**STJSL-S.J. – S.D. Nº 078/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a ocho días del mes de mayo de dos mil diecinueve**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“INCIDENTE ACEVEDO CARLOS y OTROS - INCIDENTE DE CASACIÓN”* –** IURIX INC Nº 71377/1.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CARLOS ALBERTO COBO, LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión por el Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto por el condenado?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del CPCrim.?

III) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1) Que conforme luce a fs. sub 1/sub 13vta., el co-condenado, Carlos Alberto Acevedo, interpuso (y fundó) recurso de casación en fecha 01/02/2010, en contra de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Correccional y Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, dictada en fecha 21/12/2009, recaída en PEX 71377/9 *ACEVEDO, CARLOS Y OTROS DEFRAUDACIÓN,* y que en dichos autos luce a fs. 1147/1153, en la que en lo esencial y pertinente se resolvió: “*I) HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por el Particular Damnificado (Fiscalía de Estado) a fs. 1025/1036 de autos. II) REVOCAR en todos sus términos la Sentencia N° 34 de fecha 25 de Septiembre de 2007, que corre agregada a fs. 946/969 y vta. III) En su consecuencia, a) DECLARAR CULPABLES a CARLOS ALBERTO ACEVEDO, RAÚL ROBERTO GAGGIOLI, JAVIER ALEJANDRO GAGGIOLI, ALDO RAÚL GAGGIOLI, de datos y demás circunstancias personales obrantes en autos, del delito tipificado en el Art. 172 en relación al Art. 45 del Código Penal (en carácter de co-autores), y en consecuencia CONDENARLOS a sufrir la pena de TRES AÑOS de PRISIÓN EN SUSPENSO de conformidad a lo dispuesto en el Art. 26 del Código Penal, atendiendo a la falta de antecedentes y a la conveniencia de evitar penas de corta duración; accesorias de ley y costas procesales…”*

2) Dijo que en el fallo en crisis se dejó de aplicar el art. 43 de la Constitución Provincial, el art. 18 de la Constitución Nacional; el art. 8, párrafo 2°, inc. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la parte que establece que “*…la persona tiene derecho a la (…) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”;* el art. 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto aseguran el derecho a conocer debidamente la acusación, como integrativa del derecho constitucional a una defensa real; el art. 62 inc. 2° del Código Penal, que prevé la extinción de la pena por prescripción transcurrido el máximo de la pena prevista para el tipo en cuestión.

También expresó como motivo casatorio, que en el fallo se interpretó erróneamente el art. 358 del Código Penal.

Relató como antecedente que en el fallo de grado (emitido por el juzgado de sentencia) se consideró que no había elemento alguno que permitiera concluir que la acusación pudiera tener algún asidero por las figuras de los arts. 173 y 179 del código penal.

Apelado el fallo por Fiscalía de Estado, la Cámara del Crimen reencuadró los hechos y dictó sentencia de condena por la figura del art. 172 del código penal, que nunca fue objeto de denuncia, de instrucción sumarial, de acusación, de indagatoria ni de sentencia por el juez de grado, según expuso.

Al respecto, dijo que la alzada carece de facultades para reexaminar el proceso, y solo tiene competencia para determinar si la sentencia ha sido o no dictada correctamente según los tipos penales en que se subsumiera la acusación, la denuncia, la indagatoria y la sentencia de grado.

En el caso, al juez de grado no se le propuso la petición de condena en los términos del art. 172, pues la denuncia y el proceso se siguieron solo por las figuras imputadas, esto es las contenidas en los arts. 173 y 179 del código penal.

Por ello, agregó que sólo respecto de las figuras tratadas por el juez de sentencia (arts. 173 y 179 del código penal) podría haberse argüido recurso.

De otra parte, dijo que la sentencia que rechazó la pretensión punitiva por los arts. 173 inc. 8° y 179 del CP ha quedado firme, al no versar el recurso sobre el fallo dictado, sino sobre lo que le hubiera gustado plantear y no planteó oportunamente en la denuncia.

