

RECURSO DE CASACION. Motivo formal. Agravio relativo a la vulneración de las reglas de la sana crítica racional (art. 413 inc. 4°, C.P.P.): *fundamentación.* PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. *Contenido. Finalidad. Conexión entre intimación y garantía de defensa en juicio.* NULIDADES PROCESALES. *Principio del interés.* ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN (art. 277 inc. 1° ap. c del CP): Acción típica. Consumación. ENCUBRIMIENTO AGRAVADO POR EL ANIMO DE LUCRO (art. 277 inc. 3° ap. b del CP): Aspecto subjetivo. ESTELIONATO (art. 173 inc. 9° del CP): Acción típica. Consumación. CONCURSO REAL DE DELITOS: Concepto. CONCURSO IDEAL: Concepto. PENA DE MULTA COMPLEMENTARIA (art. 22 bis del CP). *Naturaleza jurídica. Animo de lucro: alcance. Aplicación a otras figuras: encubrimiento agravado por ánimo de lucro y estelionato.* RECURSO DE CASACION: *Facultades discrecionales o privativas: Individualización de la pena: estándar de revisión.*

I. Si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito -entre otros recaudos- tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio, y efectuar dicha ponderación conforme la sana crítica racional (CPP, 193), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (CPP, 413 inc. 4°). De allí que resulta inconducente una argumentación impugnativa que se contenta sólo con reproches aislados que no atienden al completo marco probatorio o que esgrime un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio.

II. La exigencia de correlación entre acusación y sentencia es una entre varias que conforman el principio procesal de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio. Para hacer efectiva esta garantía fundamental, reconocida constitucionalmente (C.N., arts. 18, 75 inc. 22; DADyD, arts. XVIII y XXVI; DUDH, art. 10; PIDCyP; CADH art. 8; C. Pvcial. art. 39 y C.P.P. art. 1°), se hace necesario que entre la acusación intimada y la sentencia medie una correlación esencial sobre el hecho, la que impide condenar al acusado por uno diverso del que fuera objeto de la imputación formulada, por cuanto de nada valdría afirmar que no hay juicio sin acusación y que ésta debe ser correctamente intimada, si no se suma la exigencia que el Juez únicamente pueda condenar al acusado como culpable del hecho sobre el que versó la actividad defensiva.

III. En relación a la conexión existente entre intimación y la garantía de defensa en juicio, para que la defensa sea un elemento efectivo del proceso y el imputado pueda negar o explicar el hecho que se le atribuye, o afirmar alguna circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad, u ofrecer pruebas de descargo, o argumentar en sentido contrario a la imputación, es necesario que ésta sea intimada, es decir, puesta

en conocimiento de la persona contra la cual se dirige. La inobservancia de esta exigencia acarrea la nulidad absoluta de la sentencia por cuanto afecta la defensa del imputado en lo que hace a su intervención y asistencia en el proceso penal (CPP, 185 inc. 3º, primer y segundo supuestos y 186 segundo párrafo), en virtud que coarta la defensa material y técnica, las que tuvieron como referencia para su desarrollo el hecho contenido en la acusación.

IV. No se admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo cuando lesiona el interés de las partes, exigencia que tiene por objeto evitar el establecimiento de un sistema de nulidades puramente formales, acogiendo sólo aquellas que por su posible efecto corrector, tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquel interés .

V. La figura de encubrimiento por receptación (CP, 277 inc. 1º c), reprime a quien adquiriere, recibiere u ocultare dinero, efectos o cosas provenientes de un delito preexistente, al cual la conducta del autor de encubrimiento no debe estar causalmente unida, ni objetiva ni subjetivamente, ni obedecer a promesa anterior. *Recepta* el producto de un delito el que lo adquiere o recibe del delincuente o de otra persona o lo oculta. Es un delito instantáneo que se consuma con la receptación o con el acto de intervención, aún cuando sus efectos puedan prolongarse en el tiempo.

VI. El encubrimiento agravado por "ánimo de lucro" (CP, 277, inc. 3º b) exige una motivación subjetiva especial en el autor cuya inexistencia desplaza el hecho a la figura básica, pero no repercute en la consumación del delito, que se producirá con el accionar típico que persiga esa finalidad, independientemente que el fin propuesto se logre o no. El tipo subjetivo de esta figura no se satisface sólo con el dolo directo, sino que requiere la presencia de un especial elemento subjetivo, distinto del dolo, constituido por el ánimo de lucro. Esa especial animosidad no es otra que el fin o propósito que trasciende el provecho económico contemplado en los tipos básicos de los delitos contra la propiedad.

VII. El estelionato, bajo la hipótesis: "...del que vendiere... como propios, bienes ajenos" (CP, 173 inc. 9º), demanda que el sujeto activo enajene, con las formalidades exigidas por la ley, la propiedad de una cosa mueble o inmueble por un precio, callando la condición ajena del bien como si ella no existiera o fuera distinta. Requiere que el agente conozca la condición en que el bien se encuentra y aún así tenga la voluntad de negociar con él, a fin de recibir la prestación del sujeto pasivo, sin que éste conozca aquélla al llevar a cabo el negocio. Es una estafa especializada por el fraude, que puede consistir en fingir que el bien ajeno que se vende es de propiedad del autor. Finge la propiedad del bien el que la afirma engañosamente, lo cual resulta compatible con el silencio calificado. Se consuma con el acto de venta y la consiguiente entrega del precio sin necesidad de que el comprador sea efectivamente privado de la cosa.

VIII. El concurso real de delitos (CP, 55) presupone la existencia de varios hechos independientes concurrentes, imputables a una misma persona en forma

simultánea o sucesiva, y en donde las varias lesiones son causadas por varios hechos delictivos .

IX. El concurso ideal de delitos (CP, 54) se caracteriza por la comisión de un hecho y la pluralidad de sanciones penales bajo las que ese hecho cae, lo que implica que una unidad material (el hecho único) constituye formal o idealmente más de un delito porque cae bajo más de una sanción penal, es decir, bajo más de una sanción represiva. No es otra cosa que una cuestión de doble tipicidad de un hecho naturalmente único. La razón de esta doble tipicidad es que la conducta del agente, esto es, lo que ha hecho o dejado de hacer, que ya cae como tal en una sanción penal, debido a una circunstancia de modo, lugar, tiempo, etc., también cae bajo otra sanción penal. Se trata, de situaciones en las cuales accidentes de tiempo, modo, lugar, personas, etc., que, sin multiplicar materialmente la conducta del autor de un delito, multiplican la delictuosidad de ella.

X. El art. 22 bis CP modifica los tipos de los delitos previstos en la Parte Especial y las leyes complementarias, agravando las consecuencias punitivas. La expresión "*ánimo de lucro*" a que alude la norma se identifica con un fin o propósito que trasciende el provecho económico comprendido en el tipo básico de los delitos contra la propiedad –*vgr.* el apoderamiento furtivo o fraudulento de lo ajeno en los hurtos, robos, estafas, etc.-, desbordando subjetivamente ese ámbito, tal como ocurre cuando la acción típica se realiza para especular lucrativamente con lo obtenido o lo realizado.

XI. Cuando el ánimo de lucro integra la estructura típica del delito -sea en su forma básica o en una agravada-, la imposición de la multa complementaria prevista por el art. 22 bis CP, conduce a una doble e indebida desvalorización de una misma conducta que resulta reñida con el principio constitucional del *non bis in idem*.

XII. Se excluye del ámbito de aplicación del 22 bis CP a la figura de encubrimiento agravada por ánimo de lucro (CP, 277 inc. 3° b) por cuanto identificándose las subjetividades que exigen como presupuestos de aplicación ambas disposiciones, la conjunción de ellas deriva en una doble sanción de la misma circunstancia típica (como agravante del tipo y como presupuesto de la penalidad complementaria) vedada constitucionalmente.

XIII. En el estelionato, tratándose de una estafa especializada por el fraude, surge evidente que desde el punto de vista subjetivo, el dolo del autor requiere que se actúe con una intención lucrativa. Es que, si la fórmula legal de la figura exige que el sujeto activo defraude a un tercero vendiendo como propio un bien ajeno, es decir, engañándolo -aún mediante el silencio- sobre la verdadera propiedad del objeto, con el objeto de disponga de su propiedad -o la de un tercero- en su favor o de otro sujeto, no es posible atribuirle otra intencionalidad que no sea la de lucrar con su conducta. La aplicación de la multa complementaria (CP, 22 bis), atendiendo a las concretas circunstancias del caso, puede resultar correcta como respuesta al mayor reproche subjetivo merecedor de la conducta cumplida.

XIV. La facultad discrecional de fijar la pena es motivo de casación cuando es arbitraria, esto es, en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva. Configura una variante de la arbitrariedad la valuación positiva o negativa irracional de las circunstancias objetiva y subjetivas seleccionadas por el Tribunal de juicio para la determinación del monto de la pena. En tales supuestos, el *a quo* utiliza irracionalmente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación.

TSJ, Sala Penal, S. n° 301 del 15/11/10, “**BAGATELLO, Hugo Roque p.s.a. encubrimiento agravado, etc. -Recurso de Casación-**”. Vocales: Cafure de Battistelli, Blanc G. de Arabel y Rubio.

SENTENCIA NUMERO: TRESCIENTOS UNO

En la Ciudad de Córdoba, a los quince días del mes de noviembre de dos mil diez, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de los señores Vocales María de las Mercedes Blanc de Arabel y Luis Enrique Rubio, a fin de dictar sentencia en los autos **“BAGATELLO, Hugo Roque p.s.a. encubrimiento agravado, etc. -Recurso de Casación-”** (Expte. "B", 26/08), con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. Maximiliano García y Martín José Berrotarán a favor del imputado Hugo Roque Bagatello, en contra de la sentencia número ocho del veintinueve de abril de dos mil ocho, dictada por la Cámara en lo Criminal de Décimoprimer Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Es nula la sentencia por violación a las reglas de la sana crítica racional con relación a la participación del imputado en el hecho de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro?

