tribunal se apartó de la división de funciones que corresponde realizar en el marco del proceso penal de acuerdo a la Constitución Nacional.

-II-

El primero de los agravios introducidos por la defensa obliga a determinar si una imputación “alternativa”, del carácter de la dirigida contra el señor en este proceso, es legítima.

Tal como expliqué al analizar la cuestión en los precedentes “Valles” y “Suárez” –procesos n° 2161 y n° 2726 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad– (ver los votos del juez Magariños), así como también en un trabajo de doctrina (cfr. Magariños, Mario, “La legitimidad de la imputación -alternativa o subsidiaria- a una persona por un hecho delictivo principal y por el encubrimiento de ese hecho” en *Estudios sobre la Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 75-82), corresponde concluir que una imputación de esas características es contraria a la garantía constitucional que protege a los habitantes de la nación contra los actos de coacción estatal dirigidos a obtener del propio imputado el aporte de prueba en su contra (*nemo tenetur se ipsum prodere*), principio contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En este sentido, es necesario tener presente que el encubrimiento, en nuestro sistema, es un delito especial en el cual el autor aparece caracterizado “por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a [...] una institución estatal, [...] la



Administración de Justicia” (Jakobs, Günther, “El Ocaso del Dominio del Hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en *Conferencias sobre Temas Penales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 89) y, en consecuencia, como todo delito de infracción a deber, se configura cuando, sea por un comportamiento positivo o por una omisión contraria al deber, se entorpece o no se favorece, el adecuado funcionamiento de la administración de justicia en la investigación y/o persecución de un comportamiento delictivo.

Corresponde, entonces, preguntarse si un deber como el que subyace al tipo contenido en el artículo 277 del Código Penal, puede legítimamente imponerse, bajo amenaza de pena, a la misma persona a la cual se imputa haber cometido el hecho ilícito cuya investigación se pretende favorecer mediante la conminación penal prevista para el delito de encubrimiento.

Es allí cuando la garantía contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional adquiere una relevancia preponderante para definir la cuestión analizada. En este sentido, el principio al que se denomina con la expresión latina *nemo tenetur se ipsum prodere* **veda al Estado la posibilidad de ejercer cualquier tipo de coerción (sea física o moral)**, contra un individuo para obtener de él información que lo incrimine.

Por esa razón, con el fin de eliminar toda clase de coacción a la decisión de declarar que pueda adoptar una persona imputada por la comisión de un delito, se ha entendido que la plena vigencia de la regla impide exigirle juramento de decir verdad, dado que, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “tal juramento entraña [...] una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma. Pues no hay duda que exigir juramento al imputado [...] constituye una manera de obligarle, eventualmente, a declarar en su contra” (Fallos: 281:177, entre muchos otros).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 16965/2017/TO1/CNC1

Por consiguiente, resulta a todas luces evidente que la garantía en consideración impide imponer el deber que subyace al tipo contenido en el artículo 277 del Código Penal a quien se atribuye haber participado en el delito de cuyo encubrimiento también se lo imputa. Precisamente, allí reside la razón por la cual el legislador expresamente ha excluido del círculo de posibles autores del delito de encubrimiento a quienes hubieran intervenido en la realización del hecho principal, pues lo contrario importaría imponerles el deber de colaborar con la administración de justicia en la persecución y sanción del propio hecho.

Conviene, además, aclarar que la doble coerción que implica imputar o acusar a un individuo en los términos de que se trata, y con ello poner en juego la regla del artículo 18 de la Constitución Nacional, no se resuelve por la circunstancia de que el órgano jurisdiccional, al momento de decidir, pueda seleccionar una de las alternativas típicas, pues creer esto equivale a no distinguir dónde se ubica el problema que esa doble imputación, y esa doble amenaza punitiva, generan.

Precisamente, para que el órgano jurisdiccional pueda optar, al momento de resolver, es necesario que **por ambas** hipótesis típicas el individuo haya sido imputado o acusado, ya que, de lo contrario, el juzgador no se hallaría habilitado para seleccionar entre cualquiera de las dos imputaciones. Ahora bien, es esa doble acusación o imputación, sin la cual, es preciso insistir, no habría posibilidad de opción jurisdiccional, la que genera el conflicto con la regla constitucional, pues aunque se la nombre como alternativa o subsidiaria, la atribución **es conjunta**.

En otros términos, para que una persona pueda ser procesada o condenada por la comisión de un hecho ilícito principal **o bien** por el encubrimiento de ese mismo hecho, es indispensable que **por ambos** haya sido imputada o acusada, y es esa **intimación conjunta** a la cual



se la somete, bajo la doble amenaza de pena conminada para cada delito, la que genera el conflicto con el principio *nemo tenetur*, al coaccionar de ese modo a la persona por su intervención en el hecho principal y por encubrir ese mismo suceso.