Que la alzada ha incorporado nuevas figuras penales, mediante la invocación del art. 358 del CPCrim., con lo cual ha condenado sin indagatoria, derecho de defensa, ofrecimiento de prueba, etc.

Insistió en que al no haber versado el recurso sobre lo tratado y resuelto en la sentencia recurrida, lo resuelto por el juzgado de sentencia en cuanto a la absolución quedó firme, y la condena ha sido hecha con absoluta carencia de jurisdicción. Citó jurisprudencia.

Expuso que la condena por imputaciones y figuras que nunca fueron objeto de acusación ni indagatoria viola normas constitucionales y tratados internacionales (art. 8, párr. 2°) inc. b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN. Al respecto, citó y analizó jurisprudencia de la CSJN.

De otra parte, cuestionó el alcance e inteligencia dado por la Cámara al art. 358 del CPCrim., y al respecto dijo que se impone casar esa peligrosísima y a-jurídica idea, incluso si estuviera prevista no solo para el plenario, sino también para el recurso de apelación, por afectación de normas constitucionales. Y en el acápite siguiente se pregunta ¿Cuándo se enteraría el imputado de la acusación, si el art. 358 del CPCrim. se aplica no ya para los plenarios sino para las apelaciones?

Y en cita doctrinaria afirmó que lo que no pudo ser materia de contradictorio en la instancia acusatoria, aquello que sobrevino intempestiva y sorpresivamente sin estar en el marco del enfrentamiento dialéctico oportuno, no puede ser materia de la decisión jurisdiccional, pues lesionaría las reglas de una discusión franca, convergente y sin trampas, produciendo de tal manera una verdadera emboscada procesal, realizada nada menos que por el Tribunal, una vez que ha cesado el contradictorio y la defensa no tiene posibilidad alguna de contradecir o probar al respecto.

Reclamó que por vía casatoria se fijen los límites del art. 358 del CPCrim., y afirmó que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, impidiéndole exceder los términos -pena incluida- en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse.

Precisó que en el caso las figuras tenidas en cuenta por el juez de grado son “el deudor no comerciante concursado que para defraudar hubiere cometido alguno de los actos del art. 176, o hiciese desaparecer bienes de su patrimonio” (art. 179 CP) o que “cometiere defraudación sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante” (art. 173 inc. 8 CP), en tanto que la alzada las mutó por la figura del art. 172 que prevé “el defraudar con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”.

Destacó la disimilitud de las figuras y agregó que tampoco la Cámara dijo qué hechos configuraron los supuestos del art. 172 del CP.

También reclamó se declare la prescripción a tenor del art. 62 inc. 2° del CP, con el siguiente razonamiento: si la denuncia del delito y la acusación nacen con el recurso de apelación, recordó que entonces, desde la “comisión” de los hechos imaginarios, como desde la indagatoria, han transcurrido hasta el recurso de apelación más de diez años, y si la acusación se produce “ex novo” con su interpretación en que se formaliza esta novísima imputación, entonces, producido el transcurso del tiempo desde la indagatoria hasta la acusación por vía de apelación, se ha producido la extinción de cualquier acción penal, duplicando el término máximo de la pena del art. 172 del CP, considerando que impide que se considere interruptivo de su curso el llamado a indagatoria sobre otro delito diferente al que se acusa con el recurso y se condena por la alzada.

Finalmente, hizo consideraciones acerca de la casación a la luz de extractos jurisprudenciales y doctrinarios que citó.

2) Que, ordenado y corrido el traslado al fiscal de Cámara, el funcionario solo se pronunció sobre la tempestividad de la interposición del recurso bajo análisis, cfr. foja sub 16.

3) Que a foja sub 45 y vta. se pronunció el Procurador General, quien en primer lugar dijo que los agravios del recurrente se fundan en cuestiones de neto corte procesal, porque todo el andamiaje recursivo es sostenido aduciendo que el tribunal colegiado excedió los límites impuestos por el recurso de apelación.

