



Cámara Federal de Casación Penal

Registro Nro.: 1589/2024

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 5 días del mes de diciembre del año dos mil veinticuatro, se reúnen los señores jueces de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal doctores Carlos Alberto Mahiques, Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por el Secretario Actuante, para resolver en la causa **FBB 13552/2018/TO1/9/CFC1** del registro de esta Sala, caratulada: **"Cantaro, Alejandro Salvador s/recurso de casación"**. Representa al Ministerio Público el señor Fiscal General doctor Mario Alberto Villar; en tanto que los doctores Luis María Esandi y Andrés Bouzat asisten técnicamente a Alejandro Salvador Cantaro.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Javier Carbajo, Carlos Alberto Mahiques y Gustavo M. Hornos.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor juez **Javier Carbajo** dijo:

PRIMERO:

1. Llega la causa a conocimiento de esta Alzada a raíz del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, en cuanto dispuso: **"1.1. DECLARAR LA NULIDAD DE LA ACUSACIÓN FISCAL por haber violado el principio de congruencia procesal y, en consecuencia, el derecho de defensa en juicio (arts. 166, 167**



inc. 3 del CPPN y art. 18 de la CN). **1.2. ABSOLVER** a Alejandro Salvador Cantaro, (...), en orden a los hechos calificados por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio (...) como constitutivos de los delitos de incumplimiento de los deberes como funcionario público (art. 248 del Código Penal, en función de la obligación establecida en el art. 177 del Código Procesal Penal) y encubrimiento agravado por haber asistido a Facundo Texido y a Sebastián Gauna San Millán a eludir la investigación de un delito especialmente grave, siendo funcionario público (art. 277, inc. 1, apartado “a” e inc. 3, apartados “a” y “d” del Código Penal) en calidad de autor material penalmente responsable (art. 45 del CP) como cometido en un período de tiempo al menos comprendido entre los días 22/3/2017 y 14/4/2018 por los que no mediara acusación fiscal (art. 402 del CPPN)...”.

2. La impugnación fue concedida por el a quo y mantenida en esta instancia.

3. Descripción de los agravios.

En su impugnación, el Ministerio Público Fiscal se agravió de la sentencia absolutoria.

Comenzó indicando que “[l]os jueces que integraron el Tribunal Oral Federal bahiense, para emitir tal decisión absolutoria, se valieron de una presunta trasgresión al principio de congruencia, tergiversando tanto su alcance -aplicando de manera errónea el precepto- como las constancias obrantes en el caso, provocando desaciertos y omisiones de gravedad extrema, a causa de las cuales el pronunciamiento no puede adquirir validez jurisdiccional”.

En su exposición, el recurrente hizo mención a que Cantaro [por entonces Fiscal General del fuero Federal de Bahía Blanca] se encontraba imputado por favorecer a una organización narco-criminal cuando él, por su cargo, estaba encargado de





Cámara Federal de Casación Penal

perseguir tales delitos. En ese contexto, el impugnante hizo un detalle de las causas que tenían conexión con la presente, dando las razones por las cuales consideró que debían ser tenidas en cuenta a la hora de ponderar lo sucedido en este debate. De la misma manera realizó un profuso desarrollo de lo actuado por la Fiscalía en esta causa, de las diligencias llevadas a cabo, las demoras jurisdiccionales en que se habría incurrido, como así también de las medidas de prueba propuestas por esa parte para determinar la verdad de lo sucedido, y que fueron desechadas por el tribunal de grado, detallando la suerte de las incidencias que a partir de ello se formaron; cuestiones todas estas en las se ponía en evidencia que Alejandro Cantaro era consumidor de estupefacientes, suministrados por los traficantes con los que colaboraba y, que por ende, en su rol de Fiscal General Federal, no se limitó a encubrir a la organización denominada "*Narcochetos 2*" e incumplir los deberes a su cargo, sino antes bien a participar en sus actividades.

Más allá de los pormenores del caso y las incidencias generadas en la tramitación del legajo, el impugnante intentó demostrar en su escrito que el supuesto de autos "*...se trató de un juicio justo en el que no se trasgredió la plataforma fáctica ni el derecho de defensa de Alejandro Cantaro*".

En esa tarea, el Fiscal recordó el hecho que le fuera imputado a Cantaro en su indagatoria y en el requerimiento de elevación a juicio, comenzando por destacar que respecto al hábito temporal se consignó que la conducta del encausado se llevó adelante durante "*...un período de tiempo al menos comprendido*



entre los días 22/3/2017 y 14/4/2018”. Dijo que la utilización de la frase “al menos” no significa necesariamente que “...el evento criminal ocurrió únicamente entre esos días fijados”.

Sobre este punto, señaló que “...parte de la información obtenida en la instancia de juicio permitió conocer y corroborar que efectivamente, los sucesos que implicaban a Cantaro se extendían más allá de ese recorte de tiempo”, pero que para no afectar la congruencia en su alegato “...todo aquello que fue encontrado con posterioridad a ese período fue valorado al momento de mensurar la pena, pero no como parte de los hechos endilgados”.

Por otra parte, explicó que en la imputación consignada en el requerimiento de elevación a juicio se le atribuyó a Cantaro que “había ayudado” a los imputados de la causa 9736/2016 conocida como “Narcochetos 2”, “y en particular” a su sobrino Gauna San Millán y al amigo de este Facundo Texido. Es decir que, según su modo de ver, la utilización del término “en particular”, indicaba que el fiscal de primera instancia le achacó “...claramente que ayudó a todos o al menos a algunos más, pero (...) que ayudó (...) particularmente a su sobrino (...) y a su amigo (...)”; de allí que “contrariamente a lo que interpretaron los jueces la acusación fue precisa: ayudó a todos, pero especialmente a unos más que otros”.

En este marco, se quejó porque “...los jueces pretendieron reducir al hecho como que esto se trató de una ayuda o un mero encubrimiento que Cantaro les dio a dos adictos de su entorno familiar: su sobrino Gauna San Millán y su sobrino putativo Texido. De ese modo, trataron de explicar que el suscripto extendió la ayuda más allá de lo establecido en la conducta. Sin embargo, la descripción a lo largo del proceso es clara y siempre se le endilgó a Cantaro que ayudó a todos, aunque especialmente a dos de ellos (Gauna San Millán y Texido)”.





Cámara Federal de Casación Penal

En otro orden de ideas, el impugnante explicó cuál es el alcance del término "ayuda" que había sido incluido a lo largo de todas las imputaciones formuladas a Cantaro en el proceso, a fin de demostrar que bajo ese concepto quedaba incluida la participación que le adjudicara en su alegato y, por ende, que la congruencia en el caso no había sido vulnerada.

Al respecto, sostuvo que *"ayudar, según la propia Real Academia Española significa: como verbo transitivo 'prestar cooperación' y/o 'auxiliar, socorrer'. Y, como verbo pronominal, refiere 'hacer un esfuerzo, poner los medios para el logro de algo' y/o 'valerse de la cooperación o ayuda de alguien'".*

El recurrente señaló que si bien la cooperación puede ser de lo más diversa, la descripción fáctica que se le hizo saber a Cantaro fue que ayudó para que los "Narcochetos2" eludieran las investigaciones y se sustrajeran de la acción que se llevaba a cabo en la justicia federal de Bahía Blanca. Concretamente, añadió que Cantaro los ayudó *"[a]visándoles que intervinieron sus teléfonos celulares (se verá que los imputados comenzaron a tomar precauciones) y que los allanarían (las comunicaciones arrojaban gran cantidad de estupefacientes y cuando los allanaron no les encontraron nada). Y en lo que hace específicamente a Gauna San Millán, haciendo lo imposible para que la investigación no avanzara a su respecto y demoraran las medidas tendientes a establecer su conexión con la banda, en especial, su interceptación telefónica, que fue lo que finalmente sucedió..."*.

Dijo que esa ayuda no es una simple omisión y que esa cooperación fue contemporánea al curso de la investigación



mientras la banda seguía operando. Por ello, añadió que no se trató de un mero encubrimiento, sino de una participación en la actividad principal, aclarando que los hechos siempre estuvieron contenidos en las intimaciones cursadas a Cantaro.

En este último sentido, expuso entonces que más allá de la divergencia sobre la calificación legal, hay una reconstrucción sobre lo ocurrido que fue común a todos los operadores judiciales.

Destacó en esa línea que *“Alejandro Cantaro, siendo fiscal de la ciudad de Bahía Blanca, conocía que su sobrino (Gauna San Millán), el amigo (Texido) y otros tantos se habían organizado para comercializar estupefacientes”* y que esa ayuda la desplegó para abastecerse *“...de los estupefacientes que los propios ‘Narcochetos 2’ le brindaban”*.

Añadió que *“la información que aportó [Cantaro] mientras ellos vendían en las fiestas electrónicas es lo que permitió que tomaran recaudos en sus conversaciones telefónicas; no tuvieran gran cantidad de material estupefaciente el día que los allanaron -que si se contraponen con sus conversaciones telefónicas no tiene sentido el hallazgo exiguo- y, a su principal protegido [Gauna San Millán], le dio la posibilidad de eludir la investigación fugándose a la provincia de Córdoba”*.

Señaló que *“la recolección de prueba durante la instrucción, más aquella que se sumó durante el debate, no dieron lugar a dudas. De todas las alternativas que la plataforma fáctica contempló, la única posible era aquella que describía a Cantaro como un colaborador necesario activo en la banda ‘Narcochetos 2’”*.

Agregó en tal sentido que fue *“tan abrumadora la prueba que demuestra que Cantaro fue partícipe necesario de los hechos de narcotráfico de los Narcochetos al tiempo en que estos*





Cámara Federal de Casación Penal

se cometían y no después, que no había posibilidad siquiera de formular una acusación alternativa por otra calificación”.