Por esas razones, el requerimiento de elevación a juicio de fs. 67/69 y, en consecuencia, su lectura, como acto acusatorio indispensable para la apertura del debate (conf. artículo 374 del Código Procesal de la Nación), así como para posibilitar el ejercicio del derecho del acusado a declarar (conf. artículo 378, párrafo 1° del cuerpo legal citado) libre de cualquier clase de coerción, se encuentran en el caso insalvablemente viciados de nulidad, pues esos actos procesales fueron efectuados en circunstancias en las que se afectó el derecho del imputado a ser oído en condiciones de plena libertad.

La nulidad de la que se trata, por afectar garantías constitucionales, es de carácter absoluto (artículo 168, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación) y, en consecuencia, no puede ser subsanada (artículo 171, párrafo 1°, del cuerpo legal citado).

Por ello, resulta indiferente que al momento de formular su alegación luego de finalizado el debate oral el representante del Ministerio Público Fiscal haya optado por atribuir al señor solo una de aquellas dos imputaciones por las que, de modo conjunto, se lo acusó al inicio del juicio, esto es, por la presunta comisión del delito de encubrimiento agravado, dejando al margen recién en la instancia final del debate la primigenia imputación “alternativa” por hurto agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública, pues ello en modo alguno subsana la previa afectación del derecho a ser oído, por violación de la regla *nemo tenetur se ipsum proedere*, que se consumó, conviene reiterar, al momento de haberse formulado la acusación que dio lugar al juicio, con base en la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 16965/2017/TO1/CNC1

lectura del requerimiento de elevación en las condiciones ya descriptas.

Todo lo expuesto hasta aquí, en definitiva, demuestra que el modo en el cual se formuló la acusación dirigida al señor al momento de la apertura del debate oral y público, importó un quebrantamiento manifiesto del principio constitucional que prohíbe al estado la posibilidad de obligar a un habitante de la Nación a declarar contra sí mismo (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Por esa razón, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de fs. 67/69, de su lectura al momento de la apertura del debate (fs. 110/110 vta.), de la recepción de declaración del imputado (fs. 111/111 vta.), el alegato final (fs. 115 vta./116 vta.) y de la sentencia impugnada (fs. 118 vta./119); en consecuencia, corresponde resolver el caso mediante el dictado de la absolución del señor (artículos 168, segundo párrafo, y 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

Ello es así pues, como sostuve en los precedentes “Kahl” y “Luzarreta” -procesos n° 2775 y 3431 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23- (ver los votos del juez Magariños), a los que cabe remitirse en honor a la brevedad, la garantía que proscribe la persecución penal múltiple determina que el estado tiene habilitada una única oportunidad para lograr la condena de un ciudadano acusado de haber cometido un hecho delictivo. Si fracasa en ese intento, por razones exclusivamente imputables a los órganos estatales de persecución penal, debe resignarse a que el hecho quede impune, es decir, no puede pretender que se le conceda una posibilidad de enmendar sus errores a costa de someter al imputado a la reiteración del proceso.



Lo resuelto torna inoficioso el análisis de los demás agravios introducidos por la defensa en su impugnación.

El juez Pablo Jantus dijo:

Al integrar el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 23 de esta ciudad tuvo la oportunidad de considerar que, al no encontrarse legalmente previstas las acusaciones alternativas en el ordenamiento adjetivo, la descripción de diferentes hipótesis delictivas en el requerimiento de elevación a juicio vulnera el art. 18 de la Constitución Nacional; por lo tanto, dicho acto procesal con esas características carece de validez.

Preliminarmente, cabe señalar que al imputado _____, en el requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 67, se le imputaron alternativamente dos conductas diferentes: la sustracción de la bicicleta marca Venzo, modelo Raptor, rodado 29, nro. serie CK14010969, de color blanco con vivos rojos y negros, propiedad de Marcelino Etchegaray, que éste había dejado asegurada con una cadena de eslabones cuadrados, en el interior del predio de la facultad de Agronomía y Ciencias Veterinarias, sito en Av. Chorroarín 280, a un poste que indica las calles interiores de dicho parque, Av. De las Casuarinas y calle Del Liquidambar, el 21 de marzo de 2017, entre las 10.00 y las 10.10 hs; o la adquisición y/o recepción, a sabiendas de su procedencia ilícita con ánimo de lucro, de la bicicleta en cuestión, entre aquellas circunstancias de tiempo y las 10.45 aproximadamente, siendo advertido por el propio Marcelino Etchegaray, cuando aquél se desplazaba conduciendo su bicicleta por las inmediaciones de la Av. Warnes y las calles Trelles y Manuel Rodríguez, siendo detenido por personal policial alertado por el damnificado. Ambas conductas fueron también descriptas del mismo modo en la audiencia oral de flagrancia prevista en el art. 353 *ter* y ctes. del Código Procesal Penal de la Nación.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 16965/2017/TO1/CNC1

Si bien no encuentro obstáculos para que el juez o el fiscal, en los albores de la etapa preliminar, prevean más de una hipótesis delictiva y den al encausado la posibilidad de ser oído por cada una de ellas, lo cierto es que, esa alternativa fenece necesariamente en el momento de determinar el hecho por el que se llevará a cabo el debate.