Al respecto, valoró que en tales términos la casación es improcedente, puesto que así lo establece el art. 429 del código procesal penal. Que en todo caso, ante la discrepancia con el fallo en cuestión por cuestiones procesales, existen los remedios acordes y específicos para tal fin, porque de lo contrario, los demás recursos existentes quedarían derogados de hecho.

Agregó sin perjuicio de lo apuntado, que la plataforma fáctica ha permanecido inalterada, con lo cual los agravios del imputado resultan a todas luces improcedentes.

Dijo que en el caso se ejerció el derecho de recurrir del particular damnificado, ante lo cual el tribunal de alzada atendió sus argumentos y revocó la sentencia e impuso una condena.

Concluyó propiciando el rechazo del recurso.

4) Que en fecha 21/02/2018, mediante una medida para mejor proveer (actuación N° 8650908) se ordenó correr traslado a Fiscalía de Estado, quién no compareció por lo que se dio por perdido el derecho no ejercido de contestar el traslado, cfr. actuación N° 9170383, de fecha 11/05/2018.

5) Que de acuerdo al orden de los cuestionamientos del epígrafe corresponde tratar en primer lugar la procedencia formal del recurso intentado, con el objeto de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley procesal vigente en punto a la admisibilidad del recurso.

En relación a ello, y del estudio de las constancias de la causa, surge que el medio recursivo intentado ha sido interpuesto y fundado en término (art. 430 del C.P.Crim), encontrándose exenta la parte recurrente del depósito conforme lo prescripto por el art. 431 del C.P.Crim.

Asimismo se observa que se ataca una sentencia definitiva, dictada por una Cámara del Crimen en una causa penal, lo que me lleva a concluir en la admisibilidad formal del recurso incoado, sin perjuicio de lo que oportunamente se dirá sobre el cuestionamiento de normas procesales.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1) El recurso de casación ha sido definido, como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Sin perjuicio de ello, con el alcance del nuevo recurso de casación surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “Casal Matías Eugenio”, del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22), y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia, para que un tribunal superior revise integralmente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

La Corte, remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (art. 456 en la Nación, arts. 428/429 Cód. Procesal Criminal Provincial), no restringe el alcance de la casación, entendida de este modo, sino que había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad sino que estableció cual era el criterio con que debe ser interpretada.

2) Sentado lo anterior, desde ya adelanto que comparto lo dictaminado por el Procurador General, quien propició el rechazo del recurso por no encontrar lesionados los derechos invocados por el recurrente, a causa de que la plataforma fáctica a partir de la cual se lo acusó ha permanecido esencialmente inalterada.

Se tiene dicho que el llamado principio de congruencia deriva de la garantía de defensa en juicio establecida en el art. 18 de la C.N., y exige que medie correlación o identidad entre el hecho imputado, en las sucesivas etapas procesales y el establecido en el veredicto y la sentencia, para así evitar la sorpresa procesal que supondría la alteración de la plataforma fáctica al momento de sentenciar, y con ello, el perjuicio que tal circunstancia supondría para las posibilidades de defensa.

Para ello, es condición que se trate del mismo hecho o plataforma fáctica, de lo contrario, dice el art. 358 del C.P. Crim. en su último párrafo, que *“si resulta del debate que el hecho* ***es distinto*** *del enunciado en tales actos, el Tribunal dispondrá la remisión del proceso al Ministerio Fiscal”*. (STJSL-S.J. SD Nº 42/17 de fecha 19/04/2017 “VOGEL JONATAN LUCAS s/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD y NULIDAD – RECURSO DE QUEJA”, Expte. Nº 18-V-2003.) PEX Nº 99350/11. El subrayado es propio.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió en el fallo “**Fermín Ramírez vs. Guatemala**” (sentencia del 20/06/05) y entendió, que en el caso el Tribunal había resuelto afectando la congruencia. Así, determinó que la incongruencia se produjo cuando el Tribunal en la sentencia cambió la calificación jurídica del delito **y dio por establecidos hechos y circunstancias nuevos**, que no habían sido considerados en la acusación ni en el auto de apertura a juicio.