Y dijo que “mi descripción del hecho fue tan amplia y abarcadora de las acciones principales concretadas e imputadas durante el proceso, que de no haberlo considerado de ese modo los jueces del Tribunal Oral podrían haber calificado el hecho como se les diera la gana, en aplicación de lo normado por el art. 401 primer párrafo del CPPN”; sin embargo “...no lo hicieron” y “[o]ptaron por acudir a la nulidad de mi alegato por estar, evidentemente, en descuerdo con la calificación legal escogida”.

Para demostrar el tenor de sus afirmaciones, el recurrente efectuó un recuento de las pruebas (particularmente conversaciones captadas e informes de las fuerzas de seguridad) y de los distintos actos procesales relevantes producidos en la instrucción; todo ello para señalar cómo fue el real alcance que a su criterio tuvo la conducta de Cantaro y que lo ubica como partícipe en la banda mencionada.

Acto seguido, el Fiscal hizo referencia a las pruebas ponderadas en su alegato -formulando un detalle minucioso- y puso de manifiesto que la defensa tuvo pleno acceso a dichas piezas de convicción, incluida las cuestiones suscitadas en la instrucción suplementaria y también durante el propio debate, aclarando que todas las probanzas fueron conocidas por la asistencia técnica de Cantaro, quien además pudo proponer peritos de parte cuando lo estimó necesario, de modo tal de descartar, a su modo de ver, cualquier lesión al derecho de defensa en juicio.

De este modo, el impugnante expresó que pretendía



“...ilustrar el caudal probatorio con el que se contaba desde un comienzo y para evidenciar la trazabilidad, es decir, la correspondencia a lo largo de todo el proceso tanto de la prueba como del hecho imputado”, añadiendo que “ninguna de las conclusiones a las que arribara [en el alegato] excedieron el objeto procesal”.

Luego de ello, dicha parte dio las razones por las que consideró que la conducta de Cantaro era constitutiva de una participación necesaria en la actividad de tráfico de estupefacientes llevada adelante por la banda “Narcochetos”.

Específicamente señaló que Cantaro *“en su calidad de funcionario público del MPF, aprovechándose de tal condición y abusándose ilícitamente de ella, llevó adelante distintas maniobras, con el objeto de alertar en forma permanente a los ahora condenados de la causa Narcochetos 2”,* ello a fin de que *“eludieran el accionar de la justicia, no fueran descubiertos en sus quehaceres delictivos vinculados al tráfico de estupefacientes y pudiesen continuar con sus maniobras, entre ellas seguir suministrándole para su consumo personal”.*

Añadió que la prestación de Cantaro en los términos del art. 45 del CP *“...en este caso era clara... conocía y permitía que comercializaran estupefacientes -proveyéndoles información y entorpeciendo la investigación emprendida para descubrir su accionar- a cambio de provisión de estupefacientes”;* es decir que si bien Cantaro *“...no era parte de la comercialización de estupefacientes (...) su incidencia era determinante para que operaran sin ser descubiertos”.* Se trató, a su criterio, de una complicidad sin la cual el hecho no habría podido consumarse o continuarse.

Destacó precisamente en esa línea, que las conductas





Cámara Federal de Casación Penal

de Cantaro "...fueron contemporáneas a la comercialización de estupefacientes, procurando con ello, no sólo que fundamentalmente Gauna San Millán no fuese descubierto, sino, sobre todo que éste, Texido y el resto de la organización mantuvieran sus actividades, para satisfacer su condición de consumidor".

Añadió que la ayuda de Cantaro "estuvo atravesada principalmente por anunciarles que los estaban escuchando en sus conversaciones telefónicas" y particularmente "...a Gauna San Millán, además de eso, le avisó del allanamiento el cual pudo eludir satisfactoriamente". Amén de la fuga de Gauna San Millán, señaló que se vieron mermados los resultados de los secuestros de material estupefacientes, haciendo que los integrantes de la banda, se sintieran protegidos e impunes, más cuando podrían existir otros funcionarios implicados.

Todo ello, a criterio del Fiscal, fundó la participación necesaria de Cantaro en el delito de comercio de estupefacientes que llevaban adelante "los Narcochetos 2" y por ello así lo acusó en su alegato.

En este marco, explicó el recurrente, que entonces "...este MPF no modificó la plataforma fáctica ni tampoco describió o introdujo conductas nuevas", sino que simplemente "...se prescindió en la coincidencia relativa a la calificación legal (...) en cuanto se le endilgó a Cantaro un encubrimiento" pues a su juicio "la sumatoria de los eventos y medidas reunidas no dejaron margen de dudas de que fue una participación primaria sobre la comercialización [de estupefacientes] de los Narcochetos2"



De allí que el impugnante sostuviera que en su alegato *“...si bien se modificó el encuadre legal, los hechos de ningún modo se vieron alterados”* como así también que *“...no fue necesaria una acusación alternativa(...) porque los hechos siempre fueron los mismos”*.

Añadió que Cantaro siempre *“tuvo que explicar el tipo de vínculo que tenía con los imputados mientras estos comercializaban”* y también *“...las conversaciones que mantuvo”, “lo que da cuenta de cómo diagramó su defensa”,* siendo que *“...el alegato final defensor cubrió todos los frentes”*.

En suma, dijo que *“todo lo que se imputó originalmente, formó parte del alegato y lo que yo hice fue mutar su significación jurídica”* y que *“no hubo sorpresas”* como así tampoco existió un *“retiro de la acusación”* como erróneamente dijo el tribunal oral.

Agregó que tampoco se modificaron los hechos cuando en su alegato hizo referencias a otras personas investigadas en instrucción que habrían sido las que facilitaban la información que Cantaro le pasaba a los Narcochetos, pues también *“Cantaro siempre fue intimidado sobre eso”*.

Se agravió al decir que *“...en el entendimiento de que este caso no tuvo una mutación en su objeto procesal, considero entonces que el tribunal, a diferencia de su postulado, sí estaba en condiciones de proceder de conformidad con el art. 401 del CPPN”,* es decir, de cambiar la calificación y condenar, pues esto es posible siempre *“que la sentencia recaiga sobre los mismos hechos investigados durante todo el proceso”* como efectivamente pasaba en estas actuaciones.

Se quejó de que el tribunal recurriera al fallo “Sircovich” de la CSJN para nulificar su alegato, pues a su criterio y a diferencia





Cámara Federal de Casación Penal

de lo ocurrido en aquel precedente, *"aquí el cambio de calificación jurídica, propuesto por el Ministerio Público Fiscal, (...) no representó una sorpresa para el imputado"*.

Asimismo, remarcó la improcedencia de aplicar el art. 381 del CPPN a este caso y también dedicó parte de su recurso a cuestionar ciertas alegaciones del tribunal que consideró excesivas e impropias para una sentencia judicial.

Por otra parte, se agravió de lo dispuesto por el tribunal en cuanto a qué luego de absolver al encausado, puso en conocimiento lo resuelto al Fiscal General de la instancia a fin de que se evalúe investigar la posible participación de Cantaro en las actividades de comercialización de estupefacientes y la contribución prestada al nombrado de parte de la Gendarmería Nacional, la Fiscalía Federal 1, el Área de Delitos Complejos y otros posibles partícipes de la Fiscalía General; todo ello bajo la excusa de que estos extremos constituían un hecho independiente.

En este punto, el recurrente puso de manifiesto que avalar esta decisión -y siempre que quedara firme la absolución aquí analizada- implicaría un riesgo de producirse una lesión al *ne bis in idem*, pues se investigaría a Cantaro por la misma conducta por la que fue realizado el debate.

En definitiva, por todo ello, entendió que la sentencia que absolviera a Cantaro debe ser anulada y que correspondía dictar una nueva conforme a derecho.

Hizo reserva del caso federal.

4. En la oportunidad prevista por el art. 466 del C.P.P.N., únicamente se presentó el señor Fiscal General ante esta



instancia doctor Mario A. Villar, solicitando se haga lugar al recurso interpuesto por su par de la instancia anterior y, en consecuencia, se anule el fallo puesto en crisis.

5. Superada la etapa prevista en el artículo 468 del CPPN (oportunidad en la que la defensa presentó breves notas), las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

SEGUNDO:

Considero que el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal resulta formalmente admisible, pues del estudio de las cuestiones sometidas a escrutinio surge que los agravios planteados encuadran en los motivos previstos por ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N. y la sentencia impugnada es de aquellas previstas en el art. 458 ibidem.

La parte se encuentra legitimada para así hacerlo (art. 458) y su presentación cumple con los requisitos formales de temporaneidad y fundamentación previstos en el art. 463 del citado digesto formal.

1. Que previo a comenzar con el análisis del caso sometido a conocimiento de esta Sala, conviene recordar brevemente los hechos atribuidos a Cantaro en esta causa y cómo fueron calificados en el requerimiento de elevación a juicio y en el alegato final producido en el debate; para luego memorar los argumentos expuestos por el tribunal de grado para disponer la absolución del nombrado relacionados con la afectación al principio de congruencia que consideró acreditada, justamente, por una supuesta divergencia en las acusaciones fiscales producidas en la encuesta.

El somero repaso de los tópicos referenciados permitirá ceñirse al estudio específico de la cuestión sustancial controvertida





Cámara Federal de Casación Penal

en autos.

2. En el marco de las presentes actuaciones, básicamente, a Alejandro Cantaro, por entonces Fiscal General Federal de la Ciudad de Bahía Blanca, se le atribuyó, en un período de tiempo al menos comprendido entre los días 22/3/2017 y 14/4/2018, haber ayudado a la banda denominada "Narcochetos2", *imputados del expediente nro. FBB 9736/2016* (en particular, a Sebastián Gauna San Millán -su sobrino- y a Facundo Texido) a eludir las investigaciones y sustraerse de la acción que se llevaba a cabo desde la sede del Juzgado Federal 1 y la Fiscalía Federal nro. 1, ambas de Bahía Blanca, así como también, en su carácter de Fiscal General, no haber denunciado la perpetración de los delitos allí investigados al tomar conocimiento de su comisión.