No ignoro que parte de la doctrina entiende que es legítimo acudir a las imputaciones alternativas, cuando, como en el caso, se atribuye a una persona la posible sustracción de una bicicleta y su recepción ilegítima por haber sido detenido cuando circulaba con ella por la vía pública. En ese sentido, el profesor Julio Maier (*Derecho Procesal Penal*, tomo I, Fundamentos, Del Puerto, 1996, 2ª. edición, p. 574) señala: “Es por ello que el mejor remedio para estos –y otros casos– es acudir a la acusación alternativa o subsidiaria: ella supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cual o cuales las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida de esa forma permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa claramente como ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa”. No obstante reconocer el Dr. Maier que la posibilidad de echar mano a estas herramientas no está prevista en nuestra legislación, entiende que es posible aplicarlas porque tampoco las prohíben.

A mi modo de ver, si bien no desconozco que este tipo de mecanismo es útil para solucionar problemas como el que podía darse en autos, en el que la imputación por un delito -encubrimiento- que surgiría a partir de la aprehensión del sospechoso a bordo de la bicicleta es a su vez un elemento indiciario de la posible sustracción de ese rodado, lo cierto es que la redacción del art. 353 *quinquies* del



Código Procesal Penal de la Nación no prevé ni reglamenta la acusación alternativa de hechos.

Es razonable que sea así porque, como sabemos, esa descripción delimita el objeto del juicio y está directamente asociada al derecho de defensa. De tal suerte, introducir las vías alternativas aludidas, sin una ley que las reconozca y reglamente, produce necesariamente una seria afectación del derecho de defensa, puesto que se pone al acusado en una posición desventajosa que no está propendida por la ley. Dicho de otro modo, el encausado tiene derecho a que el Estado le explique con precisión sobre qué hecho será juzgado, para así darle la posibilidad de defenderse. Y esa facultad se vería seriamente menoscabada si a ese suceso se agregan otros posibles, que lo obligaran a multiplicar sus defensas y a utilizar argumentos que, en muchos casos, pueden ser contradictorios.

Si bien es plausible sostener que la redacción del art. 353 *quinquies* del Código Procesal Penal de la Nación por las características propias del tramitación proceso de flagrancia tiene un alcance más restrictivo que el previsto en el art. 347 de dicho ordenamiento adjetivo, dado que no exige una “relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos” sino “la descripción del hecho y su calificación legal”, es claro que la utilización de descripciones fácticas alternativas –no previstas en la ley– que permitan cubrir todas las hipótesis al acusador, opera en desmedro del derecho de defensa, puesto que obliga al imputado a ejercer múltiples argumentos que pueden llegar a ser contradictorios y generan incertidumbre sobre el curso del proceso, debilitando de ese modo su posición frente al fiscal o la querrela en un procedimiento guiado por el principio de igualdad de armas.

En consecuencia, toda vez que no se encuentran legalmente previstas las acusaciones alternativas, entiendo que la descripción de diferentes hipótesis delictivas en el requerimiento de elevación a





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 16965/2017/TO1/CNC1

juicio, en contra del art. 353 *quinquies* del Código Procesal Penal de la Nación, vulnera el art. 18 de la Constitución Nacional.

De este modo, considero que corresponde declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio y todo lo obrado en consecuencia, correspondiendo resolver el caso mediante el dictado de la absolución de _____, tal como lo propuso el colega Dr. Magariños.

En virtud de lo expuesto, el análisis de los restantes agravios introducidos por la parte recurrente resulta inoficioso.

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

Atento a que en el orden de deliberación los jueces Magariños y Jantus han coincidido en los argumentos y solución que cabe dar a los recursos presentados, he de abstenerme de emitir voto, por aplicación de lo establecido en el artículo 23, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017).

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

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **DECLARAR LA NULIDAD** del requerimiento de elevación a juicio de fs. 67/69, de su lectura al momento de la apertura del debate (fs. 110/110 vta.), de la recepción de declaración del imputado (fs. 111/111 vta.), el alegato final (fs. 115 vta./116 vta.) y de la sentencia impugnada (fs. 118 vta./119), y, en consecuencia, **ABSOLVER** al señor _____, sin costas (artículos 168, segundo párrafo, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al



tribunal de procedencia, donde deberá notificarse personalmente al imputado.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS

ALBERTO HUARTE PETITE

Ante mí:

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CÁMARA

