

Reg. n° 428/2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de junio de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1991/2007, en este proceso n° 55649/2013/TO1/CNC1, caratulado “MARTÍNEZ, Paulo Fernando s/ recurso de casación”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 30 de esta ciudad, por sentencia del 29 de septiembre de 2015 resolvió, en lo que aquí interesa: *‘T) Condenar a Paulo Fernando MARTÍNEZ, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de tres años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas procesales, por considerarlo, por mayoría, autor penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro –c.4312–, en concurso real con robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, en calidad de partícipe necesario –c.4335– (arts. 5, 12, 19, 29, inc. 3°, 40, 41, 45, 55, 166, inc. 2°, último párrafo, 277, inc. 3°, apartado b) y 289, inc. 3° del C.P. y 530 y 531 del C.P.P.N.) –con la disidencia del Dr. Javier de la Fuente respecto del agravante del encubrimiento y de la participación en el hecho de la c. 4335–’.*

II. Contra la sentencia condenatoria, la defensa oficial a cargo de la asistencia de Martínez, interpuso recurso de casación (fs.

1991/2007), remedio procesal que fue concedido a fs. 2009/2012 por el tribunal de juicio.

III. Posteriormente, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 2035).

Luego el recurrente se presentó en término de oficina, ampliando los fundamentos de los agravios introducidos en el recurso que originó la incidencia, al tiempo que mantuvo la reserva del caso federal (fs. 2038/2042).

IV. Se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4º párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, de lo cual se dejó constancia en el expediente.

En esa oportunidad, el Dr. Mariano Patricio Maciel, encargado de la asistencia técnica del imputado, sostuvo formalmente el recurso de casación interpuesto en favor de Paulo Fernando Martínez y refirió que, debido a la confesión de éste en el marco del debate, el defensor de la instancia anterior limitó los agravios a la sentencia condenatoria en función de considerar que tal pronunciamiento: a) aplicó erróneamente la ley sustantiva e incurrió en una falta de fundamentación sobre la configuración del elemento subjetivo del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro y, b) fue arbitrario al establecer el grado de participación de Martínez en el suceso tipificado bajo la figura legal de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse.

Seguidamente y a modo de nuevo agravio, solicitó que esta cámara adopte la misma solución que la alcanzada en el precedente “Villarroel”¹ y se recalifique el delito cometido contra la propiedad bajo la figura legal de robo simple.

¹ CNCP, “Villarroel, Darío Fabián s/ recurso de casación”, rta. 9.9.16, reg. 699/2016.

Tras ello, el Dr. Maciel desarrolló las críticas del fallo, deducidas en el recurso respectivo y en el escrito presentado en término de oficina, deteniéndose en la opinión que, como juez del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de esta ciudad, se formara el juez Morin en la causa “Giacomone” (c. 3378 de esos registros) con respecto a los elementos necesarios para que se configure el ánimo de lucro en el delito de encubrimiento.

Luego, cuestionó los argumentos ponderados por la mayoría del *a quo* para sostener la existencia de un aporte necesario de Martínez en el delito de robo, remitiéndose a las consideraciones que sobre el tópico desarrollara el juez Javier Esteban de la Fuente en su voto.

De otra parte y con relación a ese hecho, solicitó que se tenga presente al momento de resolver las razones sostenidas por el juez Niño en el precedente “Lagos”², las que –a criterio del recurrente– resultarían de aplicación al caso toda vez que el aporte de su ahijado procesal en el episodio no habría sido determinante para su perpetración. Su contribución, agregó, fue secundaria y sólo se habría limitado a facilitar un rodado, perfectamente sustituible por otro.

Finalmente, y sin desconocer la posición del juez Morin en lo atinente a la introducción de nuevos planteos en el término de oficina, insistió para que, siguiendo los lineamientos trazados en el aludido precedente “Villarroel”, se arribe a una solución de igual tenor. Para ello, citó textualmente los argumentos del juez Niño, declarando la inconstitucionalidad del 166, inc. 2°, último párrafo, del digesto sustantivo y, paralelamente, reparó en las razones que esgrimieron los magistrados Morin y Sarrabayrouse para apartarse de la aludida agravante: la falta de secuestro y de descripción del objeto tenido como arma de fuego en esa oportunidad.

En tal sentido explicó que el caso traído a revisión se resuelve de igual manera, es decir, por la falta de elementos de prueba

² CNCP, “Lagos, Carlos Ariel y otros s/ recurso de casación”, rta. 30.8.16, reg. 663/2016.

que permitan establecer la presencia de un arma de fuego en el hecho – sobre todo si se tiene en cuenta que el supuesto objeto no fue secuestrado– y que los dichos del damnificado, Jorge Luis Marí (fs. 7/8, 36/38 y 283/285 en la causa n° 4335), dieron cuenta acerca de que el agresor llevaba un revólver en su mano derecha, sin poder aportar mayores datos de su descripción. Concluyó, valiéndose del razonamiento de la Dra. Ángela Ledesma en el fallo “Martínez Chain” (CFCP, rto. el 1.10.10, reg. 1539/2010) que, en este caso, no se encuentra probado que el elemento utilizado en el robo fuera un arma de fuego.

En función de los cambios de calificación peticionados, impetró que se fije una sanción sensiblemente menor a la recaída en el fallo impugnado.

V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasa a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. Tal y como se consignó en el epígrafe, el tribunal oral condenó, por mayoría de fundamentos, a Paulo Fernando Martínez por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro –causa n° 4312–, en concurso real con robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, en calidad de partícipe necesario –causa n° 4335–.

Para arribar a ese pronunciamiento, los magistrados tuvieron por acreditado que, en la causa n° 4312, el nombrado *“adquirió o recibió y se encontró en poder, a sabiendas o al menos con la sospecha de su procedencia ilícita, con anterioridad a las 04:00 horas del día 21/5/14, el vehículo marca “Ford”, modelo “Fiesta”, dominio colocado LAV-078, motor CM163136 y chasis 3EADP4FJXCM163136, cuyos cuños no eran originales; incautado frente al domicilio de la calle Patrón N° 6631 de esta ciudad, donde el nombrado fue detenido.*

Con la pericia practicada en autos sobre la zona donde se asienta la identificación del chasis y motor, afloró el número de chasis

3EADP4FJ1BM219771, en tanto que no fue posible establecer la numeración del motor dada la intensidad de la maniobra erradicativa; pero de acuerdo a lo informado por el RNPA le correspondía el número BM219771, perteneciente al dominio KHV-172 que tenía pedido de secuestro vigente de fecha 22/11/12 a solicitud de la Unidad Regional de La Plata, Provincia de Buenos Aires, por denuncia de María Teresa Muro.