Estos eventos, fueron calificados en el requerimiento de elevación a juicio como constitutivos de los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del CP, en función de la obligación establecida en el art. 177 del CPP) y encubrimiento agravado por haber asistido a Texido y a Gauna a eludir la investigación de un delito especialmente grave, siendo funcionario público (art. 277 inc. 1º, apartado "a" e inc. 3º, apartados "a" y "d" del CP).

En ese marco, y en dicho contexto, se celebró el juicio oral, público y contradictorio ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca.

En oportunidad de formular su alegato al término del debate, el fiscal de juicio entendió que esas conductas atribuidas a Cantaro debían ser calificadas como una participación necesaria en



el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercio -actividad desplegada por la banda "Narcohetos2"- agravada por su condición de funcionario público encargado de la prevención de tales delitos (arts. 5 inciso "c" y 11 inciso "d" de la ley 23.737 y art. 45 del CP).

3. Clausurado el debate y al momento de dictar sentencia, el Tribunal resolvió declarar la nulidad del referido alegato, al entender que se había violentado el principio de congruencia y, en base a tal decisión, dispuso la absolución del encausado por falta de acusación válida.

Para resolver de esa manera, el *a quo* comenzó recordando los términos en que Cantaro fuera indagado, procesado y requerido a juicio, para luego concluir que en el alegato de la acusación existió una mutación de la base fáctica que afectaba la congruencia que debe existir entre las piezas medulares del proceso.

Concretamente, se dijo que Cantaro había sido requerido a juicio en orden a la comisión de los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público y encubrimiento agravado por haber ayudado a Gauna San Millán y Texido a eludir la investigación de un delito especialmente grave, siendo funcionario público, en calidad de autor; pero que al momento de alegar durante la discusión final, el representante del Ministerio Público Fiscal se apartó del juicio de normatividad jurídico penal realizado en dicho requerimiento, atribuyendo a Cantaro el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercialización agravada por su condición de funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos de la ley 23.737 en calidad de partícipe necesario.





Cámara Federal de Casación Penal

En este marco, el tribunal entendió que al variar la norma seleccionada, el Fiscal de juicio afectó el sustrato fáctico de la imputación pues, a su criterio, no se trató de un mero cambio de calificación legal, sino de una mutación sorpresiva de los hechos, al decir que cada grupo de los tipos penales en juego describen y exigen conductas diversas.

En ese orden, el sentenciante, en distintos acápites del fallo, procuró brindar las razones para acreditar esta afirmación, que sucintamente corresponde reproducir.

En primer término, dijo que en el caso bajo examen, conforme la reseña de los actos persecutorios esenciales, *"...el Fiscal de la instrucción consideró que el imputado debía ser llevado a juicio exclusivamente en orden a los delitos de incumplimiento de los deberes como funcionario público, en su modalidad omisiva, y encubrimiento agravado"*, quedando a criterio del tribunal descartada *"...la intervención de Cantaro en el hecho de comercialización de estupefacientes por el cual el 4/2/2020 fueron condenados en juicio abreviado los Narcochetos 2, en particular, Facundo Texido (Sebastián Gauna recién fue habido el 3/11/2020), pues, del propio contenido de dicho acto procesal, se advierte que el Fiscal no formuló ninguna hipótesis posible de acusación subsidiaria o alternativa"*.

De esta manera, el a quo entendió que *"...asiste razón a la defensa en cuanto a la irregularidad detectada en la acusación del Fiscal puesto que (...) bajo el argumento de un cambio en la significación jurídico penal mutó el sustrato fáctico en base al cual el imputado venía siendo juzgado"*.



En esa línea se añadió que “...el Fiscal de juicio al momento de formular su alegato de cierre, esto es, en un momento no autorizado, introdujo una hipótesis alternativa y excluyente de la contenida en la acusación originaria, abandonando el hecho, como objeto del proceso, sobre el cual se estructuró la intimación verificada al comienzo del debate y todo el desarrollo de éste (defensa material, técnica y producción de prueba)”.

Así, el tribunal puntualizó que “el acusador, al momento de alegar sobre los hechos probados esto es, en su última oportunidad para expedirse, sorpresiva e intempestivamente renunció a [la] pretensión fiscal originaria y formuló una acusación inédita encuadrando la conducta reprochada a Cantaro como constitutiva de participación necesaria en el delito de tráfico de estupefacientes (...) dejando huérfano de contenido al debate y también a la acción penal sobre la cual se cimentó”.

Continuando con su argumentación, el tribunal expuso que “aunque gran parte del alegato y de la réplica de la Fiscalía fueron orientados a resaltar que la acusación y la prueba siempre estuvieron circunscriptos al período objeto de imputación y a la modalidad comisiva indicada en la requisitoria de elevación a juicio lo cierto es que, en paralelo, reconoció: a) haberle otorgado al término ‘ayudo’ otra interpretación a la allí plasmada: b) que si bien en el debate pudieron descubrir que la ayuda activa prestada por Cantaro había tenido un principio de ejecución anterior y una culminación posterior de hasta dos años del tramo originariamente investigado y atribuido, tales acciones previas y posteriores sólo las ponderaría como elementos agravantes del tipo atribuido (...); c) la intervención directa de otras personas que suministraron información a Cantaro, contribuyendo con su obrar ilícito (...); extremos que, según el modo de ver del sentenciante, excedían la





Cámara Federal de Casación Penal

plataforma fáctica por la cual se había efectuado la requisitoria de elevación a juicio.

En este marco, los jueces sostuvieron que no era factible imputarle a Cantaro una participación necesaria en el delito de comercio de estupefacientes agravado por su condición de funcionario público, pues *"...el sustrato empírico que encierra el nuevo juicio de subsunción jurídico penal de la tesis del fiscal no sólo no se encuentra contenido en la requisitoria de elevación a juicio sino que resultó excluyente e incompatible con aquella"*.

En este punto, se hizo hincapié en la circunstancia de que el delito de encubrimiento exige para su tipicidad la no participación del encubridor en el delito previo, cuestión que se había descartado en el requerimiento de elevación a juicio y por ende no podía ser propuesta por parte del acusador en el alegato final, pues *"la participación y el encubrimiento son dos títulos incompatibles entre sí"*.

Así, tras realizar citas de doctrina sobre este punto, el tribunal dijo que *"si trasladamos las consideraciones normativas realizadas, propias de las teorías de autoría y participación en materia penal, a la nueva imputación formulada por el Fiscal de juicio, Cantaro ya no habría ayudado a los 'Narcochetos 2' y en particular a Sebastián Gauna y a Facundo Texido a eludir la investigación de un hecho delictivo de comercialización de estupefacientes en el que Cantaro no formaba parte; por el contrario, Cantaro habría desplegado actos de organización coordinadamente orientados con los 'Narcochetos2' para la*



concreta realización típica que importa la comercialización de estupefacientes reprimida por la ley 23.737”.

De lo anteriormente expuesto, el tribunal señaló que, a su criterio, resultaba *“...evidente que sin una acusación alternativa válidamente formulada el suceso descrito en la requisitoria de elevación a juicio estructurado bajo la aserción del término ‘ayudó’ -en concordancia con el hecho atribuido en la indagatoria- no puede ser empleado para atribuir ese tramo fáctico constitutivo de un hecho de complicidad en el tráfico de estupefacientes; no surgen (ni siquiera se puede inferir) los elementos que involucran el injusto de la participación”.*

Explicó el sentenciante que una debida imputación a título de participación activa en una banda de comercialización de estupefacientes, cuanto menos, debió hacer expresa referencia a su contribución congruente con el *“hecho de comercialización de estupefacientes de la organización investigada”*; extremo este último que no ocurrió durante la instrucción y que no se encuentra comprendido en el concepto de *“haber ayudado”*, tal como le fuera intimado a lo largo del proceso a Cantaro.

Asimismo, el *a quo* agregó que incluso *“el acusador al alegar sobre el nuevo encuadre legal que asignó a la conducta reprochada a Cantaro además de dar cuenta del diferente ‘supuesto de hecho’ que configura la tipicidad del delito de encubrimiento respecto del injusto típico de la participación, fundamentó lo desacertado del encuadre de encubrimiento en virtud del periodo imputado a Cantaro”.*

En ese sentido, se indicó que el Fiscal de Juicio para imputar la participación necesaria de Cantaro en los hechos de narcotráfico de la banda de los *“Narcochetos 2”*, expuso que su ayuda había sido concomitante con el período de actuación de





Cámara Federal de Casación Penal

dicha organización y que por ende no era un encubrimiento, sino una participación necesaria porque no existía posibilidad de que nos encontremos frente a un suceso de encubrimiento posterior a la comisión de los hechos delictivos en la causa Narcotráfico 2. Sin embargo, el tribunal entendió que ello era incompatible con lo oportunamente expuesto por el Fiscal Azzolin en el requerimiento de elevación a juicio donde estructuró la imputación como un encubrimiento y no una participación, y sabiendo incluso que los imputados en la causa "Narcochetos 2" ya habían sido condenados nueve meses antes de formular su requisitoria.

En esa línea, se dijo que "[l]a improcedencia de la permuta propiciada por el Fiscal de juicio se agrava tras la consideración que se dota de un contenido más gravoso a ese 'ayudó' pues fue categórico en su alegato al reiterar que en realidad no solo Cantaro favoreció el accionar de la banda 'Narcochetos 2' en el sentido de que no fue 'el único proveedor de la información' toda vez que a su entender la triangulación se verificó entre Cantaro, la Fiscalía Federal n° 1 (en particular, respecto de los Fiscales Castaño - Murillas) y subprefecto Zampa de la Prefectura Naval Argentina". Extremos estos, según el tribunal, ajenos a la imputación originaria.