2º) ¿Es nula la sentencia por violación al principio de congruencia en relación a la participación del acusado en el delito de estelionato?

3º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 55 CP?

4º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 22 bis CP?

5º) ¿Es arbitraria la pena impuesta ?

6º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. María Esther Cafure de Battistelli, María de las Mercedes Blanc de Arabel y Luis Enrique Rubio.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por Sentencia n° 8 del 29 de abril de 2008, la Cámara en lo Criminal de Décimoprimer Nominación en lo Criminal de esta ciudad resolvió -en lo que aquí interesa-: "...2) Declarar a **HUGO ROQUE BAGATELLO**, ya filiado, autor penalmente responsable de los delitos de Encubrimiento agravado y Estelionato en concurso real en los términos de los arts. 277 inc. 1° "c" en función del inc. 2° "b" Ley 25.246, 173 inc. 9° y 55 del C. Penal, e imponerle la pena de **TRES AÑOS DE PRISION en suspenso**, con costas y bajo las siguientes condiciones por igual término... 3) Imponer como multa complementaria al condenado Hugo Roque Bagatello la suma de pesos Treinta Mil -\$30000- la que deberá ser oblada en el término de diez días desde que la presente quede firme, a favor del Fondo Especial del Poder Judicial (art. 22 bis C. Penal)..." (fs. 448).

II. Los Dres. Maximiliano García y Martín José Berrotarán, interponen recurso de casación en favor de su defendido Hugo Roque Bagatello (fs. 454/468).

Bajo el motivo formal de casación (CPP, 468 inc. 2°), reclaman la nulidad de la sentencia por entender que se han inobservado las reglas de la sana crítica racional en relación a la participación del imputado en el hecho de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro.

Esgrimen que la conclusión a la que arriba el Tribunal de que la receptación dolosa de la carrocería y chasis de un vehículo sustraído, su "ensamble" a otro vehículo y la posterior venta en esas condiciones, sólo pudo haber sido realizada por el imputado, no constituye un resultado indefectible de la prueba invocada en su sustento atento a no excluir la posibilidad de una hipótesis diferente.

Cuestionan en primer término las conclusiones que el Tribunal extrae de la **verificación técnica vehicular** (fs. 155) por entender que adolece intrínsecamente de defectos lógicos.

Explican que resulta contradictorio que el *a quo* se sirva de los datos que aporta ese documento al fijar el hecho cuando previamente había dudado de su autenticidad. Se quejan, también, de que el sentenciante haya apelado, para desmerecer su valor conviccional, a una serie de conjeturas que resultan incompatibles lógicamente con las aserciones que mantiene durante su razonamiento previo.

La primera hipótesis que formula el Tribunal y que alude a que el documento pudo ser confeccionado por un "funcionario venal", a su ver no puede sostenerse pues si así fuera el contenido de la verificación también podría ser falso respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las que se vale luego para fijar el hecho. Además, no explicó porqué atribuye al acusado la falsedad, descartando a otros intervinientes en la transferencia del vehículo que tuvieron en su poder el rodado el tiempo suficiente para realizar las maniobras investigadas, como Traico.

La segunda hipótesis que formula el sentenciante, esto es, que la firma del verificador puede ser falsa, tampoco puede predicarse con razonabilidad, a su entender, pues en ese caso todo el contenido del documento estaría cuestionado y no

sería posible afirmar, como lo hizo al fijar el hecho, que Bagatello verificó el vehículo el 5 de mayo de 2003.

En cuanto a la tercera hipótesis que se sostiene como posible, esto es, que el documento sea verdadero y que Bagatello haya verificado una camioneta en regla y luego reemplazado el chasis, entienden que es contradictoria con lo que luego afirma el fallo, cuando establece que el daño sufrido por el vehículo que Bagatello compró a Germanetti fue de un ochenta por ciento y que ello habría justificado el cambio de carrocería y chasis por parte de Bagatello -conclusión a la que arriba a partir de una inferencia que extrae de los dichos de Germanetti y de la "experiencia tribunalicia"-. Es que si el Tribunal sostiene que el vehículo siniestrado tenía el chasis y la carrocería prácticamente destruídos, no puede afirmar también que el vehículo se verificó con el chasis original (color verde) y luego se le adjuntó el del sustraído (color blanco) o que lo fue con el chasis y carrocería de la camioneta blanca, pues no es así como surge del documento.

En segunda término, atacan la fundamentación del fallo por entender que presenta **contradicciones lógicas entre los presuntos indicios unívocos** que se valoraron para arribar a la conclusión de que sólo Bagatello pudo haber receptado el vehículo sustraído y realizado la maniobra de adulteración y ensamble. Apuntan, concretamente, a los dichos de **Scerbo, Motta, Sanuar y Traico**.

Refieren que el juzgador afirma que todos los testigos que declararon en la audiencia parecieron veraces y que resulta improbable que tantas personas, muchas de ellas sin vinculación anterior alguna, se pongan de acuerdo para declarar en un mismo sentido, perjudicando a un tercero ajeno a los hechos. Sin embargo, consideran que

ello no puede sostenerse lógicamente respecto a Traico pues sus dichos se contradicen con lo afirmado por Motta y Sanuar -quienes también fueron considerados veraces- y con la documentación que se ha considerado auténtica.

Es que Traico declaró que el vehículo lo adquirió a Bagatello el día 13 de mayo de 2003 (fecha que se desprende del Formulario 08 obrante en el legajo del vehículo EBH-274 y del contrato de compraventa obrante a fs. 155) y que lo vendió directamente a Motta, a las "horas" de haberlo adquirido a Bagatello, pero no es esto lo que afirman Motta y Sanuar.

Plantean que si Traico fue veraz, debe considerarse como cierto que sólo tuvo la camioneta sólo unas horas el día 13 de mayo de 2003, en cuyo caso -razonan- no puede ser auténtico el pedido de informe que solicitó Motta previo a la compra del vehículo, que data del 21 de mayo de 2003 (fs. 9/10), esto es, ocho días después que compró el vehículo a Traico, ni pudieron tampoco haberse llevado a cabo todas las actividades que Sanuar y Motta afirmaron haber realizado previo a la adquisición del vehículo, es decir, el vehículo en lo de Traico, llevarlo Sanuar a Motta para que lo vea, pedir éste los informes previo a abonar la suma pactada.

Destacan que las reglas de la experiencia indican que toda persona que pretende adquirir un vehículo, previo a abonar el monto pactado, toma recaudos respecto a los gravámenes que pueden pesar sobre él como así también de su dominio, lo cual reafirma lo manifestado por Motta de que solicitó informes del vehículo porque estaba por adquirirlo a *"un gitano"* quien, además, y según lo manifestado por el mismo Traico, tiene antecedentes penales *"por comprar algún vehículo que a lo mejor era robado"* (acta de fecha 7/2/08).

Concluyen que si las declaraciones de Motta y Sanuar han sido veraces y las de Traico se contradicen con éstas y con la documentación incorporada, la conclusión del Tribunal acerca de la veracidad de los testigos invocada para desacreditar la prueba de la verificación en regla de la camioneta blanca, es falsa.

Estiman que el argumento utilizado por el Tribunal de que resulta improbable que tantas personas, sin vinculación previa, se pongan de acuerdo para declarar en el mismo sentido y perjudicar a un tercero ajeno a los hechos, no resulta aplicable al caso puesto que Traico tenía una relación comercial asidua con Motta, al igual que con Sanuar.

Invocando el sentido común, afirman que existía un motivo para que esos testigos no fueran veraces y es que el primero de ellos que dijera que compró un vehículo reparado sería el principal sospechoso del ilícito que se investigaba.

Todo ello los lleva a concluir que no todos los testigos fueron veraces en el debate, lo cual destruye la univocidad de la conclusión a la que arriba el Tribunal de que sólo Bagatello pudo realizar el hecho juzgado y pone en evidencia la relevancia de la verificación vehicular como prueba de descargo que arbitrariamente fue desacreditada a partir de esos testimonios.

Estiman que si los indicios valorados por el juzgador no conducen necesariamente a la conclusión de que sólo el acusado pudo ser quien entregó el vehículo ya adulterado, y la verificación vehicular realizada por Bagatello es auténtica, no cabe sino concluir que la adulteración y ensamble necesariamente deben haberse realizado con posterioridad a la venta a Traico, lo cual cobra sentido en tanto se advierte -como lo refirió el sentenciante- que las adulteraciones eran detectables a

simple vista y no podrían haber pasado por alto ninguno de los compradores del vehículo.

Por último, cuestionan que se incrimine a Bagatello con el argumento de que sólo él pudo obtener una ganancia económica importante. Señalan que, apelando a la misma regla de la experiencia tribunalicia con la que se sostuvo que quien sustrae el auto no es quien se lo queda, adultera y después vende, puede entenderse también que quien compra un vehículo legalmente para su reventa lo hace, en realidad, para vender dos autos con la misma documentación y numeración (denominados "gemelos") y así obtiene una importancia ganancia.

Es decir, plantean que bien pudo el acusado transferir el vehículo en las condiciones que afirmó (reparado y verificado) y posteriormente, otro sujeto de la cadena, con toda la documentación en regla, armar dos vehículos y venderlos a valor de plaza.

En suma, entienden que los indicios con los que el Tribunal reconstruyó el hecho juzgado no permiten arribar a una conclusión única en el sentido de que Bagatello es el único sujeto de la cadena de comercialización que estaba en condiciones y tenía la motivación de realizar el injusto por el que se lo ha condenado, razón por la cual solicitan se haga lugar al recurso deducido, disponiendo la absolución de su defendido.

II. Los distintos agravios esgrimidos por los recurrentes se dirigen a cuestionar la fundamentación del fallo en lo atinente a la participación de Hugo Roque Bagatello en el hecho, sea aludiendo a la insuficiencia probatoria para arribar a la certeza sobre

su responsabilidad penal, sea tachando de contradictorio el razonamiento utilizado por el juzgador al meritar la prueba en que se funda la condena.

1. En lo que respecta a la fundamentación probatoria, se ha dicho que compete a esta Sala verificar “*la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto*”, con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es, “*lo que surja directa y únicamente de la inmediación*” (CSJN, “Casal”, 20/09/05).