En ese contexto, para ocultar la procedencia ilícita de la unidad el imputado sustituyó su chapa patente, colocándole en reemplazo de la original el dominio LAV-078, que no le correspondía y no tenía impedimento vigente”.

En relación a la causa n° 4335, también se consideró “debidamente acreditado durante el debate que Paulo Fernando Martínez – juntamente con Johana Elizabeth Castro (con suspensión del juicio a prueba concedida)– efectuó un aporte para que al menos dos autores aún no individualizados se apoderaran ilegítimamente, ejerciendo violencia sobre la persona de Jorge Luis Mari y mediante la exhibición de un arma de fuego, de las llaves del rodado marca Ford, modelo Focus, dominio JCO-895 propiedad de este último y de la suma de \$5.000 pesos propiedad de la firma “El Universo del Control Remoto”. Concretamente, la participación de Martínez y su consorte consistió en haber facilitado a los autores de la sustracción, el vehículo marca “Mercedes Benz”, clase B200, dominio colocado IBL-997, que utilizaron para desplazarse, interceptar al damnificado y con el cual, luego de cometer el hecho, se dieron a la fuga.

Dicho episodio acaeció el día 25 de enero del año 2011, alrededor de las 12:30 hs., luego de que el damnificado se retirara de la firma antes mencionada, sita en la calle Cnel. Ramón Falcón N°6987 de esta ciudad, guardó un sobre con dinero en un maletín, el cual a su vez depositó en el interior del baúl de su rodado particular marca “Ford”, modelo “Focus”, dominio JCO-895, con el fin de trasladarlo a un depósito en la zona de Castelar en la provincia de Buenos Aires.

Es así que, mientras circulaba por la calle Coronel Ramón Falcón a la altura de la calle Santiago de las Carreras de esta ciudad, fue interceptada su marcha por el rodado marca “Mercedes Benz”, clase B200, dominio IBL-997, del que descendió del lado del acompañante un sujeto que exhibía un revólver en su mano derecha, quien le exigió en forma amedrentadora que hiciera entrega del maletín.

Mientras tanto, descendió del aludido vehículo un segundo sujeto que permaneció expectante y en apoyo del primero.

Así, luego de que el damnificado develara a los imputados que el dinero se hallaba en el interior del baúl, éstos se apoderaron de dichos valores y de las llaves de su rodado particular, para luego darse a la fuga en dirección desconocida.

Todo ello fue observado por el testigo Diego Fernando Barrionuevo, lo que en definitiva permitió establecer que el vehículo utilizado para cometer el hecho en cuestión había sido vendido por la agencia “Automotores Versailles” el 25 de noviembre de 2010, con un plan de financiación en cuotas a Johana Elizabeth Castro (D.N.I. N°32.638.224) y a su pareja, Paulo Fernando Martínez (D.N.I. N°32.310.770), quienes lo devolvieron a la concesionaria durante el transcurso del mes de febrero de 2011 y el cual no registró ningún impedimento previo a la comisión del evento investigado”.

II. La defensa en su escrito inicial de impugnación, luego en su presentación en término de oficina y, finalmente, en el marco de la audiencia celebrada en los términos del art. 468 del código de forma, cuestionó la validez del fallo condenatorio; con la particularidad de que, en su última actuación, introdujo un nuevo agravio a los ya articulados. El objeto de tratamiento de su impugnación, en definitiva, quedó delimitado en tres tópicos en los que se ocupó de cuestionar: a) la errónea aplicación de la agravante “ánimo de lucro” en el hecho ventilado en causa nro. 4312; b) la desacertada valoración de la prueba y consecuente significación jurídica en lo que respecta al grado de participación de Martínez en el suceso calificado como robo con armas cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditado en la causa n° 4335 y c) la incorrecta aplicación de la aludida agravante.

III.1.a) Corresponde, pues, dar tratamiento al primero de los agravios desarrollados por la defensa, mediante el cual solicitó se reformule la calificación legal del hecho acreditado en la causa n° 4312 y se condene, en definitiva, a Martínez por el delito de encubrimiento simple.

Explicó a ese respecto, siguiendo los lineamientos del juez de la Fuente en su voto en minoría, que en el caso no puede tenerse por

probado el ánimo de lucro, ni considerarse que el mismo se desprende del simple uso de la cosa, ya que aquél debe configurarse de forma específica como un elemento subjetivo del tipo diferente al encubrimiento por receptación.

En ese orden de ideas, refirió que para la aplicación de la agravante se requiere de una especial animosidad por parte del autor, al tratarse de una figura dominada totalmente por el aspecto subjetivo: el ánimo de obtener una ventaja económica; y que ese especial elemento distinto del dolo es un fin o propósito que trasciende el provecho económico contemplado en los tipos básicos de los delitos contra la propiedad. Esa especial circunstancia, concluyó, no se evidencia en el caso de autos.

A tales argumentos, sumó que la interpretación llevada a cabo por la mayoría del tribunal respecto de la aludida agravante, excede los alcances de una exégesis extensiva para ubicarse en el plano de la analogía *in malam partem*.

III.1.b) La mayoría del tribunal oral calificó la conducta atribuida a Martínez (hecho “f” de la causa n° 4312) como constitutiva del delito de encubrimiento por receptación doloso, agravado por el ánimo de lucro. La razón para ello fue que *“no estamos en presencia de un encubrimiento simple, sino que la calificación del mismo es la de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, ya que agravante del inc. 3º, apartado b), como especial elemento del tipo subjetivo en la agravante, se traduce en el propósito del agente de obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial, apreciable económicamente, independientemente de que el propósito se consiga o no (conf. Donna Edgardo Alberto “Derecho Penal, Parte Especial”, t 1, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999)”*. Resultó probado, se dijo, que el aprovechamiento del automóvil por su simple uso bastó para aplicar la agravante.

El voto en disidencia, por su parte, sostuvo que el tipo calificado exige algo más que la mera posesión o uso de la cosa, pues se trata de una especial motivación económica en el autor que agrava el contenido de injusto de la conducta y, en el caso, únicamente se ha probado que Martínez estaba en poder del rodado, que evidentemente lo

utilizaba, pero no que haya existido una voluntad de lucrar con su obtención.