Por otra parte, el tribunal refirió, en relación al incumplimiento de los deberes de funcionario público, bajo la modalidad omisiva del art. 248 del CP, que "[t]ambién en relación a esta figura se verifica la relación autoexcluyente con la tipicidad sobre la cual se edifica la nueva acusación del fiscal" pues "...la obligación de denunciar que impone el art. 248 del CP, a cargo del



sujeto obligado, queda descartada si es el propio autor o partícipe del hecho ilícito no denunciado, puesto que el deber de denunciar no puede contradecir el principio de que nadie está obligado a declarar contra uno mismo”.

En el plano de la tipicidad subjetiva, el tribunal apuntó sobre la incompatibilidad que existe entre la complicidad y el encubrimiento, indicando que “...el grado de previsión que autoriza la imputación dolosa bajo el título de la participación exige comprobar un grado de previsión o de representación compatible con la creación de un aporte de riesgo de adaptación, mantenimiento o refuerzo al delito principal, pues ello es lo que brinda razón para que ése se le impute como ‘propio’; la figura de encubrimiento, en contraposición, demanda que el encubridor sepa que realiza un aporte de riesgo en sentido diverso al del delito previo en el que no participa”.

Asimismo los jueces pusieron de manifiesto “...las diferencias de contenido (fáctico y normativo) entre las figuras penales en juego”, concretamente, por “la falta de homogeneidad del bien jurídico supraindividual tutelado (la salud pública en el caso del delito de tráfico de estupefacientes, la administración de justicia, en el encubrimiento y la administración pública en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos) y en el disvalor que pretende integrar el margen punitivo aplicable”.

Continuando con la exposición de fundamentos y siempre en el afán de demostrar la afectación a la congruencia, el tribunal, en un acápite específico, explicó que el concepto penal de hecho “...si bien posee una base empírica, en cuanto expresión de significado social, adquiere su relevancia jurídica una vez que ella es puesta en relación con la expresión normativa que se integra en los tipos penales””; motivo por el cual “...el objeto de juicio está





Cámara Federal de Casación Penal

fijado por el relato de los hechos -en cuanto hipótesis fáctica- que enuncia la acusación y asimismo por las consecuencias jurídico penales que ello conlleva a juicio de quien la formula con base en una norma penal". De allí que no era factible utilizar aisladamente el término "ayudó" para cambiar la calificación como se hizo en el alegato.

Por ello, el *a quo* entendió que en el caso se produciría una "extralimitación arbitraria" si se condenara a Cantaro "... por una participación necesaria en las previsiones legales de los arts. 5 c y 11 d de la ley 23.737 sin que el sustrato fáctico de dicho injusto típico haya sido objeto de imputación y controvertido (argumental y probatoriamente) en debate por la defensa".

En otro orden de ideas, el sentenciante explicó los motivos por los cuales la acusación formulada por el Fiscal de Juicio tampoco hubiera sido subsanada recurriendo a las previsiones del art. 381 del CPPN, procedimiento que incluso no fue solicitado en el juicio.

Asimismo, los jueces destacaron que en este contexto, el alegato Fiscal había producido el perjuicio concreto que reclama toda nulidad, pues "...la restricción defensiva que procura resguardar el principio de congruencia es la que se verifica en este caso frente a la introducción sorpresiva de un nuevo objeto procesal"; agregando que "...más allá de que la defensa al alegar pudo exponer sus argumentaciones para refutar la tesis inédita esbozada, lo cierto es que ella no fue objeto de debate desde que toda la prueba ofrecida y producida en juicio estuvo orientada en



sostener o descartar los extremos fácticos y jurídicos de una imputación diversa...”.

Por otra parte, el tribunal criticó la tarea de la Fiscalía de Juicio, señalando que *“...la pretensión de mutar el sustrato fáctico que motivó la elevación de la causa a juicio operó como un patrón de conducta a lo largo de la tramitación de la instancia de juicio”* y, para sostener dicha afirmación, se hizo mención a las distintas pruebas que el acusador solicitara y fueran rechazadas por el propio sentenciante, como así también a lo actuado en otros legajos conexos.

Se dijo que este proceder importó *“una trasgresión al principio de lealtad procesal, que constituye una derivación implícita del principio de objetividad”*; y para abonar esta conclusión, los jueces reprodujeron algunas circunstancias que observaron durante el desarrollo del debate.

De esta manera, el *a quo* consideró que en el caso *“se ha verificado una clara distorsión de la garantía de defensa en juicio, en tanto la acusación fiscal, en las condiciones que fue descripta ha faltado el debido respeto por el principio acusatorio formal y la exigencia de que la sentencia condenatoria no puede fundamentarse en hechos respecto de los cuales no ha sido posible una defensa suficiente por no haber estado imputados oportunamente, o sea por no estar comprendidos en la tesis”*.

Se añadió que *“toda vez que no hubo una acusación alternativa válidamente formulada y que en ninguno de los actos persecutorios esenciales se le imputó la participación necesaria en el hecho de comercialización de la banda conocida como Narcochetos 2, el alegato fiscal incurrió en una flagrante violación al principio de congruencia al no haberse ajustado al contenido de*





Cámara Federal de Casación Penal

la imputación respecto de la cual el encartado desplegó toda su actividad procesal defensiva”.

Fue por todo ello, entonces, que el sentenciante sostuvo que la acusación *“presenta vicios que la descalifican como acto procesal válido, lo cual determina su invalidez, por verificarse un vicio de nulidad absoluta en los términos del art. 167 inc. 3 del CPPN”.*

El tribunal interpretó además que la mutación del objeto procesal importó *“...[la] falta de mantenimiento de la imputación primigenia al concluir el debate”,* lo cual a su entender operaba *“...como un verdadero retiro de la pretensión punitiva que conforme la doctrina actual y conocida de la CSJN (...) impide al órgano jurisdiccional dictar una sentencia de condena”* por lo que *“en estos términos la única opción posible frente a este escenario es disponer la absolución de Cantaro por los hechos materia de acusación originaria calificados en el requerimiento de elevación a juicio”.*

Tan diversa consideró la acusación anulada, que incluso *“puso a disposición”* del Fiscal General copia de la sentencia dictada para que, de estimarlo procedente, se denuncie e investigue la participación necesaria de Cantaro en la banda *“Narcochetos2”*, como así también la posible colaboración que al nombrado podrían haberle prestado integrantes de Prefectura Naval, la Fiscalía Federal 1 y el Área de Delitos Complejos, entre otros.



En suma, por todo ello, el tribunal resolvió declarar nulidad del alegato fiscal y absolver a Cantaro; decisión que es la que viene ahora recurrida en esta instancia.

TERCERO:

Analizado el caso sometido a estudio y tal como se desprende de la reseña que antecede, el quid de la cuestión a dilucidar pasa por determinar si al momento de formular su alegato final el representante del Ministerio Público:

a) mutó los hechos objeto del proceso y, de tal modo, vulneró el principio de congruencia o, por el contrario,

b) sólo se limitó a proponer un cambio de calificación dentro de los términos de la imputación que conformaba la plataforma fáctica sobre la que se sustentó el proceso.

Es que más allá de las múltiples alegaciones formuladas por el recurrente sobre el trámite del legajo y el resto de consideraciones genéricas realizadas por el tribunal en su fallo, lo determinante en el caso es establecer si el fiscal de juicio, en ocasión de alegar, respetó en sustancia los hechos que integraron el objeto del debate o los modificó de manera sorpresiva o inédita con afectación al derecho de defensa del encausado.

Y ello es así, por la sencilla razón de que la absolución de Cantaro se ha basado exclusivamente en la nulidad del alegato fiscal decretada por el tribunal de grado que consideró vulnerado aquel principio y la consecuente afirmación de que ello importó un “retiro de la acusación originaria” equiparable a su ausencia en los términos de la doctrina del Alto Tribunal de la Nación.

De todas maneras y previo a tratar la cuestión debatida, estimo oportuno recordar los alcances que se le ha otorgado al principio de congruencia en la jurisprudencia, extremo que permitirá desentrañar la controversia planteada en el caso.





Cámara Federal de Casación Penal

2. En el orden señalado, debe tenerse presente que la inteligencia de ese principio fue enunciada de manera general por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al entender que *"... cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva"* (Fallos: 329:4634; 330:4945) y que los cambios de calificación *"...sólo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos"* (Fallos: 330:5020, voto de los doctores Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

Desde antaño esta Cámara, en posición que comparto, ha sostenido que *"...el juez sólo está subordinado en cuanto a los 'hechos' contenidos en la acusación y que el 'derecho' aplicable al caso, la apreciación jurídica de los hechos constitutivos de la imputación la determina libremente, pudiendo apartarse en dicha tarea de la calificación legal sustentada en aquélla, sin que ello provoque la nulidad de la sentencia, toda vez que la correlación requerida no deja de existir, siempre que la situación de hecho descripta en el 'requerimiento fiscal' sea esencialmente igual a la enunciada en la 'sentencia'"* (cfr. voto del juez Mitchell en Sala II, "Ponce, Luis C. s/recurso de queja", causa 720, Reg. 915, rta. el 15/4/96, con cita de "Waisman, Carlos s/recurso de casación", causa 84, rta. el 4/4/1994).

Es decir, en nuestro caso, la incongruencia se podría



manifestar si se advierte una falta de identidad fáctica entre el hecho por el que fue intimado Cantaro en el alegato final del juicio y el enunciado en las distintas piezas medulares de la instrucción (como ser, la indagatoria, el procesamiento y, muy especialmente, el requerimiento de elevación a juicio), pero quedando excluida de dicha exigencia el aspecto jurídico, toda vez que la congruencia no alcanza al título o calificación legal del hecho imputado.