Ahora bien, si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito -entre otros recaudos- *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; TSJ, Sala Penal, “Terreno”, S. n° 44, 8/06/00, entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (CPP, 193), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (CPP, 413 inc. 4°).

De allí que resulta inconducente una argumentación impugnativa que se contenta sólo con reproches aislados que no atienden al completo marco probatorio o que esgrime un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio (TSJ, Sala Penal, “Calderón”, S. n° 289, 26/10/07; “Martínez”, S. n° 36, 14/3/08; “Fernández”, S. n° 213, 15/8/08; “Crivelli”, S.

n° 284, 17/10/08; "Cabrera", S. n° 343, 21/12/09; "Villagra", S. n° 8, 19/2/10; entre muchos otros).

2.a. El recurso bajo análisis incurre en el defecto apuntado por cuanto en lugar de ofrecer una visión crítica sobre la totalidad del marco convictivo meritado por el sentenciante, se circunscribe a análisis parciales que desatienden la univocidad que emana de su estudio integrado.

Contrariamente a lo enunciado por la defensa, la condena se deriva de una **apreciación conjunta e integral** de un cúmulo de elementos probatorios e indiciarios que brindan adecuado sustento a la decisión resistida:

* La copia de la **denuncia** obrante a fs. 281/283 acredita que el día 4/3/03, en la ciudad de Villa Carlos Paz, fue sustraída una pick-up Toyota, Dominio DUM-426, motor n° 5L5124980, chasis n°BAJ33LNL029101710, color blanca, a su propietario, Abel Alberto Latini.

* El **legajo** del automotor dominio EBH-274 (documentación reservada) y los testimonios de **José Antonio Medina** (fs. 420 vta./422 vta.) y **Adrián Mateo Germanetti** (fs. 427 vta./429) indican que el día 1/4/03 el imputado Hugo Roque Bagatello compró un vehículo Toyota Hilux color verde a Adrián Germanetti y lo inscribió a nombre de José Medina, el cual presentaba daños en el capot, guardabarros delanteros, ópticas, radiador, etc., producto de haber sufrido múltiples vuelcos.

* El **boleto de compraventa** obrante a fs. 155 registra que con fecha 13/5/03, el imputado Hugo Roque Bagatello vendió ese rodado -en representación de José Medina- a Blanca Violeta Miguel, por la suma de \$39.000.

* **Ariel Traico**, esposo de Blanca Miguel, declaró que compró a Bagatello la pick-up Toyota dominio EBH-274, de color blanco, pagando aproximadamente \$40000. Recordó que el vehículo no estaba a nombre de Bagatello sino de un empleado o amigo suyo que fue quien firmó el Formulario 08 y que a la suma pactada se la dio al propio Bagatello. Explicó que el gestor que intervino en la operación (Deganutti) hizo el boleto de compraventa a nombre de su esposa y Bagatello le entregó el Formulario 08 firmado por el titular en blanco y todos los papeles. Afirmó que no mucho tiempo después -a las "horas", en sus palabras-, vendió ese vehículo a Walter Motta con la misma documentación que había recibido de Bagatello. Aclaró que con éste no firmó boleto alguno ya que habían efectuado varias operaciones antes y para no hacer tantas transferencias que cuestan plata, ganando en la operación unos mil o dos mil pesos (fs. 418 vta./419).

* **Walter Ricardo Motta**, quien es propietario de un negocio de venta de autos, dijo haber comprado la camioneta a Traico por intermedio de Jorge Sanuar, quien le dio el "dato". Manifestó que la camioneta estaba en excelentes condiciones, era blanca y estaba impecable, no tenía choques ni vuelcos, que la pintura era original de fábrica y tenía unos 20.000 kms. Refirió haber recibido de Traico toda la documentación requerida para poder efectuar la transferencia de dominio, esto es, el Formulario 08, la verificación, el título e incluso todos los manuales de fábrica, pagando por ella entre cuarenta y cuarenta y dos mil pesos. Aclaró que antes de efectuar la operación pidió un informe verbal en el Registro sobre prendas o embargos, según sus dichos "porque venía de un gitano" y luego vendió el vehículo a Antonio Miguel Scerbo. Destacó que cuando éste le reclamó por el problema que había tenido, habló con Jorge Sanuar

quien le manifestó que la camioneta era de un tal Bagatello que poseía una empresa de transporte, comunicándole este dato a Scerbo (fs. 419/vta.).

* **Jorge Marcelo Sanuar** declaró que durante varios años se dedicó a trabajar como intermediario en la venta de autos y que en sus actividades conoció a Traico, que precisamente se dedicaba a la venta de vehículos, siendo habitual que pasara a ver qué vehículos tenía. Que así fue que vio en el domicilio de Traico la Toyota blanca, doble cabina, que estaba impecable, con pocos kilómetros y luego de hablar con éste se la ofreció a Motta, quien vio el vehículo y lo compró, pagando algo así como cuarenta y dos mil pesos. Que él ganó unos cien dólares como intermediario. No pudo explicar cuánto tiempo pasó desde que vio la camioneta en lo de Traico hasta que hizo el negocio con Motta pero recordó que fue "poco tiempo" (fs. 419/420).

* **Antonio Miguel Scerbo** relató que en junio de 2003 vio en el diario La Voz del Interior un aviso de una pick-up Toyota, que primero habló teléfono y a la semana siguiente fue a verla junto a sus amigos Ignacio Balbis y Paola Wisniexsky a un lugar cerca de la Av. Juan B. Justo, siendo atendidos por un señor mayor de apellido Motta. Explicó que la camioneta estaba muy bien, como "nueva", y que aproximadamente una semana después fue con su mecánico de confianza, José Osvaldo Bario, quien la probó, miró la parte mecánica y la chapa y le confirmó que estaba muy bien, que la pintura era original, recomendándole que la comprara. Que pagó por ella el precio de plaza, algo así como cuarenta y tres o cuarenta y cuatro mil pesos. Aclaró que la operación se concretó unos días después, directamente en el Registro del Automotor, que él entregó una camioneta Dakota en parte de pago y ambos se dieron la documentación de cada uno de los vehículos ya completa, incluida la verificación.

Refirió haber usado la camioneta sin ningún problema hasta julio del 2004, cuando en una estación de servicio un policía del CAP advirtió que la numeración de los cristales estaba adulterada y luego se confirmó que el chasis pertenecía a un vehículo robado. Recordó que cuando compró la camioneta Motta le dijo que estaba a nombre de Medina pero el dueño era un empresario de Monte Cristo. Que a raíz de su detención, su padre fue a verlo a Motta y allí le dijo que se trataba de Bagatello. Destacó que cuando se hizo la pericia numérica, el Comisario le indicó que la adulteración estaba efectuada "impecable" e incluso llamaba a los técnicos para que la vieran. Recalcó que antes de que surgiera el problema con el vehículo, Motta no había mencionado a Bagatello, sólo se refería a un empresario de Monte Cristo, "gente muy fuerte", con quien ya había efectuado otras operaciones comerciales (fs. 417/418 vta).

* **Jorge Osvaldo Bario** confirmó lo relatado por Scerbo. Afirmó que la camioneta estaba nueva, la carrocería excelente, el motor nuevo con pocos kilómetros, no tenía choques ni arreglos e incluso tenía instalado un sistema llamado "vigía" que sirve para detectar si el motor tiene algún desperfecto o falla y hace que el vehículo se pare, que es el que utilizan los transportistas y camioneros. Recordó que el vendedor manifestó que los papeles estaban en regla, hasta la verificación ya efectuada, por lo que le recomendó a Scerbo que la comprara y aclaró que no revisó la numeración del chasis y motor porque eso no le compete como mecánico (fs. 420/vta.).

* **Ignacio Balbis** (fs. 426 vta.) y **Paola Wisniewsky** (fs. 119), también confirmaron los dichos de Scerbo.

* **Mario Roberto Almada**, personal policial del servicio de patrulla preventiva, relató que el día 17/7/04 se conducía junto a su compañero en el móvil policial

asignado y al llegar frente al CPC de Argüello observó un pick-up Toyota Hilux, blanca, con vidrios polarizados, sin ocupantes, dominio EBH-274 estacionada y notó algo raro en los números estampados en los cristales, como que parecían más grandes que los normales -aclaró que ellos se conducían en una camioneta de iguales características-, por lo que decidieron controlarla. Que al acercarse vio que los cristales tenían grabado el VIN N° 39105047 y que los números eran efectivamente más grandes que los que vienen de fábrica, y abajo, el dominio EBH-274 que coincidía con la camioneta. Que en ese momento se hizo presente un joven quien se identificó como Antonio Miguel Scerbo y dijo ser el dueño del auto por que le requirió la documentación del rodado, exhibiéndole una cédula de identificación del automotor a su nombre de fecha 3/7/03, con los datos correspondientes al rodado Toyota Hilux, dominio EBH-274, chasis número 8AJ33LNL039105047, motor 5L5232095. Dijo que al abrir Scerbo la puerta del lado del acompañante pudo observar, mirando el cristal de abajo hacia arriba, que desde la parte media hacia arriba de la numeración del VIN estampada, que a simple vista se leía 39105047, se veía otro número de VIN, el 29101710. Que consultó por radio, siéndole informado que esa numeración correspondía a una camioneta de igual marca y modelo, dominio DUM-128, perteneciente a Abel Latini, que registraba pedido de secuestro de la UR3 (Villa Carlos Paz) de fecha 4/3/03. Que luego corroboró que la numeración del chasis también estaba adulterada y pertenecía a ese vehículo robado, por lo que se procedió al secuestro del rodado y aprehensión de Scerbo. Recordó que al revisar el interior del vehículo, más precisamente debajo del asiento del lado del acompañante, lugar donde debería llevar un sticker con una numeración que repite el número de VIN del chasis,

se ubicaba un sticker flojo, al que se le alcanzaba a leer el número 39_._5047, notando al quitarlo que atrás de donde se encontraba presentaba un color verde cuando en realidad, de pertenecer al rodado en el que se encontraba, debería haber sido de color blanco, por lo que también se procedió a secuestrar dicho sticker. Asimismo dijo haber observado que en el parante de la puerta del lado del acompañante presentaba otro sticker con la numeración 39105047 como rayado, visualizándose al costado del mismo como si estuviera raspada o saltada la pintura de la camioneta, mientras que en el habitáculo del motor, más precisamente en la parte media superior, ubicó otro sticker con la misma numeración que a simple vista estaba como despegado un poquito en uno de sus extremos. Aclaró que los números de los vidrios de la camioneta los vio a simple vista desde unos dos o tres metros y luego, también a simple vista, vio que tenía otros números debajo (fs. 423/424).