III.1.c) Adelanto que lleva razón la defensa al solicitar que se deje sin efecto la agravante contemplada en el inciso b), apartado tercero, del art. 277 del Código Penal, por cuanto no encuentro acreditado, en el caso, la presencia del elemento subjetivo distinto del dolo requerido por el legislador para trasladar el análisis de una conducta de la figura base de encubrimiento por receptación dolosa al marco del art. 277, inc. 3°, apartado “b” del código sustantivo.

No caben dudas respecto de que el encausado adquirió o recibió el rodado secuestrado y que, conjuntamente, sustituyó la chapa patente por otra –que no tenía impedimento vigente– para ocultar su procedencia ilícita, mas no encuentro motivos valederos para concluir que ese accionar haya sido demostrativo de una intención destinada a la obtención de una “ganancia o provecho material, para sí o para un tercero, que pueda traducirse en dinero o su equivalente en cualquier clase de valores, beneficios o ventajas materiales –descartándose el beneficio moral o espiritual³–, distinta a la del simple uso del bien para cual fue destinado.

La discusión planteada no es novedosa a nivel doctrinario y jurisprudencial, y tiene por finalidad la de definir si con el empleo de la cosa para el cual fue elaborada se encuentra justificado el mayor reproche penal que la agravante dispone, o si, por el contrario, es necesaria la ultraintención del agente, dirigida lucrar con su obtención.

Ante todo, vale recordar, que es una exigencia derivada del principio de legalidad comenzar el análisis de una norma jurídica acudiendo a su interpretación literal o gramatical, que es tanto como decir comprobando el enlace de cada uno de sus términos con el uso general de los mismos en el lenguaje común.

En este nivel de examen, tanto el vocablo “ánimo” definido –en una de sus tantas acepciones– como “decidirse, determinarse a hacer

³ D’ALESSIO, Andrés José (director) y DIVITO, Mauro A. (coordinador), “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, La ley, Bs. As., 2009, p. 1402.

o decir algo”⁴ y su correlativo “lucro”, expresado en “ganancia o provecho que se saca de algo”⁵, no aportan nuevos elementos para esclarecer la cuestión y alejar la idea de que la utilidad o ventaja obtenida por la adquisición o recepción de la cosa ilícita aparezca divorciada, por completo, de su provecho por el simple uso de aquélla.

Sentada esa primera aproximación hermenéutica, ha menester considerar, tal como se ha expresado en el máximo nivel jurisdiccional, que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera la interpretación razonable y sistemática...” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos CSJN: T. 330: F: 2892).

En tal sentido, a la interpretación literal o gramatical debe seguir la sistemática, aquella que procura extraer un enunciado de la norma cuyo sentido resulte acorde con el contenido general del ordenamiento al que ella pertenece, toda vez que es inconcebible un ordenamiento caótico, una mera acumulación de disposiciones. En efecto, esa operación lógico-jurídica, consistente en verificar el sentido que cobra el precepto legal en pugna luego de ser confrontado con todo el sistema jurídico, concebido como unidad y, especialmente, ante ciertas normas que le son superiores o que sencillamente limitan su alcance con relación a una hipótesis dada⁶, aporta una herramienta fundamental para una leal aplicación de la ley con base en una “una razonable y discreta interpretación de las normas, armonizándolas entre sí” (Fallos: 256-3782), evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto.

En ese orden de ideas, es de radical importancia tener en cuenta que en la anterior redacción del tipo penal de encubrimiento, la

⁴ RAE, diccionario de la lengua española, edición del tricentenario.

⁵ Ídem.

⁶ Soler, Sebastián; “Derecho Penal Argentino” Tomo 1, Ed. TEA, Buenos Aires, 1992, pág. 170 y ss.

figura de receptación se encontraba regulada en los artículos 277, inciso 3ro. y 278 del ordenamiento sustantivo, mientras que en la actualidad, lo que antes era un elemento subjetivo del tipo básico –ánimo de lucro–, pasó a convertirse en una agravante genérica, con el aumento de pena respectivo.

Esa modificación resulta demostrativa de la intención del legislador de continuar sancionando al receptor de la cosa aun sin que medie ese plus motivador de su accionar y, paralelamente, de duplicar la respuesta punitiva cuando el ánimo de lucro pueda evidenciarse a partir de su comportamiento. Son hipótesis diferenciadas que, lógicamente, no importan un mismo grado de disvalor.

De adverso, una lectura del precepto legal impugnado como la propuesta por la mayoría del *a quo* y que entiende que “*la agravante del inc. 3º, apartado b), como especial elemento del tipo subjetivo en la agravante, se traduce en el propósito del agente de obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial, apreciable económicamente, independientemente de que el propósito se consiga o no*” (sic), implica dejar vacío de contenido el tipo agravado en el inciso b), apartado 3ro. del art. 277 del código sustantivo, si se tiene en cuenta que muy difícilmente puedan existir supuestos en los que el sujeto no esté movilizado por la ventaja económica que en sí misma importa la apropiación de cualquier objeto, por fuera de los canales legales respectivos.

De otra parte, vale apuntar, la contracara de la postura que sostengo implicaría dejar latente la posibilidad de un doble reproche penal en función de que una misma acción difícilmente sea removida del tipo legal agravado si no se considera, como elemento subjetivo distinto del dolo, al ánimo de lucro, culminando por incriminar a alguien por adquirir o recibir una cosa proveniente de la comisión de un ilícito ejecutado por otro y sancionándolo por su uso normal y habitual.

Considerar que la sola receptación de la cosa proveniente de un hecho ilícito no trae aparejada en su motivación el uso mismo de aquella como consecuencia natural no se condice con la redacción del texto legal vigente y no prueba, por sí misma, la presencia del ánimo de

lucro que la agravante requiere. Esa especial motivación, independiente del dolo acogido en la figura base, debe encontrarse acreditada en la intención del agente por obtener un beneficio económico. Así, la agravante será pasible de aplicación, a modo de ejemplo, en los casos en que un individuo reciba un vehículo sustraído y lo destine al negocio del transporte de pasajeros –o bien lo revenda–, como aquél que adquiere mercadería robada y la repusiere nuevamente en el circuito legal, por citar algunos de los supuestos más habituales.

Por lo demás, la posición que aquí se sostiene fue refrendada, en un caso de aristas similares, por la mayoría de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal al disponer que “(e)l sólo hecho de utilizar el vehículo sustraído que se le atribuyó al encausado no constituye en ánimo de lucro exigido por la figura de encubrimiento agravado prevista en el art. 277 inciso 3. “b” del C.P.”⁷

Se trata, en suma, de trasladar el axioma *in dubio pro reo* al campo de la interpretación del derecho, reformulándolo como principio *in dubio pro libertate*. En ese trance, se ha señalado con acierto que la decisión a favor de una interpretación frente a otra u otras debe resolverse “en función de criterios de otro nivel...ese nivel es el institucional: estamos ante un conflicto entre más o menos libertad. Nuestra decisión se apoyará en una razón institucional derivada de la jerarquía de la libertad. No es el ‘sentido posible del texto’ lo que dará el límite de interpretación, sino el ‘sentido más restringido del texto’”⁸.