El tribunal de mérito -y el acusador público también- tiene, en virtud del principio *iura novit curia*, plena libertad para elegir la norma que considera aplicable al caso, con un solo límite: no variar en sustancia la plataforma fáctica fijada.

En ese orden, 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...*". Que ésta última posibilidad resulta lógicamente aplicable al fiscal durante su alegato, quien naturalmente puede propiciar un cambio de calificación al momento de integrar su acusación final, siempre -claro está- respetando aquella limitante, es decir, la materialidad fáctica del suceso por el cual el encausado fue requerido a juicio.

En definitiva, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que una eventual sentencia condenatoria -y, en nuestro caso, el alegato fiscal- recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación durante el proceso 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 C.N.), privándosele del derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye (cfr., por compartirlo, el voto del juez Mitchell en Sala II de esta Cámara, "Issa, Camilo Moisés s/recurso de casación", causa 1245, Reg.





Cámara Federal de Casación Penal

1662, rta. el 22/10/1997).

Tiene dicho el Superior Tribunal de Córdoba, en posición a la que adhiero, 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 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"* (B.J.C., T. II, pág. 371, abril 29- 957, cit. por Barberá de Riso, M. C., *Proceso oral*, T. I, pág. 305/7, Ed. Lerner, Córdoba 1993).

Lo que en realidad debe preservarse es la correlación entre la acusación y la sentencia, en tanto el hecho y las circunstancias que contiene la primera hayan sido intimadas al acusado y sobre ellas haya tenido oportunidad de ser oído (cfr. Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*; Buenos Aires, 1996, Tomo I, pág. 568).

Se ha afirmado que *"no es preciso... una identidad absoluta o matemática entre los términos de la correlación, hasta el extremo de que deba referirse a las menores modalidades de la conducta humana, las cuales han de excluirse siempre que sean indiferentes o no puedan acarrear limitaciones ilícitas a la defensa; vale decir, que la identidad de que se trata es naturalmente relativa: atañe a los elementos fácticos relevantes; a los que el*



defensor pudo no tener en cuenta porque no estaban comprendidos en la acusación -originaria o ampliada-" (cfr. Vélez Mariconde, Alfredo; "Derecho Procesal Penal", Córdoba, 1986, Tomo II, págs. 238/239).

Es facultad de los magistrados que integran el tribunal de juicio, cualesquiera fueran las peticiones de la acusación y de la defensa, la de precisar las figuras delictivas que juzgan con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley penal, sin más limitación que la de restringir su decisión a los hechos que constituyeron la materia del proceso. De esta manera se salvaguarda la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 242:207; 250:572; 274:402; 302:791; entre otros).

Queda claro que lo determinante es el respeto en cuanto a los hechos contenidos en la acusación y que el derecho aplicable al caso -es decir, la apreciación jurídica de los hechos constitutivos de la imputación- se determina con plena libertad, pudiendo apartarse el tribunal -y el fiscal que acusa, por añadidura- de la calificación legal provisoria, sin que ello provoque la nulidad de la sentencia -y en casos como éste, del alegato final del acusador oficial-.

Esta postura es la que sostiene la CSJN cuando afirma que *"en tanto no se alteren los supuestos fácticos del caso, la determinación del régimen normativo pertinente para su solución es facultad judicial, no impugnabile con fundamento constitucional"* (Fallos: 295:749; 302:330; 302:482 sus citas y otros).

3. Sentados los lineamientos de la máxima en estudio y llegado el momento de expedirme sobre el punto controvertido, adelanto que, a mi criterio, asiste razón a los representantes del Ministerio Público Fiscal -al recurrente y al de esta Cámara Federal de Casación Penal, doctor Mario Alberto Villar- en cuanto a que el





Cámara Federal de Casación Penal

alegato final respetó en sustancia la base fáctica por la cual Cantaro había sido requerido a juicio, pues en su pretensión, expresada en oportunidad de alegar en el debate, solo se limitó a expresar un mero cambio de calificación con ajuste a los hechos que constituyeron la materia objeto del proceso -opción b)-.

En efecto, tal como veremos de seguido, a lo largo del todo el proceso Cantaro fue intimado por haber prestado cooperación y ayudado a los integrantes de la denominada banda de los "Narcochetos2", entre los días 22/2/2017 y 14/4/2018, dando una colaboración que les permitió a estos la posibilidad de sustraerse de distintas acciones de la justicia, que los perseguía por delitos vinculados con el narcotráfico.

Más allá de cómo fue calificada durante la encuesta esa conducta, lo cierto es que la base fáctica nunca se vio alterada, pues lo único que varió en el alegato fiscal, como dije, fue la interpretación normativa que correspondía efectuar por los eventos atribuidos.

Ciertamente, cabe tener en consideración que al recibirse la declaración indagatoria al acusado, y en lo que aquí interesa, se le describieron los hechos que se le atribuían en los siguientes términos: *"en un período de tiempo al menos comprendido entre los días 22/3/2017 y 14/4/2018, **haber ayudado** a los imputados del expediente nro. FBB 9736/2016 (en particular, a Sebastián Gauna San Millán -su sobrino- y a Facundo Texido) a eludir las investigaciones y sustraerse de la acción que se llevaba a cabo desde esta sede [Juzgado Federal 1 de Bahía Blanca] y la Fiscalía Federal nro. 1 de Bahía Blanca, así como también, en*



su carácter de Fiscal General, no haber denunciado la perpetración de los delitos allí investigados al tomar conocimiento de su comisión, conductas agravadas por tratarse de un delito especialmente grave (tráfico de estupefacientes agravado) y por su calidad de funcionario público. Asimismo, se le atribuye al compareciente haber omitido o rehusado hacer la denuncia previamente aludida, encontrándose obligado a hacerlo por su función'...".

Posteriormente, se dispuso el procesamiento de Cantaro, ocasión en la que los sucesos fueron detallados de este modo: "que en un período de tiempo al menos comprendido entre los días 22/3/2017 y 14/4/2018, Alejandro Salvador Cantaro **prestó colaboración** a los imputados del expediente nro. FBB 9736/2016, Sebastián Gauna San Millán -su sobrino- y Facundo Texido, para que eludan las investigaciones y puedan sustraerse de la acción que se llevaba a cabo desde esta sede [Juzgado Federal 1 de Bahía Blanca] y la Fiscalía Federal nro. 1 local, así como también, en su carácter de Fiscal General, omitió realizar la denuncia correspondiente a la perpetración de los delitos allí investigados -al tomar conocimiento de su comisión-, conducta que se vio agravada por tratarse de un delito especialmente grave (tráfico de estupefacientes agravado) y por su calidad de funcionario público...".

Cabe aclarar que oportunamente la Cámara de Apelaciones respectiva confirmó el auto de procesamiento, aunque modificó la calificación legal, teniendo a Cantaro *prima facie* como autor penalmente responsable del delito de encubrimiento en sus modalidades de favorecimiento personal por ayuda y por omisión de denuncia, agravado por ser el delito encubierto especialmente grave -tráfico de estupefacientes- (art. 277 inc. 1° "a" y "d" e inc.





Cámara Federal de Casación Penal

3° apartado "a" del CP).

Por su parte, en el requerimiento fiscal de elevación de los autos a juicio, se precisaron los hechos atribuidos en estos términos: *"en un período de tiempo al menos comprendido entre los días 22/3/2017 y 14/4/2018, **haber ayudado** a los imputados del expediente nro. FBB 9736/2016 (en particular, a Sebastián Gauna San Millán -su sobrino- y a Facundo Texido) a eludir las investigaciones y sustraerse de la acción que se llevaba a cabo desde [el Juzgado Federal 1 de Bahía Blanca] y la Fiscalía Federal nro. 1 de Bahía Blanca, así como también, en su carácter de Fiscal General, no haber denunciado la perpetración de los delitos allí investigados al tomar conocimiento de su comisión, conductas agravadas por tratarse de un delito especialmente grave (tráfico de estupefacientes agravado) y por su calidad de funcionario público. Asimismo, se le atribuye al compareciente haber omitido o rehusado hacer la denuncia previamente aludida, encontrándose obligado a hacerlo por su función";* calificando la Fiscalía la conducta como constitutiva de los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del CP, en función de la obligación establecida en el art. 177 del CPP) y encubrimiento agravado por haber asistido a Texido y a Gauna a eludir la investigación de un delito especialmente grave, siendo funcionario público (art. 277 inc. 1°, apartado "a" e inc. 3°, apartados "a" y "d" del CP).

Finalmente, conforme surge de la sentencia, al formular su alegato y sin perjuicio de la calificación legal que finalmente escogió, el representante del Ministerio Público Fiscal concretó "...



*formal acusación respecto de Alejandro Salvador Cantaro por su actividad delictiva comprendida entre los días 22/3/17 y 14/4/18, a través de la cual **prestó cooperación esencial** a los imputados del expediente FBB 9736 a eludir las investigaciones de las maniobras endilgadas y a sustraerse de la acción que se llevaba a cabo desde la Justicia Federal de Bahía Blanca, a fin de beneficiarlos y evitar que fueran descubiertos para que pudiesen continuar perpetrando maniobras delictivas relacionadas con el narcotráfico”.*

Como se puede observar de estas breves transcripciones, el hecho enunciado en las distintas piezas procesales medulares fue homogéneamente individualizado y se mantuvo incólume a lo largo de todo el proceso; siendo que el objeto de la encuesta siempre se centró en la ayuda que el acusado Cantaro habría brindado a los imputados del expediente nro. FBB 9736/2016 (en particular, a Sebastián Gauna San Millán y a Facundo Texido) a eludir las investigaciones y sustraerse de la acción de la justicia (cfr. los resaltados de párrafos anteriores).