* El **Formulario 08** obrante a fs. 48/49 del legajo del automotor dominio EBH-274 (documentación reservada), registra que José Medina firmó como vendedor del vehículo ante el escribano Alvaro Díaz el día 13/5/03, esto es, el mismo día en que Traico adquirió el vehículo a Bagatello, según surge de su testimonio y del boleto de compraventa de fs. 155; mientras que Antonio Miguel Scerbo lo hizo con fecha 3/7/03 al presentarlo en el Registro del Automotor para concretar la transferencia del vehículo a su nombre.

* El **informe técnico numérico** (fs. 42) y el **revenido químico** (fs. 51), determinaron que la numeración estampada en la carrocería blanca del vehículo secuestrado a Scerbo no era la original de fábrica, estaba adulterada correspondiéndose a la perteneciente al dominio DUM-428.

* La **pericia técnica mecánica**, determinó que la pintura blanca de la camioneta secuestrada era original de fábrica y no poseía reparaciones de magnitud, sólo reparaciones menores en el sector frontal izquierdo de la unidad (guardabarros y capot) (fs. 344/349).

b. En lugar de efectuar una crítica integrada de este marco convictivo, los recurrentes se han circunscripto a cuestionar la veracidad de algunos testigos (Traico) apelando a un indebido fraccionamiento y descontextualización de sus dichos, y a discrepar con el escaso valor convictivo asignado a ciertos elementos probatorios (la verificación vehicular) que estimaban decisivos para demostrar la veracidad de **la postura defensiva** esgrimida por el acusado, sin reparar que la versión del acusado fue **desvirtuada** a partir del análisis conjunto de los elementos probatorios señalados.

Veamos:

* Los testimonios de los sucesivos tenedores del vehículo (Traico, Motta, Scerbo) y la documentación obrante en la causa (boleto de compraventa -fs. 155- y formulario 08 -fs. 48/49 del legajo del dominio EBH-274 reservado-), acreditan que la camioneta dominio EBH-274, color verde, chocada, que Bagatello adquirió a Germanetti fue inscripta a nombre de José Medina y que es éste quien firma el Formulario 08 que Bagatello entrega a Traico, con los datos del comprador en blanco, los cuales son completados cuando lo presenta (con fecha 3/7/03) ante el Registro de la Propiedad Automotor para la transferencia del automotor. Ello desvirtúa la versión que dio Bagatello de que tanto Medina como la mujer de Traico firmaron el Formulario 08 como compradores antes que les entregara el vehículo.

* De las declaraciones de Scerbo, Motta, Traico, Sanuar y Almada, y la documentación incorporada en la causa (formulario 08, acta de secuestro de fs. 4, fotocopia del título y cédula verde de fs. 8, informe de dominio y documentación del rodado de fs. 9/27), se desprende con certeza que la camioneta color blanco que Scerbo compró a Motta es la misma que le fue secuestrada el 17/7/2004, esto es, con el chasis y carrocería perteneciente al vehículo dominio DUM-428 sustraído a Latini el 4/3/03.

La postura defensiva, en cuanto apunta contra Scerbo y los anteriores tenedores del rodado (especialmente Traico) como los autores de la adulteración, se desvirtúa a poco que se repara en que lo declarado por Scerbo, respecto de las características del vehículo y las condiciones de su adquisición, fue confirmado tanto por sus amigos Balbis y Wisnieski y el mecánico Bario, cuanto por Motta, Sanuar y Traico, y que a ninguno de estos últimos cuatro, por los conocimientos que tienen en el rubro automotor, pudo pasárseles por alto que la camioneta no estaba reparada y repintada. Por el contrario, todos fueron contestes en destacar que el vehículo estaba en excelente estado y que la pintura (blanca) era original, como luego confirmó la pericia técnico-mecánica (fs. 349).

* El informe técnico numérico (fs. 42), revenido químico (fs. 51) y pericia técnica-mecánica (fs. 349) -agrego también el testimonio del policía Almada (fs. 422 vta.)-, demuestran fehacientemente que el chasis del vehículo secuestrado no es el perteneciente a la camioneta EBH-274 color verde chocada que compró Bagatello a Germanutti e inscribió a nombre de Medina, sino el del vehículo dominio DUM-428,

color blanco que fue sustraído a Latini, y que su numeración fue adulterada para pasar como original de aquél vehículo.

* La experiencia común, como bien resalta el juzgador, indica que el cambio de color de pintura de un auto es fácilmente detectable, más cuando es de verde oscuro a blanco, y ninguno de los adquirentes -pese a dedicarse algunos al comercio de automóviles-, advirtió tal circunstancia; por el contrario, destacaron que la pintura blanca era original.

* Es sabido, además, en el mercado automotor que el auto que no conserva el color de fábrica disminuye considerablemente su valor. Sin embargo, según la versión de la defensa, Bagatello lo compró, reparó -por daños que, como refirió Germanutti, fueron mucho más graves que los que invocó el acusado-, pintó -de blanco sobre verde oscuro- y vendió casi al precio de mercado, sin que el adquirente, ni ninguna otra persona que vio el vehículo -algunos habituales al comercio de vehículos-, haya advertido ninguna de las circunstancias alegadas por el imputado.

* El precio por el que vendió Bagatello, que se corresponde con el de una unidad nueva y pintura original, es un indicio que demuestra con contundencia que la unidad ya estaba ensamblada cuando se la vendió a Traico. Es que, un auto chocado con grandes daños, no puede ser vendido al precio de una unidad nueva.

* La defensa sólo se ha amparado en la **verificación** numérica (fs. 159) para sostener que el vehículo que vendió Bagatello estaba en regla y que otra persona reemplazó después la carrocería.

Sin embargo, la posibilidad de que dicha verificación sea auténtica o sea falsa en su contenido, se diluye frente a la contundencia de las pruebas antes reseñadas, que

acreditan irrefutablemente que el vehículo que el imputado compró a Germanetti era verde y tenía múltiples y severos daños en su carrocería, cristales, etc. -tan es así que debió trasladarla desde Marcos Juárez con un servicio de grúa (fs. 421 vta. *in fine*)-, mientras que el que vendió a Traico era blanco de fábrica y estaba en perfecto estado, sin reparaciones de entidad, y que se trata del mismo vehículo que se secuestró -adulterado- en poder de Scerbo, habiéndose descartado, a partir de fuertes indicios de oportunidad y motivación, que la maniobra haya sido efectuada por cualquiera de los intermediarios en la cadena de comercialización luego que Bagatello se desprendiera del rodado.

En este punto, cobra particular importancia el análisis del Tribunal sobre el móvil económico que subyace a la maniobra delictiva y que culmina por incriminar a Bagatello.

Con razón señala el fallo que quien realiza una maniobra como la investigada en autos, ensamblando la carrocería de un vehículo sustraído en la de uno comprado siniestrado pero con los papeles en regla, lo hace con fines económicos.

A poco que se repasan los testimonios recabados, se advierte que quien mayor provecho obtuvo de la comercialización del rodado fue el acusado. En efecto, compró un vehículo siniestrado por menos de la mitad de su valor y lo vendió por un precio apenas inferior al de plaza. Traico y Motta obtuvieron, en cambio, una ganancia que considerada normal en ese tipo de negocio (entre mil y dos mil pesos). Esta circunstancia no deja margen para que les resulte rentable el ensamblado de partes de un vehículo sustraído.

Esta circunstancia no sólo surge de sus testimonios sino también de la documentación aportada por la compañía de seguros "La Segunda" (fs. 81/91) que registra que el 7/6/03 se abonó a Latini la suma de \$43200 en concepto de indemnización total por la sustracción del vehículo de su propiedad (fs. 81), así como de las facturas de compra obrantes en el legajo del automotor EBH-274, las cuales registran que Germanetti pagó por el vehículo EBH-274, 0km., unos meses antes de venderlo a Bagatello, la suma de \$51.084,80.

La explicación que aporta el acusado para trasladar la responsabilidad a los sucesivos adquirentes del vehículo -particularmente hacia Traico- alegando que pudo confeccionar dos vehículos "gemelos" a partir del que vendió "en regla", son meras elucubraciones que no encuentran asidero en el cuadro probatorio analizado.

Las características del automóvil secuestrado, descartan que se trate de un vehículo "gemelo". Se ha comprobado a través del informe técnico (fs. 42), revenido químico (fs. 54) y pericia mecánica (fs. 344) que el vehículo era originalmente **verde** y mutó a **blanco** al insertársele el chasis perteneciente a un vehículo robado, lo cual ha sido corroborado también por el testimonio del policía Almada, quien destacó que, al revisar el vehículo, advirtió que *"debajo del asiento del lado del acompañante, lugar donde debería llevar un sticker con una numeración que repite el número de VIN del chasis, se ubicaba un sticker flojo, al que se le alcanzaba a leer el número 39_._5047 (numeración perteneciente al dominio del vehículo adquirido por Bagatello), notando al quitarlo que atrás de donde se encontraba presentaba un color verde cuando en realidad, de pertenecer al rodado en el que se encontraba, debería haber sido de color blanco..."* (fs. 423 vta.).

3. Todo lo expuesto, permite tener por acreditada la participación del incoado en el delito de encubrimiento con ánimo de lucro, conclusión no ha sido eficazmente conmovida por las críticas de los impugnantes.