En mérito a las consideraciones que preceden propongo, en lo que a este punto concierne, casar parcialmente la sentencia traída a revisión y calificar el hecho acreditado en la causa n° 4312 como constitutivo del delito de encubrimiento por receptación dolosa (arts. 45, 277, apartado primero, inciso “c” del Código Penal y 456 inc. 1°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

⁷ CFCP, causa n° 1472/01, caratulada “Belli, Juan Manuel s/rec. de casación”; rta. 6.5.14; reg. 766.14.4.

⁸ BACIGALUPO, Enrique; “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal”; en “Principios Constitucionales del Derecho Penal”; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 1998; págs. 95/96.

III.2.a) El recurso de casación también cuestionó el grado de participación de Martínez en el hecho calificado como robo con armas cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditado – causa n° 4335–, al considerar que no existían pruebas suficientes para tener por acreditada, ni para sustentar jurídicamente la contribución necesaria de aquél en el suceso en cuestión.

En esa dirección, la defensa se ocupó de criticar la teoría jurídica adoptada por la mayoría del tribunal oral para alcanzar la decisión que se cuestiona –doctrina española de “los bienes escasos” del profesor Enrique Gimbernat Ordeig–, señalando que, aun siguiendo esa postura, los presupuestos de hecho exigidos para su aplicación no se dan en el caso.

Sostuvo que no hay ningún elemento en el expediente que permita afirmar que haya resultado especialmente relevante, para la comisión del robo, que el automóvil aportado por Martínez haya sido uno marca “Mercedes Benz” y no otro que simplemente funcione correctamente, que sirva para desplazarse y que no se encuentre vinculado directamente a los autores del delito. El aporte del acusado, en definitiva, no reuniría las características de “bien escaso” en los términos dirimentes de dicha teoría, impidiendo encuadrar su conducta en una participación primaria.

Sin perjuicio de lo apuntado, también hizo referencia a que tampoco se respetó otro requisito de la mencionada teoría, aquel que exige que la conducta debe remover un obstáculo serio. En su opinión, los autores no tendrían que haber sorteado un impedimento de tal entidad para contar con otro automóvil o para recurrir a otra persona.

Por las razones expresadas, el recurrente concluyó que esa corriente de pensamiento no es de aplicación al fallo por no ser de utilidad para dirimir si la entidad del aporte de su defendido constituyó una conducta reprochable en términos de participación primaria o secundaria; que, aun valiéndose de ese teoría, la solución del caso debería conducir a calificar la conducta de Martínez en el marco del artículo 46 del Código Penal y que era ineludible coincidir –en definitiva– con el

temperamento adoptado por el juez De La Fuente en su voto minoritario. De las palabras del magistrado destacó que el aporte de Martínez no fue imprescindible para la perpetración del robo, ya que su contribución pudo ser realizada por cualquier otra persona o, incluso, por los mismos coautores.

En definitiva, concluyó en que no estamos ante un aporte esencial o necesario a los fines de la concreción del hecho investigado y que tampoco debe considerarse, como dato relevante, que el imputado haya aceptado su participación primaria en el ilícito por la sola circunstancia de haber aceptado la ocurrencia de los hechos en los términos del requerimiento de elevación a juicio, pues el reconocimiento de los acontecimientos fácticos excede, para el ciudadano común, las implicancias jurídicas de sus términos.

Por último, en circunstancias de abogar por los derechos de su asistido ante esta cámara, el Dr. Patricio Maciel requirió que se tengan presentes las razones dadas a conocer en el precedente “Lagos”⁹, las que –a criterio del recurrente– resultarían de aplicación al caso por su identidad respecto a la falta de determinación del aporte del imputado para la perpetración del ilícito.

III.2.b) El voto, en minoría, del juez de la Fuente, fue categórico al entender que Martínez debía responder como partícipe secundario y no primario, pues *“su intervención se limitó a aportar el vehículo con el que se cometió el robo”*.

Recordó, a los fines de delimitar las dos formas de complicidad previstas en nuestro código, que es preciso estipular, ante todo, si el aporte que se efectuó es o no imprescindible para que se haya podido cometer el delito, pues, si no lo es, nos encontraremos frente a un caso de complicidad secundaria.

En tal sentido, insistió que, en el caso de autos, *“el aporte de un vehículo, que posteriormente fue utilizado para perpetrar el robo, no parece ser una contribución imprescindible o esencial, sin cuya existencia el delito no puede ser*

⁹ CNCP, “Lagos, Carlos Ariel y otros s/ recurso de casación”, rta. 30.8.16, reg. 663/2016.

cometido. Por el contrario, es evidente que se trata de un elemento sustituible —los autores del robo podrían haber utilizado cualquier otro rodado—, de modo que existe únicamente complicidad secundaria (art. 46, C.P.)”.

Por su parte, la mayoría del tribunal de juicio entendió que “Paulo Fernando Martínez, es cómplice primario y no secundario, en el hecho de robo que se le imputa, cometido el 25 de enero de 2011 en perjuicio de Jorge Luis Mari y la firma “Universo del Control Remoto”.

Ello, pues parece claro que si bien no tuvo el dominio del hecho (lo que lo hubiera convertido en coautor) la intensidad objetiva de su aporte al delito ubica su cooperación como imprescindible para que el hecho se cometiese en la forma en que ocurrió.

Su aporte, obviamente, fue doloso y dirigido a un hecho doloso. Fue decidido en el marco de una maniobra en la que según sus propios dichos vertidos en la audiencia, se utilizó un vehículo adquirido hacía poco a una concesionaria y que luego fue devuelto. Es decir, que ese automotor —un Mercedes Benz Clase B 200, dominio IBL 997 — que no estaba a su nombre, que hacía poco que poseía, y del que se iba a desprender, resultó “necesario” para ser utilizado con la finalidad de dificultar su eventual seguimiento o identificación y su vinculación con dicho rodado.