Itero. Tal como se desprende de las referencias efectuadas, en el alegato final -y naturalmente de acuerdo a lo que se fue suscitando durante el debate-, el fiscal acusó a Cantaro por el mismo comportamiento que fuera descrito a lo largo de todo el proceso, discrepando con la calificación legal -provisoria- que le fuera asignada a su conducta durante la instrucción y en el requerimiento de elevación a juicio, al postular -en suma- que la “ayuda”, “colaboración” o “cooperación” que Cantaro le brindó a los denominados “Narcochetos”, debía ser considerada una participación necesaria en la actividad de comercio de drogas que estas personas llevaban adelante y no un incumplimiento de los deberes como funcionario público (art. 248 del Código Penal, en





Cámara Federal de Casación Penal

función de la obligación establecida en el art. 177 del Código Procesal Penal) y encubrimiento agravado.

Queda claro, entonces, que el sustrato de los eventos atribuidos siempre fue respetado y que el caso quedó circunscripto a una controversia sobre la significación jurídica de hechos que se mantuvieron inalterados en cuanto a su materialidad fáctica, no configurando ninguna variación sorpresiva e inédita para Cantaro que haya implicado una afectación al ejercicio de su defensa en el juicio.

Ciertamente, la correlatividad de los sucesos que conformaron la imputación dirigida al nombrado, ha quedado puesta de manifiesto no sólo a partir de una simple lectura de las piezas medulares del proceso sino, además, de las propias consideraciones efectuadas por el tribunal de grado en su sentencia a la hora de afirmar lo contrario.

En efecto, en los fundamentos del fallo recurrido se advierte que el *a quo*, para sostener la supuesta afectación al principio de congruencia, procuró en reiteradas ocasiones explicar desde un punto de vista jurídico la diferencia que existe entre los tipos penales de encubrimiento e incumplimiento de los deberes de funcionario público -y que denominó imputación originaria-, por un lado, y la participación necesaria en el delito de comercio de estupefacientes -propuesta en el alegato-, por otro.

Sobre el punto, tal como se vio al replicar las consideraciones vertidas en la sentencia recurrida, el tribunal dedicó pasajes de sus apreciaciones a distinguir los bienes jurídicos involucrados en las distintas figuras y las diferencias entre la



tipicidad objetiva y subjetiva en uno y otro caso, todo lo cual revela que la controversia planteada no pasó de ser una cuestión normativa.

En esa línea, surge evidente que los sucesos que le fueron enrostrados al imputado desde el inicio de estas actuaciones son los mismos que los contenidos en el requerimiento fiscal de elevación a juicio y en el posterior alegato; es decir, el *factum* no se mutó y se mantuvo incólume. Entonces, y siendo que de la confrontación realizada se aprecia con nitidez la correlación fáctica entre las intimaciones cursadas y el alegato final formulado luego de sustanciado el debate, no es posible sostener la referida violación al principio de congruencia.

Y si esto es así, queda claro, tal como se adelantara, que el conflicto en autos quedó limitado a una discrepancia en la significación jurídica del acontecimiento histórico atribuido.

Por otro lado, tampoco puede desatenderse que en su alegato, el fiscal de juicio, además de respetar en sustancia los hechos por los cuales Cantaro fue requerido a juicio, hizo mérito de las probanzas concretas que se introdujeron válidamente al debate, las cuales fueron conocidas fehacientemente por la defensa, quien tuvo la ocasión de controvertirlas y alegar sobre su mérito y fuerza de convicción, sin que se verifique entonces, tampoco en ese aspecto, lesión alguna al derecho de defensa.

En efecto, la parte contó a lo largo de todo el proceso y, fundamentalmente, durante la audiencia de debate con la posibilidad de ejercer su defensa material y técnica sobre la imputación que pesaba en su contra y, en ese sentido, confutar los elementos probatorios en que aquella se sustentaba, aportando los suyos que hacían a su teoría del caso.

Concretamente, tuvo la oportunidad de oír la





Cámara Federal de Casación Penal

descripción de los hechos atribuidos -que fueron siempre los mismos- y su calificación y, frente a ellos y a las pruebas de cargo, presentadas en la liza del juicio, ejerció efectivamente su defensa y la presentó.

Ha sostenido reiteradamente esta Cámara -con apoyo en jurisprudencia del Alto Tribunal- que la garantía de defensa en juicio tiene carácter sustancial, y por ello exige de parte de quien la invoca la acreditación del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido ese vicio (cfr., entre otras, esta Sala, causa 639 "*Barrita, José s/rec. de casación*", Reg. 465/95, rta. el 28/11/95 y Fallos 298:279 y 498), extremo que, de acuerdo a lo expresado, no se vislumbra en el caso de autos.

Por otra parte, debe tenerse presente que si los hechos se mantuvieron inalterados en sus aspectos relevantes, como dije, tampoco resultaba necesario que el acusador público acudiera al procedimiento previsto en el art. 381 del CPPN, por lo que su proceder en este punto no presenta ningún tipo de objeciones.

En esta coyuntura, entonces, la decisión del tribunal de grado de anular ese alegato y disponer la absolución del encausado bajo el ropaje de una vulneración al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio, no puede ser convalidada.

4) Finalmente, en cuanto a lo solución que postularé al Acuerdo, tres cosas debo decir:

i) No me es indiferente el prolongado tiempo que ha insumido el desarrollo de estas actuaciones.

Repárase que la causa tuvo inicio el 4 de mayo de 2018



y que durante su sustanciación se fueron produciendo distintas vicisitudes (v.gr. inconvenientes en la integración de la jurisdicción por vacancias, excusaciones y recusaciones, etc.), a lo que se suma los inconvenientes en torno a la producción de la prueba puestos de manifiesto por el recurrente, siendo que finalmente la sentencia que ahora se propone anular se dictó el 3 de julio de 2023.

Que todo ello exige una rápida decisión que ponga término a la incertidumbre que genera todo conflicto que tramita en sede penal, no solo para el imputado sino, esencialmente, de cara a la sociedad, sobre todo teniendo en cuenta las obligaciones que recaen sobre el Estado Argentino en la intervención y dilucidación de procesos en los que se investigan delitos vinculados con estupefacientes (Fallos 330:261 y “Fredes” c 13904 CSJ 402/2014 del 6/3/18).

ii) Sin perjuicio de la cita legal que el fiscal de juicio efectuó en la impugnación en trato (art. 471 del CPPN), tampoco se me escapa que esa parte -que, a través de este voto, verá satisfecha (parcialmente) su pretensión- ha solicitado que *“... se case la sentencia absolutoria, se la nulifique, y que se resuelva sin reenvío para evitar más dilaciones; toda vez que, la sustanciación de un nuevo juicio no tendría razón de ser, en virtud de que la prueba desarrollada fue planteada de forma válida y alcanza para dictar una sentencia contraria a lo que se decidió”* -cfr. Lex 100-.

Por su lado y luego de precisar que *“...no se acusan calificaciones, se acusan hechos que una vez enunciados ya pasan al acervo de aquello sobre lo que los jueces deben decir el derecho aplicable en su sentencia”*, el señor Fiscal General ante esta Cámara, Mario Villar, al petitionar que se haga lugar al recurso interpuesto por su par de grado y se anule el fallo en crisis, aseveró que *“...la función jurisdiccional impone también ‘conocer el*





Cámara Federal de Casación Penal

Derecho y que "...lo correcto hubiera sido condenar por el delito de encubrimiento y descartar las demás imputaciones legales que realizó el fiscal de juicio" (cfr. su presentación en término de oficina, disponible en Lex 100).

iii) Es cierto que por expreso mandato del art. 470 del ritual nosotros, en tanto jueces del recurso, podríamos condenar desde Casación (cfr. "Duarte, Felicia s/recurso de casación", D. 429 XLVIII del 5/8/2014 de la CSJN y Fallos: 342:2389 y mis votos en Sala IV CFCP "Marchant Azalgado, David Antonio s/infracción ley 23.737, Reg. 1288/19, del 27/6/2019, "Etchecolatz, Miguel Osvaldo y otros s/recurso de casación", Reg. 608/21, del 10/5/2021 y, entre otras, "Ducatteau, Federico Damián y otro s/recursos de casación", Reg. 2105/21 del 21/12/2021).

No obstante, por las particularidades que se presentan y lo que antes precisé, considero que en la ocasión la solución que mejor concilia todos los intereses en juego es reenviar las actuaciones a su origen para que los mismos jueces que dictaron el fallo que aquí se anula sean los que dicten una nueva sentencia de conformidad con mi propuesta de voto (cfr. art. 471 del CPPN).

Es que, como se sostuvo, la acusación del señor fiscal de grado puesta de manifiesto al concluir el debate ha sido válida y se ha presentado conforme a derecho, respetando la plataforma fáctica fijada *ab initio* en la indagatoria y en los consecutivos actos procesales importantes.

Y, en el caso, no correspondía que el tribunal echara mano a la herramienta excepcional de la nulidad únicamente por estar en desacuerdo con la modificación que en el juicio de



subsunción típico realizó el representante del Ministerio Público Fiscal al cerrar su alegato.

En suma, por ser los que estuvieron al frente del debate, los que oyeron la discusión que sobre las pruebas tuvieron las partes en la liza del proceso y los que vieron lo que allí sucedió, esos magistrados son los que se encuentran en mejores condiciones para definir la controversia que aquí ha quedado inconclusa.

Esa es la solución que se impone por ser la más adecuada teniendo en miras un eficiente y eficaz servicio de justicia, esencialmente por ser la más respetuosa de los derechos de defensa en juicio, del debido proceso y del derecho al recurso de las partes (art. 18 CN).

A la par y en sintonía con lo expuesto, entiendo que de ningún modo se ha visto afectada su imparcialidad por la decisión a la que arribaron habida cuenta de que lo hicieron solo por haber declarado excepcionalmente -y equivocadamente, como dije- la nulidad de la acusación por violación del principio de congruencia procesal sin expedirse -como ahora se exige- sobre el fondo del asunto.