Voto, pues, negativamente a la presente cuestión.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc de Arabel, dijo:

La Sra. Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Invocando asimismo el motivo formal de casación (CPP, 468 inc. 2º), los recurrentes denuncian la nulidad de la sentencia por **violación al principio de congruencia.**

Explican que la sentencia mutó esencialmente el sujeto pasivo del estelionato pues la acusación, si bien no menciona esa calificación legal, deja claro que la persona a quien el imputado vende la camioneta ajena es Blanca Violeta Miguel. Afirma que así pareció entenderlo el juzgador cuando señala que fue la maniobra ardidosa desplegada por el autor de ensamblar el vehículo sustraído al adquirido lo que llevó a aquélla a desembolsar la suma de \$39000, engañada sobre la legal procedencia del

automotor que compraba pero que luego, contradictoriamente, posiciona al querellante particular como la víctima de la defraudación.

Explican que si bien existen casos en los que el engañado no es quien sufre el perjuicio patrimonial, no es este el caso ni puede ser equiparado a tal por el solo hecho de haber podido "zafar" la damnificada vendiendo el objeto del delito -aún con ganancia- puesto que el perjuicio lo sufrió al abonar el precio de venta, quedando consumado allí el delito, sin importar si luego pudo ser resarcida por obra del autor, de un tercero o del azar.

Señalan que si la policía hubiera detectado las anomalías que presentaba la camioneta comprada a Bagatello antes que Blanca Miguel hubiese podido desprenderse de ella, ninguna duda hubiera quedado de que ella fue el sujeto pasivo del estelionato.

Insisten que el acusado vendió a Miguel y ello no cambia porque Scerbo haya sido quien inscribió el vehículo, como pretende la querellante y ha aceptado la sentencia, pues la inscripción registral no se exige a los fines de la adquisición del dominio, como ocurre en el caso de inmuebles, sino para su transferencia una vez que ya ha sido adquirida, ya sea mediante instrumento público, privado o incluso verbalmente.

Sostienen que la defensa fue sorprendida por la sentencia que estableció que el sujeto pasivo de la estafa fue Scerbo con el argumento de "el perjuicio efectivo se traduce en que el último comprador y a la postre Titular registral del automotor así adquirido... tuvo que comprar nuevamente el chasis y carrocería que no eran de Bagatello a su verdadero propietario..." ya que si bien se había admitido su

intervención en el proceso como ofendido penal del encubrimiento, la condición de sujeto pasivo de la defraudación recién se conoció en la sentencia. Si bien es cierto que ya se había insinuado en el alegato del Fiscal de Cámara, cuando este señaló la necesidad de completar la investigación en relación al delito de estafa, estiman que ello no equivale de modo alguno a la formulación de una acusación fiscal ni a la reformulación del art. 289 CPP sino sólo a un pedido de remisión de los autos a la Fiscalía para que investigara una posibles defraudación.

Plantean, pues, que esa alteración esencial de la plataforma fáctica, por haberles sido conocida recién en los fundamentos de la sentencia, les ha impedido el ejercicio regular del derecho de defensa, viciando de nulidad al fallo.

Explican que la estrategia defensiva se basó en que el acusado vendió la camioneta a Miguel en regla, valiéndose a tal fin del formulario de verificación que da cuenta de la originalidad de la numeración, lo cual podría haber variado de haber conocido que se le atribuía a Scerbo la condición de sujeto pasivo de estelionato, haciendo recaer la responsabilidad de la presunta adulteración numérica, por ejemplo, en los posteriores intervinientes o trasladando la maniobra delictiva a alguno de los participantes en la posterior cadena de transferencias.

Entienden que no se le puede exigir a la defensa del imputado, en esta instancia, que demuestre que una variación de la estrategia defensiva hubiese sido exitosa para recién tener por acreditada la lesión al art. 18 CN, o que enuncie las pruebas de que se vio privada de ofrecer, pues ello implicaría colocarla en una situación de desigualdad respecto de los acusadores, frente a un nuevo juicio, al hacerle conocer a éste, antes de

los momentos fijados por la ley procesal, cuáles serían sus pruebas o sus defensas y lo mismo ocurriría en materia de argumentos defensivos.

Por otra parte, resisten la explicación que da el sentenciante respecto a que las precisiones sobre el estelionato no obstan a la congruencia entre la acusación y sentencia pues se trata del mismo hecho por el que venía acusado Bagatello y sobre cuyos extremos se defendió acabadamente, toda vez que la realidad es que el acusado se defendió del estelionato del que habría resultado perjudicada Miguel y no del estelionato del que la sentencia hizo damnificado a Scerbo.

Afirman que la irregularidad que denuncian no ha quedado subsanada tampoco porque Bagatello haya conocido la pretensión civil de Scerbo, pues ésta había sido admitida en su condición de damnificado indirecto del delito de encubrimiento y no del estelionato.

Asimismo objetan que se diga que el defecto de la acusación queda "purgado" si el imputado se defendió del hecho diverso por cuanto entienden que ese razonamiento implica consagrar la máxima *"porque estuvo bien defendido, debe admitirse que estuvo bien acusado"* y convalidar una acusación inválida, lo que resulta inconciliable con la garantía constitucional que se protege con dicho instituto.

En función de todo lo expuesto solicitan se declare la nulidad de la sentencia y se reenvíe el proceso a otro tribunal para que dicte un nuevo pronunciamiento, haciendo extensivo sus alcances a la condena civil.

II.1. El problema de la correlación entre acusación y sentencia ya ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte de esta Sala. En ellos se sostuvo que la regla es una entre varias que conforman el **principio procesal de la inviolabilidad**

del derecho de defensa en juicio (TSJ, Sala Penal, "Ateca", S. n° 125, del 26/10/99; "Bosio", S. n° 18, 4/4/00; "Quiroga", S. n° 78, 30/8/01, "Ahumada", S. n° 349, 26/12/07, "Oliva", S. n° 286, 21/10/08; ; "Mercante", S. n° 313, 7/12/09; entre muchos otros).

Se ha dicho que, para hacer efectiva esta garantía constitucional (CN, 18 y 75 inc. 22; DADyD, XVIII y XXVI; DUDH, 10; PIDCyP, 9 inc. 3°; CADH, 8; C. Pcial., 39; CPP, 1), entre otras formas, se hace necesario que *"entre la acusación intimada (originaria o ampliada), y la sentencia debe mediar una correlación esencial sobre el hecho, la que impide condenar al acusado por uno diverso del que fuera objeto de la imputación formulada (ne est iudex ultra petita partium)"* (cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ra. ed., primera reimpresión, actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Ed. Lerner, Córdoba, 1982, T. II, p. 233; CLARIA OLMEDO, Jorge Andrés, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Bs.As., 1960, T. I, p. 507). Ello, por cuanto de nada valdría afirmar que no hay juicio sin acusación, al igual que ésta debe ser correctamente intimada, si no se suma la exigencia que el Juez únicamente pueda condenar al acusado como culpable del hecho **sobre el que versó la actividad defensiva** ("Bosio", cit.).

Tal exigencia ha sido receptada en forma expresa por nuestra ley adjetiva local (CPP, 389), al establecer que *"si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior..."*. Su inobservancia acarrea la **nulidad absoluta** de la sentencia por cuanto **afecta la defensa del imputado** en lo que hace a su intervención y asistencia en el proceso

penal (CPP, 185 inc. 3º, primer y segundo supuestos y 186 segundo párrafo), en virtud que **coarta la defensa material y técnica**, las que tuvieron como referencia para su desarrollo el hecho contenido en la acusación ("Bosio", cit.).

Pero no toda diferencia menoscaba esta facultad del imputado; sólo concurre tal perjuicio cuando la diversidad le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas defensivas (NÚÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1986, nota 1º al art. 414, pág. 385; cfr., TSJ, Sala Penal, "Ateca", cit.; "Cuello", S. nº 8, 1/7/88; "Avalos", S. nº 17, 17/10/90; "Sánchez", S. nº 23, 28/5/97; entre otros).

Coherente con ello, en relación a la conexión existente entre intimación y la garantía de defensa en juicio, se ha dicho con exactitud que *"para que la defensa sea un elemento efectivo del proceso y el imputado pueda negar o explicar el hecho que se le atribuye, o afirmar alguna circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad, u ofrecer pruebas de descargo, o argumentar en sentido contrario a la imputación, es necesario que ésta sea intimada, es decir, puesta en conocimiento de la persona contra la cual se dirige"* (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, p. 221; TSJ, Sala Penal, "Valdez", S. nº 13, 11/4/97).

2. La doctrina arriba expuesta lleva al rechazo de la pretensión recursiva, puesto que la particular circunstancia relativa a la venta de un bien parcialmente ajeno como propio, configurativa del delito de estelionato por el que se condenó al imputado (CP, 173 inc. 9º), se encontraba contenida en la acusación.

Si bien la descripción del hecho no consignaba de manera completa y circunstanciada dicho extremo, esa omisión resulta intrascendente en tanto la

comercialización del bien por parte del acusado sí estaba incluida en la fundamentación de la pieza acusatoria (fs. 180/183).

Dicha observación reviste especial importancia porque el "*elemento lógico -de la acusación- comprende como en un conjunto a los anteriores*" (CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. IV, Ediar, 1964, p. 410; TSJ, Sala Penal, "Rabanal Aguirre", A. n° 338, 22/10/2002) y es donde el Ministerio Público debe "*exponer sucintamente los motivos o fundamentos de hecho y de derecho que lo determinan a formular la acusación, lo que posibilita y encauza la actividad defensiva*" (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Imprenta UNC, 1956, T.II, pág. 105; TSJ, Sala Penal, "Atala", S. n° 118, 4/12/2003).

La lectura del auto de elevación a juicio en el debate (fs. 318), pues, diluye el agravio presentado, habida cuenta que la defensa tuvo la efectiva posibilidad de controvertir el extremo cuestionado, lo cual desecha la situación de indefensión que ahora esgrime, frente al resultado desfavorable que importó el encuadramiento del hecho en una figura penal que no había sido aplicada en la instrucción, pero cuya selección se corresponde con las circunstancias fácticas contenidas en el relato acusatorio.