Una acertada y útil teoría para la diferenciación entre los casos de complicidad primaria y secundaria, es en la doctrina española denominada “de los bienes escasos”. Esta concepción, explica que cuando el cómplice se materializa en objetos o medios que no son sencillos ni comunes de obtener o conseguir, entonces se está ante una cooperación necesaria, sin la cual el hecho no habría podido ejecutarse en la forma en que se lo hizo. Y este es precisamente nuestro caso: no se trata de cualquier vehículo, sino de uno que tiene la particularidad de que no está a nombre del sujeto que lo facilitó; que este sujeto hacía poco que lo detentaba, y que lo iba a devolver luego del hecho, cosa que efectivamente ocurrió. Además, se trató de un auto que no es común que sea utilizado para la comisión de esta clase de hechos. Se sospecha menos de un Mercedes que de un Volkswagen o un Fiat para perpetrar una interceptación de otro vehículo. Y además, se trata de automotores particularmente veloces y seguros, ideales para seguir a la víctima, interceptarla y facilitar la huida, tal como ocurrió. De tal modo, se observa con claridad que la colaboración no fue una

ayuda sustituable con la que cualquiera hubiera podido contribuir, sino precisa, y determinante de que el ilícito se concretara en la forma que se ha descrito.

Por lo demás, Paulo Fernando Martínez admitió su responsabilidad en el suceso, tal como le fuera descrito en el debate, oportunidad en que se le reprochó “haber efectuado un aporte necesario” consistente en “haber facilitado a los autores de la sustracción el vehículo marca “Mercedes Benz... que utilizaron para desplazarse”. De tal modo, su propia admisión refuerza el convencimiento de que deberá responder como cómplice primario (art. 45 del C. Penal)”.

Hasta aquí las dos posiciones que valoraron distintamente el grado de participación de Martínez en el hecho descrito.

III.2.c) Corresponde confirmar la sentencia en lo que al tópico refiere en tanto y cuanto considero –aún distanciándome de la teoría a la que adscribe el voto mayoritario–, que en la especie se llevó a cabo una correcta aplicación de las prescripciones contenidas en el art. 45 del digesto sustantivo al atender al grado de participación atribuido al nombrado en la intervención del suceso cometido el 25 de enero de 2011 en perjuicio de Jorge Luis Mari.

Ante todo, vale decir que el criterio de valoración del aporte del cómplice como condición virtualmente necesaria para la ejecución del hecho fue tratado recientemente –como lo apuntó la defensa en su alegato– en el precedente “Lagos” de esta sala. Las particularidades de ese caso, desde ya vale destacarlo, no se corresponden con el presente en función de la incomparable calidad de unos y otros aportes, asociados a sus respectivos planes de acción.

Allí, luego de reparar en las falencias e inequidades a las que se somete el estudio de la cuestión cuando se mira la contribución del partícipe en “abstracto” o, en su defecto, “en concreto” –pues con el primero se reducen sensiblemente los casos de complicidad necesaria, en tanto que en el segundo se amplían con riesgo de injusticias–, concluí en que “(l)o que decide es la acción y no la persona del cómplice”, resultando que ‘si el hecho en concreto no hubiera podido cometerse sin acción determinada, su autor es cómplice primario’ (cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. 11, pág. 295; ODERIGO, *Código Penal*, nro.158-a). Naturalmente que si el auxilio o cooperación sólo podía

*prestarlo esa persona, por motivo de su condición, empleo o cualesquiera otras circunstancias, la calificación del cómplice como necesario será aún más clara*¹⁰.

En esa línea de análisis corresponde avanzar y recordar las reflexiones del profesor Sebastián Soler cuando advertía que, si bien la ley se sirve del procedimiento hipotético de eliminación para definir si el aporte resultó necesario para obtener el resultado típico –consistente en verificar si el hecho se habría podido cometer suponiendo suprimida esa contribución–, se observa que el texto legal no califica como cómplice primario al que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría sucedido, sino al que ayuda con algo sin lo cual el hecho no habría podido cometerse. El juicio a formularse no es, pues, de naturaleza absolutamente mental e hipotético de eliminación, sino que se basa en el examen de la posibilidad que el autor en concreto tenía; y la apreciación de la calidad de ese aporte dependerá, por tanto, de su naturaleza imprescindible para los autores conforme el plan preconcebido¹¹. Ese juicio *ex ante* será de ayuda para distinguir con mayor facilidad, en cada caso, la complicidad primaria de la secundaria.

Valiéndome de ese criterio de análisis considero relevante para la solución del caso detenerme en el primer argumento que tomó en cuenta la mayoría del tribunal de juicio cuando estableció la necesidad del aporte realizado por Martínez al plan común –facilitar un vehículo difícil de identificar por encontrarse registrado a nombre de un tercero y cuya tenencia provisoria él detentaba–, en tanto aparece razonable colegir que su contribución resultó determinante para la ejecución del ilícito. Luego, los restantes argumentos dados a conocer por la mayoría, cifrados en la velocidad del vehículo empleado en la emergencia y el menor grado de sospecha que despiertan en cabeza de terceros los autos de alta gama, si bien pueden aparecer como elementos que coadyuvan a emprender la empresa criminal, no permiten suponer que, en su ausencia, el plan de acción propuesto no se hubiese llevado a cabo

¹⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos; “Derecho Penal introducción y parte general”; Ed. Abeledo Perrot; Buenos Aires; 1998; pag. 432.

¹¹ SOLER, Sebastián; "Derecho Penal Argentino"; t. 2; Ed. TEA; Buenos Aires; 1992; págs. 320/321.

mediante el empleo de otro vehículo igualmente apto para interceptar al damnificado, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar apuntadas en la sentencia.

Paralelamente, las razones proferidas por el juez de la Fuente sobre el tópico, que sólo dan cuenta de que el vehículo aportado por Martínez pudo ser perfectamente sustituible por otro, se limitan a proponer una solución distinta pero sin aportar elementos concretos que la vinculen con las constancias de la causa.

Sobre la base de estas consideraciones, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial en lo que al grado de participación de Paulo Martínez en el hecho de la causa n° 4335 refiere y confirmar la resolución impugnada, sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

III.3.a) Por último el recurrente, en oportunidad de desarrollar los argumentos de los agravios planteados en el recurso de casación respectivo ante esta sala, solicitó que se adopte la misma solución que la alcanzada en el fallo “Villarroel” respecto a la calificación legal del delito de robo con armas cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditado.