Cabe recordar, siguiendo autorizada doctrina, que la congruencia importa la correlación entre la imputación y el fallo. En palabras de Maier, *“la reglamentación rigurosa al derecho a ser oído (…) no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia solo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído;* ***ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia****.”* (MAIER, Julio B.J *Derecho Procesal Penal, Fundamentos,* Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires 1996, 2º edición, T.I, Pág. 568).

Sin embargo, para que el defecto de información que se invoca en autos pueda cobrar operatividad en esta instancia y, en consecuencia, sea susceptible de ser casado por este Tribunal, corresponde verificar si el déficit de información existe verdaderamente y, en su caso, si provocó un verdadero perjuicio y cercenamiento al derecho de defensa en juicio.

Sentado lo anterior, puede advertirse desde el inicio de las actuaciones procesales que los hechos objeto de investigación siempre fueron los mismos, tal como puede verse desde la denuncia de fs. 1/18, ratificada y ampliada a fs. 20/21, a foja 71 y vta. y 333/336vta., que junto con el resto de la prueba producida fue puntillosamente tenida en cuenta en la requisitoria fiscal de fs. 427/437vta.

La base fáctica que surge de las piezas señaladas, es aquella sobre la que en definitiva falló la Cámara al resolver la apelación a fs. 1147/1153, sin que la misma resulte variada en lo más mínimo, tal como puede verse en la descripción hecha a partir de foja 1149vta. 3° párrafo hasta foja 1151 2° párrafo inclusive.

De otra parte, tampoco se advierte que se haya privado al imputado -luego condenado- de la posibilidad de defensa, puesto que en la sentencia condenatoria no se alteraron los hechos denunciados e investigados que conformaron el aspecto fáctico del proceso, respecto de los cuales los imputados tuvieron amplio ejercicio del derecho de defensa.

Además, teniendo toda posibilidad de hacerlo, el condenado recurrente no ha mencionado cuáles habrían sido las defensas que no puedo oponer o que se le privó de esgrimir en relación a lo resuelto en la sentencia de Cámara, por lo que no puede aceptarse que se haya frustrado de algún modo sus posibilidades de defensa, por lo que es de aplicación lo dicho por la Corte Suprema en “Sircovich” (*Fallos* 329:4634) en cuanto expresó que: “*…el cambio de calificación adoptado por el Tribunal será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensista del acusado, impidiéndole formular sus descargos…”*

Prueba de ello, insisto, es que a lo largo del escrito recursivo el recurrente se ha limitado a decir que se ha vulnerado su derecho de defensa, sin especificar en concreto, ni siquiera ejemplificativamente, qué defensas se vieron frustradas por el cambio de calificación.

Lo dicho sobre la permanencia inalterada de la base fáctica sobre la que se acusó y finalmente se condenó, hacen improcedente las consideraciones sobre la prescripción del delito, que se basa en que el llamado a indagatoria se hizo sobre otro delito diferente al que se acusa con el recurso de apelación (*sic*), y por el que condenó la Cámara.

De otra parte, le asiste razón al Procurador General en cuanto advierte la improcedencia del recurso de casación en relación al artículo 358 del CPCrim., ya que el mismo cuerpo adjetivo establece en el art. 429, que el recurso de casación “*No podrá fundarse en violaciones a normas procesales”*. En todo caso, los reparos sobre dicha disposición debieron canalizarse a través de otros remedios recursivos.

En consecuencia, como se dijo, los hechos materia de imputación fueron descriptos en su totalidad desde el inicio de la causa. Por ende, la sola circunstancia de haberse registrado, durante la marcha del proceso, distintos juicios de subsunción sobre el mismo universo fáctico de imputación, no implicó un estado de indefensión para con el imputado, que siempre contó con amplias posibilidades de defensa.

En consecuencia, de conformidad con lo dicho por el Procurador General se impone el rechazo del recurso.

Por todo ello, VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIONES por la NEGATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en las anteriores cuestiones, corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Costas al recurrente vencido. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, ocho de mayo de dos mil diecinueve.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto.

II) Costas al recurrente vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*