Cabe agregar a lo dicho que, si bien al momento de alegar, el Sr. Fiscal de Cámara decidió mantener la acusación por el encubrimiento agravado por ánimo de lucro y supresión de la numeración de objeto registrable, en concurso real, mas consideró que en relación a la configuración de la estafa en perjuicio del querellante debía ahondarse en la investigación (fs. 379 vta./380), la apoderada del Querellante

Particular solicitó condena por ese delito, solicitando se aplicara la agravante genérica del art. 22 bis (fs. 380 vta./381).

De modo tal que el pedido de condena del querellante, ha habilitado al Tribunal de juicio a emitir el fallo con relación a la acusación no mantenida -parcialmente- por el representante del Ministerio Público Fiscal (cfr. criterio de la CSJN, “Santillán”, 13/8/98; TSJ, Sala Penal, “Ahumada”, S. n° 6, 17/2/05; S. n° 82, 16/08/05, “Mafrand”; S. n° 55, 21/06/06, “Chappa”, “Rodríguez”, S. n° 118, 14/06/2007).

Por último, debe señalarse que a pesar del esfuerzo argumentativo realizado por los recurrentes, no han logrado demostrar la trascendencia anulatoria del vicio denunciado. Es que aún cuando hipotéticamente se aceptase que Bagatello no fue intimado por la venta fraudulenta del bien adulterado -lo que como se ha indicado *supra*, no ha ocurrido-, la sola lectura de las declaraciones del incoado (fs. 161/162, 352.) y de los sucesivos planteos defensivos (fs. 170/172; 381/382 vta.), permite afirmar que ha ejercido plenamente el derecho de defensa que arguye vulnerado en relación a esa circunstancia.

La inexistencia de un perjuicio **concreto** vinculado al defecto que denuncian los recurrentes, conlleva a rechazar el agravio invocado, puesto que nuestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo cuando ella lesiona el interés de las partes, exigencia que tiene por objeto evitar el establecimiento de un sistema de nulidades puramente formales, acogiendo sólo aquellas que por su posible efecto corrector, tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquel interés (TSJ, Sala Penal, "Leyría", A. n° 73, 4/11/1985; "Charras", A. n° 107, 27/3/1999; "Pompas", S. n° 20,

5/4/2000; "Altamirano", S. n° 156, 24/06/2008; entre otros; CSJN, Fallos 295:961, 298:1413, 311:2337, entre muchos otros).

Voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc de Arabel, dijo:

La Sra. Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Al amparo del motivo sustancial de casación (CPP, 468 inc. 1°), se denuncia la errónea aplicación del art. 55 CP al haberse concursado realmente los delitos de encubrimiento agravado y estelionato (CP, 277 inc. 1° "c" en función del inc. 2° "b" - ley 25.246- y 173 inc. 9°).

Entienden los recurrentes que corresponde concursar idealmente ambos delitos (CP, 54), por cuanto la venta posterior a la receptación del bien forma parte esencial para el logro del fin de lucro que se atribuye a la conducta receptadora.

Esgrimen que, si Bagatello vendió la cosa receptada como si fuera propia y no lo era pues la había adquirido a sabiendas que era robada, y lo hizo para lucrar, compró

para lucrar y lucró vendiendo, lo cual pone en evidencia que hay un solo contexto integral de acción encuadrado por el art. 54 CP y no por el 55 íbid.

Señalan que esta opinión es compartida por Ricardo Núñez quien señala que *"No existe aquí un concurso de leyes, ya que el tipo del estelionato no comprende siempre el del encubrimiento (art. 227 inc. 3°), sino que concurre en el caso particular por la circunstancia de que el vendedor sabe que la cosa que vende y cuya propiedad se atribuye proviene de una sustracción. Los delitos concurren idealmente: el mismo hecho de venta de la cosa ajena como propia merece como tal la calificación de estelionato, y además, por la circunstancia de que el vendedor conoce su origen, encuadra en el art. 277, inc. 3°."*

Solicitan, pues, que se case la sentencia y luego de la corrección legal, se efectúe una disminución proporcional de la pena impuesta.

II. El Tribunal fijó el hecho acreditado de la siguiente manera: *"Con fecha que no se puede determinar con exactitud pero ubicable entre el 04 de marzo de 2003 y el 05 de mayo de 2003, el imputado Hugo Roque Bagatello recibió en un lugar no determinado de esta ciudad de Córdoba, a sabiendas de que provenía de un delito y con fines de lucro, de personas no identificadas hasta la fecha por la instrucción, el automóvil marca "Toyota Hilux" doble cabina, dominio DUM-428 Motor Nro. 4L-5124980, Chasis Nro. 8AJ33LNR029101710 que había sido sustraído a su propietario, Abel Latini, con fecha 04 de marzo de 2003 en la Ciudad de Villa Carlos Paz, por autores ignorados en un hecho de robo calificado. Con este rodado en su poder, el imputado Hugo Roque Bagatello, quien había adquirido con fecha 01 de abril de 2003 en la localidad de Marcos Juárez, por intermedio de José Antonio*

Medina -quien la inscribió a su nombre-, la camioneta marca "Toyota Hilux" 4x2, cabina doble, modelo DX 3.0D, dominio EBH-274, Motor Nro. 5L5232095, Chasis Nro. 8AJ33LNL09939105047, color verde, la que se encontraba chocada, intercambió los chasis de los vehículos, suprimiendo o haciendo suprimir dolosamente y por fricción el Nro. Original 8AJ33LNR029101710 de la Toyota sustraída en Carlos Paz, re-estampando o haciendo re-estampar el Nro. 8AJ33LNL09939105047 correspondiente a la Toyota adquirida en Marcos Juárez tras lo cual vendió el vehículo armado precedentemente descripto, con la documentación de la Toyota que legalmente adquirió, el 13 de mayo de 2003 a la Sra. Blanca Violeta Miguel en la suma de \$39.000, comprándosela a ésta Walter Ricardo Motta y al último Antonio Miguel Scerbo, quien la inscribió a su nombre el 3 de julio de 2003, resultando así perjudicado patrimonialmente" (fs. 593 vta.).

III. La cuestión traída a estudio finca en determinar si el *a quo* incurrió en un error jurídico al aplicar el art. 55 CP al concursar materialmente los delitos de encubrimiento agravado por ánimo de lucro (CP, 277 inc. 2° b) en función del inc. 1° c) -ley 25.246-) y estelionato (CP, 173 inc. 9°) en lugar de hacerlo idealmente conforme lo dispone el art. 54 CP. A tal fin resulta necesario analizar las figuras legales aplicadas, para luego, a la luz de las circunstancias de la plataforma fáctica fijada en la sentencia atacada, definir si en el *sub lite* concurren material o formalmente.

1. La figura denominada por la doctrina como **encubrimiento por receptación** (CP, 277 inc. 1° c), reprime a quien adquiriere, recibiere u ocultare dinero, efectos o cosas provenientes de un delito preexistente, al cual la conducta del autor de

encubrimiento no debe estar causalmente unida, ni objetiva ni subjetivamente, ni obedecer a promesa anterior (CREUS, CARLOS-BUOMPADRE, JORGE E., *Derecho Penal, Parte Especial*, T. 2, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, p 379/2, 380).

Es característica común a todas las modalidades del encubrimiento, el **consumarse con la acción idónea** sin que sea necesario que se logre el fin perseguido con ella (LAJE ANAYA, JUSTO-GAVIER, ENRIQUE ALBERTO, *Notas al Código Penal Argentino*, Parte Especial, Tomo III, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 239). Todo lo que haga el favorecedor o el receptor para continuar ocultando, reteniendo, alterando, aprovechando, etc., nada agrega a la acción ya consumada, salvo la hipótesis de concurso (FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As, 2002, p. 911; TSJ, Sala Penal, "Hernández", S. 122, 18/12/03; "Landriel", cit.).

En la modalidad que aquí interesa (CP, 277 inc. 1° c), **recepta** el producto de un delito el que lo adquiere o recibe del delincuente o de otra persona o lo oculta. Se trata de un delito **instantáneo** que se consuma con la receptación o con el acto de intervención (NUÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 4° edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Lerner Ed., Córdoba, 2009, p. 612), aún cuando sus efectos puedan prolongarse en el tiempo.

La agravante "*con ánimo de lucro*" (CP, 277, inc. 3° b) -común a cualquiera de las modalidades de encubrimiento previstas en el art. 277 inc. 1° CP)-, exige una motivación subjetiva especial en el autor cuya inexistencia desplaza el hecho a la figura básica, pero no repercute en la consumación del delito, que se producirá con el accionar típico que persiga esa finalidad, independientemente que el fin propuesto se

logre o no (cfr. DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, p. 519)

2. Por su parte, el estelionato, bajo la hipótesis: “...del que vendiere... como propios, bienes ajenos” (CP, 173 inc. 9°), demanda que el sujeto activo enajene, con las formalidades exigidas por la ley, la propiedad de una cosa mueble o inmueble por un precio, callando la condición ajena del bien como si ella no existiera o fuera distinta. (NUÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1967, Tomo V, p. 344; CREUS, CARLOS-BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, Tomo 1, p. 543; FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, Lexis Nexis Ed., Bs. As., 2003, p. 504). Por ello, se requiere que el agente conozca la condición en que el bien se encuentra y aún así tenga la voluntad de negociar con él, a fin de recibir la prestación del sujeto pasivo, sin que éste conozca aquélla al llevar a cabo el negocio (TSJ, "Ferreyra", S. n° 99, 29/4/09).

El estelionato es una estafa especializada por el fraude, el cual puede consistir en fingir que el bien ajeno que se vende es de propiedad del autor. Finge la propiedad del bien el que la afirma engañosamente, lo cual resulta compatible con el silencio calificado (NUÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 4° edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Lerner Ed., Córdoba, 2009, p. 314).

El delito se consuma con el acto de venta y la consiguiente entrega del precio sin necesidad de que el comprador sea efectivamente privado de la cosa (Núñez, Ricardo, *Manual...*, ob. Cit., p. 315).