Antes de comenzar con el análisis, he de poner de relieve que tal como lo vengo sosteniendo desde el precedente de esta Cámara de Casación “Monasterio”¹², adscribo al criterio según el cual la admisión o el rechazo de la posibilidad de introducir planteos –ya sea en el término que reglamenta el art. 466 o en el que regula el 468 del digesto ritual– implica, en definitiva, admitir o denegar la eventualidad de aportar nuevos argumentos para defender la solución que a la parte interesa, ya que si bien es cierto que la presentación de nuevos agravios en el aludido lapso es contraria a la letra del art. 463 in fine del digesto ritual, el planteo debe ser de recibo a partir de los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3399), hito jurisprudencial a partir del cual han menguado las

¹² CNCP, “Monasterio, Alan y Ruocco, Alejandro Lucas s/ robo con armas”, causa 46517/2014, rta. 11.9.15, reg. 453/2015.

formalidades y exigencias pétreas que regulan el exceso al recurso del imputado, en funci3n de brindar plena operatividad a los arts. 8.2. “h” de la Convenci3n Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III.3.b) Sentado ello, la cuesti3n traída a estudio resulta esencialmente análoga a la resuelta por esta Cámara en el precedente “Villarroel”¹³, a la que me remito por razones de practicidad. En aquella ocasi3n declaró la inconstitucionalidad del artículo 166, inciso segundo, párrafo tercero, primera hip3tesis, del C3digo Penal, por entender que dicho instituto conculca groseramente los principios de legalidad y reserva, constitucionalmente consagrados (CN, arts. 18 y 19), desconoce el principio de culpabilidad por el hecho, patentizado en este último, y trastoca el orden institucional vigente ( dem, arts. 1, 5, 121 y concordantes).

Corresponde, pues, casar parcialmente la sentencia en lo que al punto refiere, por err3nea aplicaci3n de la ley penal en los términos del art. 456 y 470 del c3digo ritual.

Visto el cambio de calificaci3n al delito de robo simple (art. 164, CP) en el hecho asociado con la causa n  4335 y su consecuente impacto en la dosimetría de la pena, considero pertinente, para el supuesto de que mis colegas acompa nen mi decisi3n, fijar el monto punitivo de la sanci3n recaída al encartado bajo las pautas mensurativas receptadas en los arts. 40 y 41 del C3digo Penal de la Naci3n.

IV. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: **1. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casaci3n articulado por la defensa oficial a fs. 1991/2007, **CASAR** la sentencia en raz3n de la err3nea interpretaci3n de la ley aplicable por cuanto consider3 a Paulo Fernando Martínez autor del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro y, en consecuencia, **ESTABLECER** que el hecho que se reprocha al nombrado en la causa n  4312 queda calificado como encubrimiento por receptaci3n dolosa (arts. 45, 277, inciso primero,

¹³ CNCP, “Villarroel, Darío Fabián s/ robo”, causa 23104/2009, rta. 9.9.15, reg. 699/2016.

apartado “c” del Código Penal y 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **2. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 166, inciso 2º, último párrafo del Código Penal (arts. 1, 5, 18, 19 y 121 de la Constitución Nacional) y, consecuentemente, responsabilizar penalmente a Paulo Fernando Martínez en calidad de partícipe necesario del delito de robo simple (causa n° 4335) (arts. 45 y 164 del Código Penal). **3. RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial respecto del restante motivo de agravio, consistente en el grado de participación atribuido al epigrafiado en el hecho ventilado en la causa n° 4335 (arts. 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. Con respecto a la errónea aplicación de la agravante “ánimo de lucro” en el hecho de la causa n° 4312, se comparte el voto del colega Luis Niño (punto III.1.c). En efecto, esta agravante constituye un elemento subjetivo del tipo calificado (art. 277 inc. 3º “b”, CP) y supone una finalidad dirigida a lograr una ventaja patrimonial apreciable económicamente que no necesariamente debe traducirse en dinero, en tanto ello reporte un beneficio al autor.¹⁴ La mera tenencia de un bien de origen ilícito (ya sea por cualquiera de las formas comisivas), es insuficiente para sostener automáticamente que su receptación tuvo como fin obtener una remuneración.

En consecuencia, y dado que en el caso el tribunal *a quo* sólo afirmó que el acusado estaba en posesión del vehículo sin brindar ningún argumento que fundara que lo poseía con el ánimo de lucro exigido por la ley, corresponde hacer lugar a este agravio planteado por la defensa de Martínez y dejar sin efecto la agravante mencionada.

2. En cuanto al agravio relativo a la participación del nombrado en el suceso calificado como robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, adherimos al voto del juez

¹⁴ David BAIGÚN y Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, tomo 11, pág. 174.

Niño (punto III.2.c) y compartimos el análisis y la conclusión a la que arriba. En efecto, las razones expuestas por el colega demuestran que este caso resulta sustancialmente distinto al examinado en la causa **“Lagos”**¹⁵, y que aquí Martínez resultó partícipe primario de este hecho.

Por esa razón, corresponde descartar este agravio.

3. En lo atinente al restante planteo introducido durante la audiencia celebrada en esta instancia (art. 468, CPPN), en distintos precedentes se ha señalado que en el recurso de casación deben revisarse todos los *agravios que resulten verosímiles*. Sin embargo, esto no significa transformar al tribunal que examina la condena en una *jurisdicción de consulta*. Es que la competencia de esta Cámara es apelada y revisora, lo que implica que en todos los casos únicamente pueden escrutarse los agravios concretamente planteados, según los términos del art. 463, CPPN.

En este caso, en el marco de la audiencia el defensor solicitó que, del mismo modo que se estimó en el precedente **“Villarroel”**¹⁶ de esta Sala, se considere que este hecho configuró un robo simple, y no uno agravado en los términos del art. 166 inc. 2º, último párrafo, CP. Para explicar la razón por la que no había invocado antes este agravio, aludió al carácter *“...muy reciente...”* de aquella sentencia mencionada, y citó distinta jurisprudencia donde se estableció que correspondía tratar agravios introducidos tardíamente.

Al momento de exponer la aplicación que pretendía, el recurrente aludió a dos extremos distintos: la declaración de inconstitucionalidad propuesta por el juez Niño en aquel precedente citado, así como la *“duda razonable”* sostenida en los dos restantes votos acerca de la efectiva utilización de un arma en aquel caso. En cuanto a la sentencia del supuesto bajo estudio, repasó la prueba con la que se tuvo por acreditada la presencia del arma (los dichos de la víctima) e indicó, sin brindar mayores explicaciones, que no se había probado que se hubiera tratado de un arma de fuego.

¹⁵ Sentencia del 30.8.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 663/16.