En nada empece el análisis que se efectuó en el fallo sobre los presupuestos objetivos de las normas invocadas - orientadas, como sostuve en el considerando 3), hacia el bien jurídico que tutelan-, tanto las referidas al encubrimiento, en todas sus modalidades, previstas en el art. 277, al incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos del art. 248, ambos del C.P.; las atinentes a la comercialización de estupefacientes agravado por su condición de funcionario público de los arts. 5 inc. c y 11 inc. d de la ley 23.737 y, por último, las relacionadas con la participación criminal en esas y otras figuras por la presunta ayuda prestada por





Cámara Federal de Casación Penal

Cantaro en los sucesos.

Ello así, pues sólo se trató de referencias genéricas y dogmáticas, con elevada cita doctrinaria, mas sin vinculación directa y específica con la presente controversia.

5. Por todo ello, en definitiva, propongo al Acuerdo: **HACER LUGAR** al recurso de casación del Ministerio Público Fiscal, sin costas, **ANULAR** la sentencia recurrida en cuanto fuera materia de recurso, y **REENVIAR** las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un fallo conforme a derecho (arts. 471, 530 y 532 de CPPN).

Así voto.

El señor juez doctor **Carlos A. Mahiques** dijo:

Coincido con el primer ponente en cuanto propone revocar la sentencia recurrida mediante la que se decidió declarar la nulidad del alegato fiscal y absolver al imputado.

Comparto igualmente su opinión respecto a que en la especie no se verifica una vulneración al principio de congruencia por el hecho de que el fiscal haya encuadrado las conductas del imputado bajo una diversa calificación a la solicitada por la acusación en el requerimiento de elevación a juicio, en tanto no se produjo con ello una mutación de la base fáctica imputada que pueda considerarse inusitada o sorpresiva para la defensa y, como tal, violatoria del derecho de defensa en juicio.

En la mencionada pieza acusatoria se le atribuyó a Alejandro Cantaro, por entonces Fiscal General Federal ante la



Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, haber facilitado o colaborado en un período comprendido entre los días 22 de marzo de 2017 y 14 de abril de 2018, con las actividades criminales a la banda denominada “Narcochetos 2”, (en particular, con Sebastián Gauna San Millán -sobrino del encausado- y Facundo Texido). Específicamente, se lo acusó de entorpecer y frustrar las investigaciones y la acción persecutoria que contra los últimos nombrados se realizaba desde la sede del Juzgado Federal Nro.1 y de la Fiscalía Federal nro. 1, ambas de Bahía Blanca.

Asimismo, en su condición de fiscal, se le imputó no haber denunciado durante el referido periodo la comisión de los ilícitos allí investigados cuando tomó conocimiento de su comisión. Esas conductas fueron calificadas en origen como incumplimiento de los deberes de funcionario público y encubrimiento agravado por haber ayudado a Gauna San Millán y Texido a eludir la investigación de un delito especialmente grave, siendo funcionario público, en calidad de autor.

Tras la conclusión del debate, el fiscal de juicio en el alegato final se apartó del encuadre legal de las conductas efectuado en el requerimiento del fiscal de instrucción. En esa oportunidad le atribuyó a Cantaro su intervención en el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercialización agravada por su condición de funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos de la ley 23.737.

La parte impugnante sostuvo que del debate había surgido con claridad que el imputado incurrió en conductas incompatibles con el encubrimiento de una organización delictiva





Cámara Federal de Casación Penal

dedicada al narcotráfico. Entendió que la imputación adecuada es la de participación necesaria en el delito de comercialización de estupefacientes en la medida en que se comprobó que abusando de su posición de fiscal general del distrito contribuyó al menos a facilitar el funcionamiento del grupo delictivo.

El acusador público afirmó que los hechos y la prueba colectada siempre estuvieron acotados al lapso temporal referido, lo que permite concluir que la ayuda prestada por Cantaro fue concomitante con la actuación de la organización dedicada al tráfico de estupefacientes investigada por separado en otras legajos.

Desde esa perspectiva y no obstante reconocer que en el debate se determinó que *"la ayuda activa prestada por Cantaro había tenido un principio de ejecución anterior y una culminación posterior de hasta dos años del tramo originariamente investigado y atribuido"*, la fiscalía subrayó que no corresponde subordinar la conducta a la norma del art. 277 del CP, sino a la que regla la participación necesaria en el comercio de estupefacientes, ya que dicha figura penal no admite la posibilidad de que los hechos delictivos encubiertos acontezcan al mismo tiempo del encubrimiento.

Al respecto asume relevancia la circunstancia de que en la causa nro. 9736/2016, se investigara a varias personas vinculadas con la banda conocida como los "Narcochetos" por



comercio de estupefacientes, cuyos integrantes fueron condenados en juicio abreviado el 4 de febrero de 2020. Entre ellos, estaba Facundo Texido, considerado coautor responsable de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercio, (art. 5 inc c de la ley 23737), sancionado con una pena de cuatro años de prisión y 80 unidades fijas de multa. En esa sentencia, que actualmente se encuentra firme, se tuvo por lugar de consumación del delito imputado a la ciudad de Bahía Blanca en el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2017 y el 14 de abril de 2018.

Cuanto a Sebastián Gauna San Millán, luego de permanecer prófugo, fue habido el 3 de noviembre de 2020, y requerido a juicio en la causa nro. 25013/2018 (vinculada con la causa nro. 9736/2016) por el delito de comercio de estupefacientes. Se afirmó entonces que *“desde fecha indeterminada, pero al menos anterior al 22 de marzo de 2017 y hasta el 14 de abril de 2018”* el nombrado habría comercializado y/o facilitado a otros a título oneroso estupefacientes en Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, en forma organizada con algunos consortes de la causa nro. FBB 9736/2016, entre ellos el mencionado Texido. El 5 de octubre de 2022, las partes presentaron acuerdo de colaboración en los términos de la ley 27.304 y ofrecieron un acuerdo de juicio abreviado por los hechos expuestos, que fue rechazado por el tribunal interviniente y que actualmente se encuentra a estudio en la Sala I de esta Cámara Federal de Casación Penal.

Conforme se infiere de lo antes expuesto, la *questio facti* no fue alterada en el dictamen fiscal, en el que sólo se produjo





Cámara Federal de Casación Penal

un ajuste del encuadre legal de las conductas a una calificación más adecuada al hecho tenido por comprobado.

La ayuda que habría prestado Cantaro se vincula con su presunta cooperación para que diversos integrantes de la organización pudiesen eludir las investigaciones y sustraerse del accionar de la justicia. La narrativa fáctica del acusador público opuesta a la de la defensa, tanto al momento de prestar declaración indagatoria, como en ocasión de formular la requisitoria de elevación a juicio, guarda correlato con la inclusión de las distintas formas en las que Cantaro habría beneficiado a la organización criminal en su calidad de integrante del Ministerio Fiscal.

Si hubo una diferencia entre las propuestas de los acusadores ella fincó en la interpretación de los alcances jurídico-penales del hecho imputado, ya que el delito de encubrimiento exige para su tipicidad la ajenidad de toda intervención del encubridor en el ilícito precedente. Se sigue de lo anterior que si la prueba rendida en el debate estableció que la ayuda prestada por Cantaro se realizaba en el mismo tiempo en que los integrantes de la agrupación delictiva se dedicaban al comercio de estupefacientes, no sería posible considerar que el accionar del primero encuadra en el encubrimiento.

No medió, en síntesis, afectación del principio de congruencia ni margen para alegar desconocimiento de la conducta



atribuida o, menos aún, de haber sido la defensa sorprendida por hechos inusitados o distintos, con menoscabo al debido proceso.

El defecto de correlación entre acusación y sentencia (como vicio sobre la falta o insuficiencia de determinación del hecho) solo resulta relevante si se verifica una mutación del *factum* o una sustitución de las condiciones esenciales del delito enrostrado, circunstancia que no se dio en la especie donde siempre se endilgó al imputado haber cooperado con la organización para que se eludan las investigaciones y se sustraigan a la acción de la justicia.

Sentado cuento precede, y en el entendimiento de que corresponde nulificar la resolución impugnada, y convalidar la totalidad del debate, resta aun determinar la consecuencia procesal de dicha decisión.

Cabe señalar a ese respecto que el vicio que exhibe la resolución del *a quo* tuvo origen en la ausencia de un acto jurisdiccional válido, sea este condenatorio o absolutorio, luego del juicio oral y público finalizado sin objeciones. Es que, como dije, la errónea deriva que siguió este proceso se inició cuando el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca declaró la nulidad del alegato en lugar de dictar sentencia valorando los diversos elementos de prueba rendidos en las actuaciones.

En el indicado contexto, dado que la nulidad declarada en la anterior instancia alcanzó a un juicio válido que no fue objeto de controversia para las partes ni lo debió haber sido para el juzgador, no surge la necesidad de que los actos llevados a cabo en el marco de dicho debate sean reproducidos en uno nuevo.





Cámara Federal de Casación Penal

Recibidas que fueron las pruebas, la discusión final del juicio se completó mediante los alegatos de las partes, por lo que la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

El tribunal cuenta con registros audiovisuales de las audiencias, y no media óbice alguno para que un colegiado desinsaculado al efecto dicte un nuevo pronunciamiento. Estimo que es esta la solución más adecuada dado que, de otro modo podría verse comprometida la garantía de imparcialidad (cfr. C.N., arts. 18, 31, 33, 75, inciso 22; C.A.D.H., art. 8.1; P.I.D.C.P., art. 14.1; D.U.D.H, art. 10; D.A.D.D.H, art. 26; C.P.P.N. art. 55 y C.- P.C.C.N, art. 30) dada las explicitaciones formuladas por los magistrados intervinientes previamente en la resolución que ahora se anula, ello también de conformidad con la doctrina de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Alonso" y "Pacheco" (cfr. Fallos 330:1457; 345:1297).