3. En cuanto al modo en que pueden vincularse las figuras delictivas, es útil recordar que el **concurso real de delitos** (CP, 55) presupone la existencia de varios hechos independientes concurrentes, imputables a una misma persona en forma simultánea o sucesiva (TSJ, Sala Penal, "Heredia", S n° 39, 7/8/1997) y en donde las varias lesiones son causadas por varios hechos delictivos (NÚÑEZ, RICARDO C., *Las Disposiciones Generales del Código Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1988, p. 250; TSJ, Sala Penal, "Antonini", S. n° 140, 9/12/05; "Mamondez", S. n° 72, 1/8/06; "Hernández", S. n° 358, 27/12/07; entre otros).

En cambio, el **concurso ideal de delitos (CP, 54)** se caracteriza por la comisión de un hecho y la pluralidad de sanciones penales bajo las que ese hecho cae (NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4° Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, p. 261). Lo que implica que *"...una unidad material (el hecho único) constituye formal o idealmente más de un delito porque cae bajo más de una sanción penal, es decir, bajo más de una sanción represiva..."* (autor y obra citados, p. 263). No es otra cosa que *"...una cuestión de doble tipicidad de un hecho naturalmente único. La razón de esta doble tipicidad es que la conducta del agente, esto es, lo que ha hecho o dejado de hacer, que ya cae como tal en una sanción penal, debido a una circunstancia de modo, lugar, tiempo, etc., también cae bajo otra sanción penal.... Se trata, en fin, de situaciones, en las cuales accidentes de tiempo, modo, lugar, personas, etc., que, sin multiplicar materialmente la conducta del autor de un delito, multiplican la delictuosidad de ella..."* (autor y obra citados, p. 264 y 265).

4. Así las cosas, se advierte que en el caso no se da la situación de concurrencia simultánea de figuras respecto de un hecho único -presupuesto indispensable para la aplicación del art. 54 CP-, sino la existencia de dos sucesos independientes atrapado cada uno de ellos por figuras delictivas autónomas.

Es que, el hecho probado establece que entre el 4 de marzo y el 5 de mayo de 2003 el acusado **recibió** de personas no identificadas un vehículo robado, con conocimiento de su procedencia ilícita y con ánimo de lucro, intercambió el chasis con el de un rodado propio que había adquirido el 1º de abril de 2003 por interpósita persona, suprimió o hizo suprimir su numeración registral, insertando o haciendo insertar la numeración del propio, y con fecha 13 de mayo de 2003 **vendió** el vehículo armado y adulterado a Blanca Violeta Miguel por boleto de compraventa, recibiendo la suma de \$39.000; comprándosela a ésta Walter Ricardo Motta y al éste último Antonio Miguel Scerbo, quien la inscribió a su nombre el 3 de julio de 2003.

Habida cuenta las diferentes conductas reprochadas y el momento de ejecución de cada una de ellas a la luz de los lineamientos doctrinales reseñados, resulta claro que han concurrido en el caso, de manera sucesiva, dos hechos penalmente típicos, independientes, configurando el primero de ellos un ataque a la administración pública y el otro un atentado a la propiedad. Dicha realidad impone, correlativamente, una imputación delictiva fáctica y legalmente plural, tal como lo dispuso el Tribunal *a quo* al aplicar en el caso el art. 55 del CP.

5. Al sólo fin aclarativo, cabe señalar que si bien la cita al maestro Ricardo Núñez en la que se amparan los recurrentes para apoyar su tesis respecto de la aplicación del art. 54 CP es literalmente correcta, resulta inaplicable al caso por cuanto

el celebrado jurista emite esa opinión respecto de la concurrencia de la figura del art. 277 inc. 3° vigente a la época de obra (1974) y cuya redacción establecía: "*Será reprimido con prisión de quince días a dos años, el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los hechos siguientes:...*3. *Guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio los efectos sustraídos;...*", la cual difiere significativamente del tipo que se aplica al caso que penaliza "*con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiere participado:...* c) *Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito...*" (CP, 277, inc. 1° c) -ley 25.246-), aumentada la escala penal al doble en su mínimo y máximo cuando "*b) El autor actuare con ánimo de lucro*" (CP, 277, inc. 2.b) -ley 25.246-).

6. Por todo lo expuesto, concluyo que la resolución en crisis no refleja el error jurídico denunciado por los recurrentes, por lo que debe desecharse el agravio invocado.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc de Arabel, dijo:

La Sra. Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA CUARTA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Amparados asimismo en el motivo sustancial de casación (CPP, 468 inc. 1°), los impugnantes denuncian la errónea aplicación del art. 22 bis del CP.

Sostienen que la multa complementaria prevista por dicha norma no resulta aplicable a delitos que ya contienen en su estructura, como exigencia típica, el ánimo de lucro, como es el caso del art. 277 inc. 1° "c" en función del inc. 2° "b" -ley 25.256- del CP, por el que se ha condenado a su defendido. Citan doctrina.

Señalan que, a contrario de lo expuesto en la sentencia, no es de aplicación al caso la doctrina fijada por esta Sala en autos "Avendaño" (2005) toda vez que en esa causa se analizó la procedencia del art. 22 bis frente a un delito de hurto simple que no contiene estructuralmente el "ánimo de lucro", como ocurre en el caso del art. 277 inc. 2° b) -ley 25.246-.

Por otra parte entienden que también debe excluirse la posible aplicación del art. 22 bis CP al estelionato, pues la propia naturaleza de la conducta punible por esa norma importa un obrar impulsado por un ánimo de lucro, entendido éste como una modalidad de "premeditada especulación que caracteriza a la delincuencia económica", como lo ha establecido esta Sala en el fallo citado, el cual resulta propio de las defraudaciones.

Solicitan, en consecuencia, se case la sentencia en cuanto dispone la aplicación del art. 22 bis CP al caso y se revoque la condena de multa impuesta al acusado.

II.1. Análisis del art. 22 bis CP.

a. El art. 22 bis CP establece que si el hecho *“ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos”*.

En un valioso precedente de esta Sala (“Druetta”, S. n° 259, 2/10/09), destacamos que se trata de una disposición con arraigo en varios proyectos de reforma posteriores al Código Penal de 1922, a través de fórmulas que presentaban en común una exigencia subjetiva (*“motivos de lucro”*, Proyecto Peco -art. 50-; *“móvil de lucro”*, Proyecto de 1951 -art. 53-, *“por codicia”*, Proyecto de 1960, art. 76; ZAFFARONI, Eugenio Raúl -ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, A-Z Editora, Bs.As., 1996, T. 5, pág. 532 y T. 6, p. 252, 423), pero adquirió positividad por la ley n° 17.567.

Señalamos allí que, tal como ocurre con otras disposiciones de más reciente cuño contenidas en la Parte General -el empleo de armas (CP, 41 bis) o la intervención de menores (CP, 41 quáter)-, la norma del art. 22 bis del CP importa una modificación a los tipos de los delitos previstos en la Parte Especial y las leyes complementarias que conlleva una agravación de las consecuencias punitivas.

Así, hemos sostenido que el art. 41 bis CP incorpora *“una modalidad típica de ejecución de un delito violento”* siempre que éstos no incluyan el empleo de armas, y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas (“Nieto”, S. n° 74, 27/8/03).

Del mismo modo, se ha dicho que la mayor pena del art. 41 quáter CP cuando intervienen menores *“se produce por una variación en la conducta típica que aumenta*

la gravedad del hecho en cada uno de los delitos de la parte Especial” toda vez que el mayor crea un riesgo mayor cuando permite que el menor participe activamente de algunas de las maneras punibles en el actuar delictivo (“Torres”, S. n° 194, 16/8/07).

Desde esta perspectiva, resaltamos en el precedente citado la ventaja dogmática que reporta situar en el ámbito de los tipos estas circunstancias incluidas en reglas de la Parte General por su compatibilidad con el principio de culpabilidad, ya que -como es sabido- éste debe alcanzar a los elementos del tipo, y con la prohibición de la doble valoración pues no corresponde su aplicación si la modalidad a la que aluden está ya prevista en la Parte Especial.

b. Ahora bien; existen divergencias doctrinarias en torno al alcance de la expresión "*ánimo de lucro*" según se considere que se identifica con el ánimo, fin o propósito de provecho económico (en tal sentido, DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino -Parte General-*, Depalma, Bs.As., 1997, 2° ed., pág. 333; GARCÍA VITOR, Enrique, en AA.VV., *Código Penal y Normas Complementarias-Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dir. David BAIGÚN y Eugenio R. ZAFFARONI, Hammurabi, Bs.As., 1997, pág. 285) o se entienda que, por encima de ese sentido, debe exigirse un plus que no incluye necesariamente la codicia pero demanda que se tenga un propósito de especulación patrimonial con el delito (NÚÑEZ, Ricardo C., *Las Disposiciones Generales del Código Penal*, Lerner, Córdoba, 1988, pág. 79).

En otro precedente, esta Sala tomó posición a favor de una mayor exigencia que la del dolo en el ámbito propio de los delitos en contra de la propiedad, requiriendo contenidos internos más amplios (“Avendaño”, S. n° 106, 07/10/05 -descartándolos en relación al hurto). Explicamos allí que, enfocada la disposición del art. 22 bis CP

como una modalidad de agravación de los tipos contenidos en la Parte Especial del Código Penal, resulta más razonable que el *ánimo de lucro*, para ser también compatible su aplicación en los delitos en contra de la propiedad, en donde la intención, voluntad o propósito de obtener una ventaja puede ser contenido del dolo, deba tener un contenido más amplio. Es que un concepto equivalente a la subjetividad exigida en los delitos contra la propiedad, produciría la paradoja que en ellos no pudiese imponerse la multa complementaria por infringirse la prohibición de doble valoración.