¹⁶ Sentencia del 9.9.16, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 699/16.

a. En cuanto al primer planteo, es decir, la petición de inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2º, último párrafo, CP, tal como se dijo en el precedente **“Prado”**¹⁷, no puede pasarse por alto que la cuestión constitucional introducida durante la audiencia no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, en la sentencia del tribunal *a quo*, de modo tal que le hubiera impedido a la defensa efectuar un planteo oportuno. La calificación del hecho, ahora cuestionada por su inconstitucionalidad, fue propuesta por la fiscal general en su alegato (ver fs. 1908/vta.) y ello no provocó ninguna consideración desde esa perspectiva en la oportunidad en que intervino la defensa. Por lo tanto, no se aprecia ni ha sido alegado algún motivo que dispense de la carga del planteamiento oportuno de la inconstitucionalidad de la regla mencionada.

Sobre la subsunción jurídica del caso, la sentencia recurrida señaló: “...*El hecho imputado a Paulo Fernando Martínez en la causa n° 4335 constituye el delito de robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se pudo acreditar, pues quedó demostrado que los autores del suceso interceptaron al damnificado y mediante la exhibición de un arma de fuego –que no pudo ser secuestrada y cuya idoneidad no se comprobó– lograron desapoderarlo de la suma de dinero indicada...*” (cfr. punto “Tercero, 1.f” de la sentencia, fs. 1966).

Pues bien, la defensa propone que este tribunal directamente examine las infracciones constitucionales en las que habría incurrido el legislador al sancionar la norma en cuestión, sin explicar cuál habría sido el impedimento para plantear este mismo asunto ante el tribunal que se encontraba habilitado a juzgar el caso. Tampoco menciona infracción alguna en cabeza del juzgador, que posibilitara considerar una omisión de expedirse oficiosamente sobre el asunto que, producto de una reflexión tardía, acerca ahora a esta instancia de casación.

En definitiva, la pretensión fue introducida de un modo desvinculado de las circunstancias del caso y de la fundamentación de la sentencia impugnada.

¹⁷ Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Niño y Morin, registro n° 965/16.

Conviene reiterar, como se dijo antes, que éste no es un tribunal de consulta, ni mucho menos uno que ejerce un control de constitucionalidad concentrado. Aun admitiendo el sistema difuso y la posibilidad de que los jueces dicten de oficio la inconstitucionalidad de una regla, esto no exime a la parte de plantear oportuna y correctamente cuál es el conflicto constitucional y *su directa incidencia en el caso a resolver*.

En efecto, la competencia de esta cámara es apelada y no originaria, y tiene por objeto corregir un error atribuido a una decisión recurrida. En este sentido, incluso admitiendo la declaración de inconstitucionalidad de oficio, no puede soslayarse el límite que implica para este tribunal pronunciarse, por primera vez, sobre cuestiones no decididas en la instancia precedente. Si, como se dijo, el objeto del recurso es la sentencia considerada errónea, ello limita a esta instancia, en tanto aquí se introduzca una cuestión no sometida a la decisión del anterior tribunal, pues ello implica que éste no pudo analizarla. La parte que intente soslayar este confín debe realizar un esfuerzo de argumentación adicional que muestre la existencia de un error u omisión tal que permita eventualmente superar aquella frontera.

Por último, cuando se habla de la *gravedad institucional* que implica la declaración de inconstitucionalidad, esa expresión debe interpretarse como un esfuerzo a realizar para no invadir las esferas propias del legislador y no extralimitar el poder de los jueces. Ésta fue una de las luchas de la Ilustración: limitar la arbitrariedad de éstos y que no impongan sus preferencias o gustos personales sobre las leyes, expresión de la voluntad general. Esta concepción, a su vez, se encuentra en la génesis histórica del predominio de la interpretación literal, el papel de los jueces y el nacimiento del recurso de casación, tal como se lo conoció en nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco tiempo.¹⁸ En este aspecto, la discusión sobre el alcance de los principios constitucionales abre paso a un amplio margen de discrecionalidad: la

¹⁸ Sobre la evolución del recurso de casación, véase por todos, Daniel PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2001, en particular ps. 15 – 35; en la jurisprudencia, el *leading case*, “Casal” (Fallos: 328: 3329).

única forma de limitarla es mediante la argumentación, esto es, la explicación de las razones por las cuales los jueces deciden como deciden, lo que permite a su vez, controlarlos. En definitiva, se trata de que todo el enorme poder que implica la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes sea acompañado por una gran responsabilidad y mesura en su ejercicio.

Por lo demás, tampoco se ha puesto de resalto en el desarrollo argumental de la defensa que la infracción constitucional denunciada pueda ser calificada de palmaria u ostensible en su afectación, de un modo tal que justifique su tratamiento oficioso; todo lo cual desvirtúa el planteo intentado.

b. En cuanto al cuestionamiento de la valoración probatoria que determinó el encuadre de la conducta en ese tipo penal, se advierte que la defensa tampoco ha esbozado esa crítica de forma oportuna: pese a que la calificación atacada había sido incluida en el alegato de la fiscal general, nada dijo la parte al respecto al momento de alegar en el juicio (fs. 1911/vta.), ni en el recurso de casación interpuesto (fs. 1991/2007), ni en la presentación efectuada durante el término de oficina (fs. 2038/2042). Tampoco ha explicado los motivos de tal omisión, sin que el carácter reciente del precedente cuya aplicación reclama constituya una razón valedera ni justificada debidamente que autorice la introducción tardía de un planteo sobre el que el *a quo* no tuvo oportunidad de expedirse.

Por otro lado, en la audiencia el defensor se limitó a leer y formular una crítica genérica hacia la prueba ponderada en la sentencia para aplicar la agravante, y a calificarla de insuficiente, sin exponer en concreto las razones que sustentaban esa insuficiencia o la inaplicabilidad de la norma al presente supuesto. Ello en modo alguno alcanza para demostrar que haya existido arbitrariedad por parte de los magistrados, ni para rebatir o refutar los argumentos sostenidos en la resolución.

En definitiva, no existió ninguna crítica apropiada hacia la forma en que el tribunal *a quo* aplicó el tipo penal cuestionado, y mucho menos se argumentó correctamente acerca de si dicha norma era de

pertinente adecuación típica al caso, ni qué consecuencias constitucionales se derivaban de ello.

Las deficiencias expuestas precedentemente eximen de mayores consideraciones sobre el cuestionamiento de la agravante del tipo penal aplicado y sellan así definitivamente el asunto.

Lo dicho conduce a declarar inadmisibile este agravio de la defensa.

4. El descarte de la agravante en la figura de encubrimiento que se propuso en el punto 1, y la incidencia de esa nueva subsunción legal en la medición de la pena, determina la necesidad de modificar la sanción impuesta al condenado Martínez.

Cabe aclarar que el cambio de calificación jurídica de los hechos ha llevado, de acuerdo con el criterio sostenido por esta Sala en la mayoría de los casos, al reenvío de las actuaciones a otro tribunal para que establezca una nueva pena, previa audiencia con las partes.

Sin embargo, la experiencia desarrollada en este tiempo aconseja que sea este colegio el que resuelva la cuestión y fije la pena que corresponde al caso.

En este sentido, los jueces de la instancia anterior ponderaron como atenuantes que Martínez reconoció su responsabilidad en el hecho de encubrimiento del vehículo hallado en su poder y que también confesó su colaboración en el delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada. Al mismo tiempo, como circunstancia agravante valoraron que su aporte en este último hecho se relacionó con un robo de considerable gravedad, pues fue perpetrado con una evidente planificación y con la intervención de más de un autor (fs. 1967/vta.). Sobre tal base, y en el entendimiento de que dicho aporte constituía una participación necesaria, la mayoría del tribunal fijó la sanción en tres años y ocho meses de prisión (fs. 1969 vta.).

Ahora bien, además de estas circunstancias ponderadas por el *a quo*, debe tenerse presente que la fiscal general había solicitado la imposición de esa misma pena (tres años y ocho meses de prisión) pero

estimando que Martínez resultaba coautor del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, en concurso real con supresión de un objeto registrado conforme a la ley, y también coautor de robo agravado por su comisión con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada (fs. 1909). Pese a que el tribunal descartó la supresión del registro y consideró a Martínez partícipe primario (y no coautor) del robo, ello no se vio reflejado en la sanción finalmente impuesta, que coincidió con la requerida por la titular de la acción, sin que se hayan explicado las causas de tal apartamiento.

Entonces, de acuerdo a los parámetros establecidos en la sentencia de la causa **“Medina”**¹⁹ (entre muchas otras), recogiendo también los elementos valorados por los jueces y principalmente el descarte de la agravante del ánimo de lucro, se considera adecuado fijar la pena de Martínez en tres años de prisión.

Cabe aclarar que, por tratarse del mínimo de la escala aplicable, resulta innecesario recibir en audiencia *de visu* al imputado a tenor del art. 41, CP, según el alcance que le ha dado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso **“Niz”**²⁰.

5. En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, casar el punto 4º de la sentencia recurrida únicamente en cuanto a la calificación legal asignada al hecho de la causa n° 4312, modificar la calificación legal de ese suceso por la de encubrimiento por receptación dolosa, y modificar la pena impuesta a Paulo Fernando Martínez por la de tres años de prisión. Asimismo, corresponde declarar inadmisibles el agravio introducido en la audiencia celebrada en esta instancia. Sin costas (arts. 40, 41, 45 y 277 inc. 1º “c”, CP; 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Daniel Morin dijo:

1.- En lo concerniente al primer agravio del recurrente, esto es, la errónea aplicación de la ley sustantiva y la falta de fundamentación sobre la configuración del elemento subjetivo del delito de

¹⁹ Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

²⁰ N.132.XLV, rta. 15.6.2010.

encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, adhiero al punto III.1.c) del voto del juez Niño, en los términos expuestos en la causa “Giacomone”²¹ -en la que intervine como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7-, por resultar plenamente aplicables al presente caso.

2.- En segundo lugar, respecto del agravio vinculado con el grado de participación de Martínez en el hecho calificado como “robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada”, cabe decir que el recurrente no ha logrado rebatir las consideraciones efectuadas por el tribunal, en el sentido de que el aporte de un vehículo que: a) era particularmente veloz y seguro, ideal para seguir a la víctima, interceptarla y facilitar la huida, tal como ocurrió; b) no estaba a nombre del sujeto que lo facilitó; y c) fue devuelto a la concesionaria luego del hecho, constituye una contribución indispensable realizada antes del comienzo de ejecución.

Sobre esta base, adhiero a la solución propuesta por el juez Niño en el punto III.2.c) de su voto.

3.- Respecto del pedido efectuado por la defensa en la audiencia ante esta Sala –oportunidad en la que solicitó que se adopte la misma solución que en el caso “Villarroel” y se recalifique el delito de la causa n° 4335 como robo simple–, considero que la parte no ha realizado un planteo oportuno de la cuestión.

Ello así porque a este tribunal le corresponde limitarse al estudio de los motivos expuestos al interponerse el recurso de que se trate, salvo que el asunto traído a revisión una vez expirada esa oportunidad procesal verse sobre una cuestión federal dirimente o cuestione la validez de algún acto del proceso pasible de ser declarado de nulidad absoluta.

Por este motivo, opino que corresponde declarar la inadmisibilidad de la cuestión tardíamente introducida por la defensa.

4.- Por último, en cuanto al monto de pena a imponer a Martínez, atento al cambio de calificación del hecho acreditado en la

²¹ Cfr. causa n° 3378 “Giacomone, Carlos Dante s/encubrimiento” del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7.

causa n° 4312 como constitutivo del delito de encubrimiento por receptación dolosa (art. 277, apartado primero, inc. “c”, CP), coincido con las consideraciones y la solución propuesta por el juez Sarrabayrouse en el punto 4 de su voto.

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

RESUELVE:

I. Por unanimidad, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación articulado por la defensa oficial a fs. 1991/2007, **CASAR** la sentencia en razón de la errónea interpretación de la ley aplicable por cuanto consideró a Paulo Fernando Martínez autor del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, **ESTABLECER** que el hecho que se reprocha al nombrado en la causa n° 4312 queda calificado como encubrimiento por receptación dolosa y, finalmente, **RECHAZAR** el motivo de agravio consistente en el grado de participación atribuido a Martínez en el hecho ventilado en la causa n° 4335 (arts. 45 y 277, inc. 1°, apartado “c” del Código Penal y 456 inc. 1°, 456 inc. 1°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. Por mayoría, **MODIFICAR** la pena impuesta al nombrado por la de tres años de prisión y costas y **DECLARAR INADMISIBLE** el agravio presentado por la defensa oficial en el marco de la audiencia celebrada bajo las prescripciones del art. 468, CPPN, referente a la aplicación de la agravante contenida en el art. 166, inc. 2°, último párrafo, del Código Penal en el hecho de la causa n° 4335 (arts. 40, 41 del Código Penal y 444, 463, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia remítase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Luis Fernando Niño

Eugenio Sarrabayrouse

Daniel Morin

Ante mí:

Paula Gorsd
-Secretaria de Cámara-