En conclusión, propongo al acuerdo HACER LUGAR al recurso de casación del Ministerio Público Fiscal, sin costas, ANULAR la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso, y REENVIAR las actuaciones para que un nuevo tribunal desinsaculado al efecto, dicte un pronunciamiento conforme a derecho.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Gustavo M. Hornos** dijo:

PRIMERO:

Corresponde señalar en primer lugar que el recurso de



casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida se trata de una considerada definitiva (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (arts. 458 del C.P.P.N.), los planteos realizados encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del código ritual.

SEGUNDO:

Superado el juicio de admisibilidad, he de expresar que en lo relativo a los antecedentes y hechos del caso, concuerdo en lo sustancial con la reseña efectuada por el juez que lidera el Acuerdo, por lo cual me remito a ellos en razones de brevedad.

Dicho ello, cabe tener presente que la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si la modificación de la significación jurídica formalizada por la Fiscalía al momento de alegar, importó -como lo consideró el tribunal de la instancia anterior- una alteración de la materialidad ilícita fijada en el requerimiento de elevación a juicio y, consecuentemente, la vulneración del principio de congruencia o, simplemente, se redujo a un mero cambio de calificación legal sin modificación alguna de la base fáctica.

El criterio adoptado por los magistrados del tribunal a *quo* puede sintetizarse en que el Fiscal de la etapa oral, al apartarse de la subsunción típica escogida por su inferior en grado al momento de requerir la elevación de la causa a juicio, alteró -de modo sorpresivo- el sustrato fáctico de la imputación, dado que según lo consideró, cada grupo de figuras penales seleccionados por los acusadores estatales de las distintas instancias describen y requieren comportamientos diferentes.

Al respecto, los sentenciantes manifestaron que el





Cámara Federal de Casación Penal

delito de encubrimiento que se le venía imputando a Cantaro con anterioridad al debate exige para su tipicidad la no participación del agente en el delito previo, cuestión que se había tenida por cierta en el requerimiento de elevación a juicio y por ende no podía ser achacada por parte del acusador en el alegato final, pues *"la participación y el encubrimiento son dos títulos incompatibles entre sí"*.

En relación al incumplimiento de los deberes de funcionario público, bajo la modalidad omisiva del art. 248 del CP, los jueces expusieron que *"[t]ambién en relación a esta figura se verifica la relación autoexcluyente con la tipicidad sobre la cual se edifica la nueva acusación del fiscal"* pues *"...la obligación de denunciar que impone el art. 248 del CP, a cargo del sujeto obligado, queda descartada si es el propio autor o partícipe del hecho ilícito no denunciado, puesto que el deber de denunciar no puede contradecir el principio de que nadie está obligado a declarar contra uno mismo"*.

En el plano de la tipicidad subjetiva, sobre la incompatibilidad que existe entre la complicidad y el encubrimiento, el tribunal indicó que *"...el grado de previsión que autoriza la imputación dolosa bajo el título de la participación exige comprobar un grado de previsión o de representación compatible con la creación de un aporte de riesgo de adaptación, mantenimiento o refuerzo al delito principal, pues ello es lo que brinda razón para que ése se le impute como 'propio'; la figura de encubrimiento, en contraposición, demanda que el encubridor sepa que realiza un aporte de riesgo en sentido diverso al del delito"*



previo en el que no participa”.

Presentada la cuestión a dirimir y reseñados los argumentos centrales esgrimidos por el sentenciante para resolver como lo hizo, se impone recordar que el principio de congruencia se verá conculcado siempre que no exista identidad entre el hecho imputado en la indagatoria, el incluido en el auto de procesamiento, el que fue materia de acusación y el que la sentencia tuvo por recreado.

Aclarado ello, puedo adelantar que la afectación al principio de correlación resuelta por el tribunal de mérito no se presenta en el caso examinado. Es que, la alteración de la subsunción típica efectuada por el Fiscal de juicio al momento de formular los alegatos, antes bien que producir una mutación sustancial del sustrato fáctico sobre el que se venía cimentando la acusación, resultó consecuencia directa de aquél, además de que no se verificaron en el caso hechos nuevos o circunstancias agravantes que indicaran la necesidad de recurrir al procedimiento establecido en el artículo 381 del C.P.P.N. (ampliación del requerimiento fiscal de elevación a juicio).

En ese sentido, nótese que durante la etapa de instrucción a Alejandro Salvador Cantaro, por entonces Fiscal General Federal de la Ciudad de Bahía Blanca, se le atribuyó, en un período de tiempo al menos comprendido entre los días 22/3/2017 y 14/4/2018, haber ayudado a miembros de la banda denominada “Narcochetos2” (en particular, a Sebastián Gauna San Millán -su sobrino- y a Facundo Texido), imputados en el expediente nro. FBB 9736/2016) a eludir las investigaciones y sustraerse de la pesquisa que llevada a cabo desde la sede del Juzgado Federal Nro. 1 y la Fiscalía Federal Nro. 1, ambos de Bahía Blanca, así como también, en su carácter de Fiscal General, no haber denunciado la





Cámara Federal de Casación Penal

perpetración de los delitos allí investigados al tomar conocimiento de su comisión. Fue ceñido a ese hecho histórico que el Fiscal de la etapa oral responsabilizó a Cantaro en calidad de partícipe necesario del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercio -actividad desplegada por la banda "Narcohetos2"- agravada por su condición de funcionario público encargado de la prevención de tales delitos (arts. 5 inciso "c" y 11 inciso "d" de la ley 23.737 y art. 45 del CP), en lugar de los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del Código Penal, en función de la obligación establecida en el art. 177 del Código Procesal Penal) y encubrimiento agravado por haber asistido a Facundo Texido y a Sebastián Gauna San Millán a eludir la investigación de un delito especialmente grave, siendo funcionario público (art. 277, inc. 1, apartado "a" e inc. 3, apartados "a" y "d" del Código Penal) en calidad de autor material penalmente responsable (art. 45 del CP) cometido en un período de tiempo al menos comprendido entre los días 22/3/2017 y 14/4/2018, reprochados al requerirse la elevación de la causa a juicio.

Es evidente entonces, que la variación del encuadre legal efectuado por el representante del Ministerio Público Fiscal durante el desarrollo del debate no irrogó la alteración del *factum ut supra* reseñado que, por el contrario, se mantuvo constante a lo largo del proceso, contexto que echa por tierra cualquier afectación al ejercicio de defensa.

Por lo demás, la calificación legal seleccionada por la Fiscalía al formular su alegato tampoco puede considerarse



imprevista. Ello así, no bien se repare en que la ayuda o colaboración que el acusador estatal le adjudicó a Cantaro para con la denominada banda “Narcochetos2” dedicada al comercio de sustancias prohibidas, siempre en palabras del Fiscal, tuvo lugar mientras la organización narco-criminal se encontraba operativa y resultó determinante para que sus miembros pudieran continuar con la práctica ilícita desarrollada sin ser descubiertos (en este último sentido, el acusado habría colaborado incluso al tiempo de la ejecución dando aviso de que se habían intervenido teléfonos celulares, que se llevarían a cabo allanamientos y habría hecho lo imposible para que respecto a Gauna San Millán -su sobrino- la investigación no avanzara y se demoraran las medidas de prueba tendientes a establecer su conexión con la banda, en especial, su interceptación telefónica; entre otros aportes).

Así las cosas, la participación primaria en el delito de comercialización de sustancias estupefacientes que finalmente el acusador público atribuyó a Alejandro Cantaro era previsible a la luz de la letra del art. 45 del C.P. que considera cómplice necesario a quien presta al autor o autores -en el caso los integrantes de la organización delictiva aludida- un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse, extremo que también autoriza a rechazar cualquier dificultad de ejercer una defensa eficaz dirigida a repeler la materialidad fáctica.

En suma, desde un inicio la imputación ha sido sobradamente descripta por lo que el encausado ha contado -y cuenta- con pleno conocimiento del marco imputativo y con las herramientas procesales necesarias para cumplimentar la estrategia defensiva que entendiera corresponder. No puede alegarse, entonces, que el cambio de significación jurídica efectuada durante el debate, a su vez, haya variado la plataforma





Cámara Federal de Casación Penal

fáctica, ni que la acusación haya presentado circunstancias sobrevinientes ajenas al conocimiento de la defensa.

No debe pasarse por alto que, el principio de congruencia no es un principio abstracto basado en una formalidad procesal sino que su operatividad se proyecta en el adecuado ejercicio del derecho de defensa, que es inviolable conforme expresamente lo declara la Constitución Nacional en el artículo 18. En el caso de autos, tanto la defensa, como el imputado, conocieron efectiva y ampliamente, los hechos enrostrados desde el inicio mismo de la causa y las posibles calificaciones legales en torno a esa conducta en forma oportuna, por lo que al no haberse acreditado ni ocasionado fehacientemente perjuicio alguno la decisión atacada resulta infundada y, por ende, debe anularse.

En mérito de ello, adhiero a la propuesta de HACER LUGAR al recurso de casación incoado por el Ministerio Público Fiscal, sin costas, ANULAR la sentencia recurrida en cuanto fuera materia de recurso y REENVIAR las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un nuevo fallo conforme a derecho (arts. 471, 530 y 532 de C.P.P.N.).

En mérito del resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, sin costas, **ANULAR** la sentencia recurrida en cuanto fuera materia de recurso, y, por mayoría, **REENVIAR** las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un fallo conforme a derecho (arts. 471, 530 y 532 de CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de



Información Judicial -CIJ- (Acordada nº 5/2019 de la CSJN), y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