Reafirmamos aquí la posición sostenida en los precedentes citados en cuanto a que la expresión "*ánimo de lucro*" a que alude la norma del art. 22 bis CP se identifica con un fin o propósito que trasciende el provecho económico comprendido en el tipo básico de los delitos contra la propiedad –*vgr.* el apoderamiento furtivo o fraudulento de lo ajeno en los hurtos, robos, estafas, etc.-, desbordando subjetivamente ese ámbito, tal como ocurre cuando la acción típica se realiza para especular lucrativamente con lo obtenido o lo realizado.

2. Aplicación de la multa complementaria al encubrimiento con ánimo de lucro.

En el encubrimiento, el bien jurídico protegido preponderante no es ni el patrimonio, ni la propiedad, sino la administración de justicia, cuya actividad en la individualización de los autores y partícipes de delitos, o en la recuperación de los objetos, puede verse perturbada por la conducta del encubridor. Es por ello que la ley castiga a quienes encubran o trunquen la actividad judicial tendiente a averiguar la verdad real, ya sea recibiendo, adquiriendo u ocultando cosas provenientes de un

delito, con prescindencia de la lesión patrimonial (TSJ, Sala Penal, "Gauna", S. n° 110, 28/10/04).

Ello se reafirma en la redacción del actual art. 277, inc. 1° "c", CP -texto según ley 25.246, B.O., 10/5/2000, que mantiene la modificación de la ley 25.815, B.O. 1/12/2003-, por cuanto no requiere el fin de lucro que exigía la ley anterior sino que refiere sólo a objetos "provenientes de un delito". Sin embargo, se verifica una fuerte vinculación a los ilícitos contra la propiedad en el caso de la agravante "con ánimo de lucro" (CP, 277 inc. 3 "b"), tal como se pregonaba de la norma reemplazada (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. V, Ed. TEA, Bs. As., 1970, p. 265/266).

Entonces se sostenía que el tipo subjetivo requerido por el encubrimiento -ahora aplicable a la agravante-, no se satisfacía sólo con el dolo directo sino que, además, era necesaria la presencia de un especial elemento subjetivo, distinto del dolo, constituido por el ánimo de lucro.

A raíz de la estrecha conexión con los ilícitos de índole patrimonial, debemos aquí también aplicar la directriz sentada en "Druetta" y afirmar que esa especial animosidad no es otra que el fin o propósito que trasciende el provecho económico contemplado en los tipos básicos de los delitos contra la propiedad.

De modo tal que, cuando se agrava el encubrimiento en los términos del inc. 277 inc. 3° "b", no es posible ascender un escalón más en la punición y adicionar la multa complementaria del art. 22 bis, sin inficionar el principio *non bis in idem*. Es que, identificándose las subjetividades que exigen como presupuestos de aplicación ambas disposiciones, la conjunción de ellas deriva, consecuentemente, en una doble

sanción de la misma circunstancia típica (como agravante del tipo y como presupuesto de la penalidad complementaria) vedada constitucionalmente.

Si para la configuración del delito en particular, el legislador ha reclamado el ánimo de lucro, y al individualizar (legislativamente) la sanción que entiende adecuada, omitió considerar a la pena pecuniaria, debe entenderse que la excluyó como retribución para el hecho, por lo que resultaría incoherente que se le entregara al órgano jurisdiccional la facultad de aplicarla o no al caso concreto cuando, precisamente, la existencia del tipo particular, depende de la presencia de aquél ánimo (cfr. CESANO, José Daniel, *La multa como sanción del derecho penal común: realidades y perspectivas*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995, p. 121 con nota n° 248 de Carrera, Daniel P., *Defraudación por infidelidad o abuso*, Ed. Astrea, Bs. As., 1973, p. 118 a 120).

Es decir, si el ánimo de lucro integra la estructura típica del delito -sea en su forma básica o en una agravada-, la imposición de la multa complementaria prevista por el art. 22 bis CP, conduce a una doble e indebida desvalorización de una misma conducta que resulta reñida con el principio constitucional del *non bis in idem* (en igual sentido, AVILA, JUAN JOSÉ, "Presupuestos para la aplicación de las penas de inhabilitación y multa (arts. 20 bis y 22 bis)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bs. As., N° 2 - Abril-Junio, 1968, p. 41).

En consecuencia, debe excluirse del ámbito de aplicación del 22 bis CP la figura de encubrimiento por ánimo de lucro actualmente receptada en el art 277 inc. 3° b (art. 277 inc. 2° b, ley 24.246).

2. Aplicación de la multa complementaria al estelionato.

Tratándose el estelionato de una estafa especializada por el fraude ver punto III.2 de la 3° cuestión), surge evidente que, desde el punto de vista subjetivo, el dolo del autor requiere que se actúe con una intención lucrativa.

Es que, si la fórmula legal de la figura bajo análisis exige que el sujeto activo defraude a un tercero vendiendo como propio un bien ajeno, es decir, engañándolo - aún mediante el silencio- sobre la verdadera propiedad del objeto, con el objeto de disponga de su propiedad -o la de un tercero- en su favor o de otro sujeto, no es posible atribuirle otra intencionalidad que no sea la de lucrar con su conducta.

Sin embargo, en el caso, atendiendo a la condición económica del encartado, la maniobra realizada, esto es, crear un vehículo con apariencia de nuevo y venderlo con falsos papeles, resulta indicativa de un ánimo de lucro desmedido en base a una actividad delictiva de "armado" de un vehículo puesto en circulación como unidad nueva, capaz de superar los diferentes controles. Es que, con este negocio de "armado", le es posible obtener engañosamente el pago de un precio similar al de plaza para un vehículo original, con lo cual su enriquecimiento adquiere un importante volumen.

En esta situación, la aplicación de la multa complementaria (CP, 22 bis), es correcta como respuesta al mayor reproche subjetivo que es merecedor de la conducta cumplida.

Corresponde, pues, rechazar el planteo casatorio analizado.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc de Arabel, dijo:

La Sra. Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA QUINTA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por último, los recurrentes denuncian la arbitraria aplicación de los arts. 40 y 41 CP en la individualización concreta de la sanción impuesta al acusado.

Refieren que al individualizar la pena, el *a quo* ponderó como agravante "*que actuó movido por un desmedido e innecesario ánimo de lucro*", lo cual constituye precisamente el fundamento de la calificación agravada que se le impuso (encubrimiento por receptación agravado por el ánimo de lucro, CP, 277 inc. 1º "c" en función del inc. 2º "b" Ley 25.246), y también de la multa complementaria impuesta a tenor del art. 22 bis CP.

Sostienen que el sentenciante ha meritado la misma circunstancia agravante -el ánimo de lucro- en tres oportunidades: al calificar la conducta como agravada, al individualizar la pena privativa de libertad y al aplicar la pena de multa complementaria, lo que constituye una violación de la garantía *non bis in idem* y amerita la revisión casatoria.

II. Conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, la facultad discrecional de fijar la pena es motivo de casación cuando es arbitraria, esto es, en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (“Martínez”, S. n° 34, 8/5/06; “Cejas”, S. n° 351, 26/12/07; “Carranza Rodríguez”, S. n° 363, 23/12/08; “Maldonado”, S. n° 352, 28/12/09; entre muchos otros).

Configura una variante de la arbitrariedad la valuación positiva o negativa irracional de las circunstancias objetivas y subjetivas seleccionadas por el Tribunal de juicio para la determinación del monto de la pena. En tales supuestos, el *a quo* utiliza irracionalmente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación.

III. Precisamente en esa arbitrariedad alegan los recurrentes que incurrió el Tribunal por cuanto entienden que al individualizar la pena ponderó como circunstancia agravante el mismo "ánimo de lucro" que requiere el tipo penal agravado en que subsumió el hecho.

1. En lo atinente a la individualización de la pena, el *a quo* consignó: *"En cuanto a la medida de la sanción a imponer a Hugo Roque Bagatello, tengo en cuenta... En su contra... que conforme dijo en sus datos personales es una persona de una sólida situación económica -posee una empresa de transporte con más de quince camiones- y con importantes ingresos mensuales -dijo no saber cuanto pero gana alrededor de \$15000 mensuales-, por lo que actuó movido por un desmedido e innecesario ánimo de lucro"* (fs. 440 vta.).

2. Entrando al análisis del presente embate, adelanto mi opinión en sentido desfavorable a las pretensiones de los recurrentes.

Advierto que, movilizados por una errónea interpretación de las manifestaciones del Tribunal, los quejosos confunden la especial subjetividad tenida en cuenta por el legislador al construir el tipo penal agravado, con la consideración de una particular modalidad comisiva del delito.

La atenta lectura del argumento utilizado por el juzgador -antes reseñado- permite afirmar que, contrariamente a lo que sostiene la defensa del imputado, lo ponderado negativamente por el juzgador no ha sido el "ánimo de lucro" que se identifica con el especial elemento subjetivo del tipo agravado aplicado, sino ciertas peculiaridades que presenta ese elemento en el caso concreto.

El motivo de mayor reproche penal aparece sustentado no en el provecho económico procurado con la realización del delito, sino en las peculiaridades que presenta el mismo frente a las circunstancias personales del acusado que lo hacen aparecer como "desmedido" (léase: excesivo, exacerbado) e "innecesario" en atención a su situación económica.

Es decir, la mayor gravedad de la pena seleccionada obedece a la mayor reprochabilidad que le cabe a quien no ha actuado por necesidad o penuria económica -circunstancias que, de verificarse, podrían haber motivado un menor reproche penal-, sino a la codicia o desmedido apetito por lo económico que excede subjetivamente la noción de "ánimo de lucro" requerida por la figura calificada, tal como explicamos al tratar la cuestión anterior, lo cual no resulta irrazonable habida cuenta las particulares características del hecho y la circunstancias personales del acusado.

Estimo, pues, que el recurso no puede prosperar en esta cuestión.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc de Arabel, dijo:

La Sra. Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEXTA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

En virtud del resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. Maximiliano García y Martín José Berrotarán en favor del imputado Hugo Roque Bagatello. Con costas (CPP, 550 y 551).

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;
RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. Maximiliano García y Martín José Berrotarán en favor del imputado Hugo Roque Bagatello. Con costas (CPP, 550 y 551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. María Esther CAFURE de BATTISTELLI

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis Enrique RUBIO

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI

Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia