

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. *Contenido. Finalidad. Conexión entre intimación y garantía de defensa en juicio. Regla fáctica y no jurídica: excepción.* SENTENCIA: *Es una unidad.* RECURSO DE CASACION: *Motivo sustancial.* Función nomofiláctica. Facultades del Tribunal *ad quem.* FALSIFICACION DE TARJETAS DE COMPRA, CREDITO O DEBITO (Art. 285 CP): *Requisitos. Idoneidad de la imitación.* DEFRAUDACION CON TARJETAS DE COMPRA, CREDITO O DEBITO: *Defraudación por el uso de tarjetas de compra, crédito o débito (Art. 173, inc. 15, 1º supuesto del CP).* Medios comisivos: *Diferencias con el delito de falsificación de tarjetas de compra, crédito o débito y con la defraudación por el uso no autorizado de datos contenidos en tarjetas de compra, crédito o débito (Art. 173, inc. 15, 2º supuesto del CP).* SENTENCIA NÚMERO: CIENTO ONCE

En la Ciudad de Córdoba, a los dieciocho días del mes de mayo de dos mil doce, siendo las ocho y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos “BONARDI, Oscar Enrique p.s.a. defraudación mediante el uso de tarjeta de débito falsa –Recurso de Casación-” (Expte. “B”, 68/11) con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. Marcelo E. Argañaraz y César Alberto Gutiérrez, con el patrocinio letrado del Dr. Sebastián Monjo, en su carácter de defensores del prevenido Oscar Enrique Bonardi, contra la sentencia número veinte dictada el diecinueve de agosto de dos mil once por la sala unipersonal de la Cámara Novena del Crimen de esta ciudad.

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

1. ¿Se ha violado el principio de congruencia entre acusación y sentencia al condenarse al prevenido Bonardi por hechos distintos a los contenidos en la acusación?
2. ¿Se ha aplicado erróneamente la figura del art. 173 inc. 15, 2do. supuesto del C.P. al caso?
3. ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia número veinte, del diecinueve de agosto de dos mil once, la Sala Unipersonal de la Cámara Novena del Crimen de esta ciudad dispuso, en lo que aquí interesa,

declarar a OSCAR ENRIQUE BONARDI, ya filiado, coautor responsable del delito de defraudación calificada mediante el uso no autorizado de datos de tarjetas de débito, treinta y ocho hechos, en forma continuada (hechos nominados primero, segundo, tercer, cuarto y parcialmente decimoprimer), en los términos de los arts. 45, 173 inc. 15 y 55 *a contrario* del C.P., e imponerle una pena de cuatro años de prisión con accesorias de ley y costas, arts. 550 y 551 C.P.P. (fs. 1890/1939 vta.).

II. Contra dicha resolución interpusieron recurso de casación los Dres. Marcelo E. Argañaraz y César Alberto Gutiérrez, en su carácter de defensores del acusado Oscar Enrique Bonardi, con el patrocinio letrado del Dr. Sebastián Monjo, invocando ambos motivos del art. 468 C.P.P. (fs. 1941/1957).

Los recurrentes comienzan su presentación aclarando que el planteo recursivo se formula en relación los episodios por los que resultó condenado el encausado. Esto es los nominados “*primero*”, “*segundo*”, “*tercero*”, “*cuarto*” y “*undécimo*” hecho, en relación con este último, con respecto al único episodio que contiene la condena de Bonardi, relativo a la cuenta bancaria de la Sra. Evelín Vidal.

Así las cosas, e invocando el motivo formal, expresan que no hay congruencia entre los hechos contenidos en la acusación y los fijados en la sentencia, lo cual tampoco ha sido salvado mediante la observancia del procedimiento de los arts. 388 y 389 C.P.P..

Destacan en ese sentido, que los hechos atribuidos al encausado en la acusación presentaban una misma estructura delictiva que subdividen en ocho pasos. (1) En primer término, la colocación en las sucursales bancarias de un “*skimming*” –elemento que capta los números identificatorios de las tarjetas de débito introducidas- en la puerta de ingreso al habitáculo donde se encuentran los cajeros automáticos. (2) En segundo lugar la “*pesca*” o “*copiado de datos*” mediante ese método obteniendo la información contenida en las tarjetas de débito cuando los usuarios de las tarjetas en cuestión las introdujeron en dicho dispositivo al momento de franquear el ingreso a los cajeros automáticos (fs. 1584 vta.). (3) De ese modo se obtenía la información correspondiente a las bandas magnéticas de dichas tarjetas, pues las usadas en los cajeros fueron las mismas que permitieron abrir las puertas de ingreso al Lobby falso o modificado. (4) En cuarto lugar, el empleo posterior de esos datos, así obtenidos, para la confección de tarjetas gemelas (fs. 1584). (5) El complemento de esa actividad con la colocación de un “*dispositivo filmador en la parte superior del Cajero automático existente en el Banco*”, que le permite obtener además, el PIN o clave personal de los usuarios que acudían a practicar operaciones en los ATM durante el lapso que tales dispositivos (*skimming* y filmadora) permanecían instalados (fs. 1584 vta.). (6) Completados esos pasos, con posterioridad y munido de la información así obtenida, el prevenido Bonardi y su hijo Enzo, en el domicilio de calle Vieytes n° 594 de esta ciudad, habrían confeccionado distintas

tarjetas apócrifas duplicadas de las verdaderas de distintos clientes del Banco (identificadas en cada "hecho") utilizando para ello: a) "distinta tecnología" (que no se precisa) y; b) "plásticos" de tarjetas magnéticas vírgenes como los que suelen venderse en librerías o locales de entretenimiento infantiles, sobre las cuáles, presumiblemente mediante un programa informático, se vuelcan esos datos (tal como expresa Beatriz Raffo, supervisora del departamento de prevención de fraudes de Banelco S.A.). (7) Así las cosas y munido de esas "tarjetas apócrifas" previamente copiadas en una falsificación de las verdaderas utilizadas por los legítimos usuarios, confeccionadas junto a su hijo Enzo, sin las cuáles no hubiera podido lograr el éxito de su finalidad delictiva, Bonardi se habría apersonado en distintos cajeros automáticos donde insertándolas colocando al mismo tiempo la clave de acceso obtenida anteriormente mediante filmación, *extrayendo fraudulentamente distintas sumas de dinero*, ocasionando el consiguiente perjuicio pecuniario. (8) Finalmente señalan que a lo largo de los once hecho que contuvo al acusación similar, se concluye que de ese modo el accionar del sujeto causó un perjuicio económico de cuarenta mil pesos (según relato de la supervisora del departamento de prevención de fraudes de la firma Banelco S.A., Sra. Alicia Beatriz Raffo fs. 1585).

En definitiva, destacan que, en resumidas cuentas, los hechos contenidos en la acusación se integraban con tres momentos. El primero de ellos, relativo a la captura de las bandas magnéticas de las tarjetas de débito y los PIN o claves de los usuarios. El segundo momento, de volcamiento de las bandas magnéticas en las tarjetas falsificadas. Y, finalmente, el tercer momento, relativo al empleo de las tarjetas de débito apócrifas y de las claves en distintos cajeros automáticos para extraer dinero de las cuentas bancarias asociadas a tales tarjetas.

Siendo ello así señalan que, dado que esas etapas en la estructura de los hechos de la pieza acusatoria no se condicen con las consignadas en los hechos de la sentencia condenatoria, pues no concurre la situación de empleo de las tarjetas falsas que se le atribuía inicialmente como medio típico de comisión, se plantea la situación de incongruencia denunciada. Ello es así por cuanto el fallo en crisis absolvió al encausado por el delito de falsificación de las tarjetas empleadas (art. 285 en función del 282 C.P.) por considerar que no concurría la completa falsificación de la tarjeta empleada y por ello consideró una base fáctica que encuadró en la figura contemplada en la segunda hipótesis del art. 173 inc. 15° C.P. relativa al uso no autorizado de datos de las tarjetas de débito, en donde, justamente, no se requiere el empleo de ninguna tarjeta sino de sus datos. En ese sentido el fallo destacó que no habiéndose dado con ninguna tarjeta de las empleadas para operar en los distintos ATM, no es posible precisar si medió una falsificación de las tarjetas originales, en el sentido de si se emplearon otras que reunían en apariencia los requisitos del art. 5° de la ley 25.065 en términos que pudieran predicarse como tarjetas falsas por su aptitud para producir un juicio erróneo a un número indeterminado de personas o no. Y es por esa razón que no habiendo

dudas de que las extracciones fueron posibles, el sentenciante sostuvo la hipótesis del empleo sin autorización de los datos obtenidos de las bandas magnéticas de las tarjetas originales y de los correspondientes PIN obtenidos mediante la filmación a sus legítimos titulares.

En definitiva, descartada la totalidad de las falsificaciones de tarjetas de débito enrostradas a Bonardi por la acusación, la misma suerte debió seguir la acusación relativa al pretendido uso defraudatorio de tarjetas de débito falsificadas que se le atribuyera (art. 173 inc. 15 del C.P.), debiéndoselo absolver, por ende, por los treinta y ocho hechos de uso defraudatorio de tarjeta de débito falsas por las que fue acusado. Ello es así por cuanto la hipótesis empleada para la calificación de los hechos de los encausados fue la primera de las hipótesis contenida en el art. 173 inc. 15 C.P., que requiere el empleo de tarjetas verdaderas o falsas. Y al no considerarse acreditado el uso de tarjetas falsas sino un hecho distinto de uso de los datos de las tarjetas originales (que no requiere del empleo de ninguna tarjeta), en vez de disponer su absolución se lo condeno por el segundo supuesto de dicha disposición que contiene otro tipo penal (*defraudar mediante el uso no autorizado de los datos de una tarjeta de compra, crédito o débito aunque lo hiciera por medio de una operación automática*).

En ese sentido los recurrentes discrepan con los argumentos por lo que el Tribunal *a quo* consideró aplicable al caso el segundo supuesto del art. 173 inc. 15° C.P. como hipótesis remanente para la aplicación del delito. Señalan al respecto que el uso no autorizado de los datos de las tarjetas de débitos de los titulares constituye una modalidad comisiva bien distinta al uso de una tarjeta de débito falsificada y supone una situación fáctica diferente a aquélla por la que Bonardi venía acusado. De modo que tal variación importa para la defensa del encausado, un sorpresivo cambio de la modalidad comisiva de las defraudaciones que se atribuyen recién en la sentencia en crisis. En definitiva, el encausado se defendió triunfalmente de la acusación que se le formuló, al no demostrarse que falsificara o usara tarjetas de débito falsas en el sentido requerido por la primera hipótesis del art. 173 inc. 15° C.P., se le aplicó otra figura, contemplada en el segundo supuesto del mismo artículo e inciso que se seleccionó y calificó como “hipótesis remanente” siendo que se trata de una situación fáctica distinta, en la que la ley prescinde del soporte físico (la tarjeta de crédito o débito) y sanción a quien valerse de su materialidad, usa datos sin la debida autorización.

Destacan en ese sentido, el uso no autorizado de los datos de una tarjeta de débito a que alude el párrafo final de la disposición citada, atrapa conductas distintas, como las compras por teléfono o internet en las que se debe suministrar los números de tarjeta, fecha de vencimiento, titular y códigos de seguridad. Este último, un supuesto donde no se debe emplear, introducir o mostrar el soporte físico de la tarjeta de débito cuyos datos son utilizados. Sin embargo, ningún cajero automático puede ser usado sin la introducción de una tarjeta en el dispositivo previsto al

efecto. De modo que una modalidad comisiva requiere necesariamente el empleo físico de la tarjeta en cuestión, mientras que la otra abarca comportamientos diferentes del empleo del soporte físico (tarjeta) en los que le autor no precisa contar con el elemento material, bastándole el conocimiento de los datos contenidos en aquella.

Pues bien, si para operar en los cajeros automáticos se requiere necesariamente de una tarjeta de crédito o débito (elemento material), sólo resulta posible cometer *típicamente* dicho delito en esta clase de operaciones automáticas, si se emplea una tarjeta falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño. Y por ende, cualquier otra modalidad comisiva no prevista en dicha figura deviene en atípica por cuanto los “datos” no pueden introducirse sino por medio de una tarjeta en el cajero automático y dicho elemento debe reunir esas características (falsificada, adulterada, etc.) para que concurra la figura legal.

Expresan que las referencias del sentenciante en relación al empleo de tarjetas “*mellizas*” (fs. 1922) o de “*formato similar*” (fs. 1928) a las auténticas, constituyen ilegales aplicaciones analógicas del tipo penal por completo reñidas con los principios de legalidad (arts. 18 CN) y de reserva (art. 19 CN).

En consecuencia, sostienen que no habiendo mediado acusación alternativa alguna, ni procedido conforme a los arts. 388 y 389 del C.P.P., la sorpresiva aplicación de la ley sustantiva realizada, pero no intimada oportuna y legalmente al acusado, viola elementales principios constitucionales y legales de nuestro sistema procesal. Más aún, entienden que al condenar al encausado por un hecho distinto a aquél por el que lo acusó el Fiscal de Cámara –vinculado a la primera hipótesis del art. 173 inc. 15° del C.P.- se ha vulnerado el principio acusatorio. Destacan en ese sentido que aunque el citado representante del Ministerio Público solicitó la condena del imputado por alguno de los hechos, tal pretensión no fue acogida al absolvérselo por todos los hechos de falsificación de tarjetas de débito que se le atribuían a tenor de los arts. 285 en función del 282 del C.P.. Y descartada la falsificación de las tarjetas de crédito, mal podía ser condenado el encausado por el uso de aquellas.

Siendo así las cosas entienden que la resolución atacada deviene nula de nulidad absoluta por cuanto ha inobservado el procedimiento del art. 388 CPP al que remite el art. 389 de dicho cuerpo legal, aparejando con ello una violación al debido proceso del acusado que lo priva de un adecuado ejercicio de su defensa acarreado la causal de ineficacia prevista en los arts. 184, 185 inc. 3° y 186 CPP; arts. 18 y 75 inc. 22 CN.

En cuanto a la afectación de su defensa, refieren que con esa acusación sorpresiva, privó al encausado de invocar y producir prueba sobre la irrelevancia de los datos obtenidos o de la innecesariedad de recurrir a ese mecanismo de captación de los datos, o de la imposibilidad de capturar datos tales como números de tarjeta, códigos de seguridad, firma del titular, etcétera. Y

asimismo se lo privó de la posible invocación de eventuales autorizaciones para el empleo de los datos de las tarjetas cuyo uso indebido se le atribuyó en la sentencia. Se trata de un elemento normativo del tipo que, no estaba incluido en la acusación originaria ni fue invocado por el acusador público al emitir sus conclusiones en el debate.

En consecuencia solicitan que se conceda el recurso interpuesto y se anule la sentencia impugnada.

III. Adelantamos que el recurso interpuesto no puede prosperar en relación con esta cuestión, por cuanto no concurre la situación vulneratoria de la defensa del encausado que denuncian los impugnantes.

En ese sentido debe recordarse que 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 (T.S.J., Sala Penal, "Bosio", S. n° 18, 4/4/2000; cfr., "Alaniz", 26/12/1957; "Ateca", S. n° 125, 26/10/1999, "Ateca"; "Oliva", S. n° 286, 21/10/2008, entre muchos otros).

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 (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., 1° reimpr., actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Lerner, Córdoba 1982, T. II, p. 233; cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge Andrés, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Bs. As., 1960, T. I, p. 507; T.S.J., Sala Penal, "Oliva" cit., entre otros).

A su vez, se ha sostenido que la norma que impone la correlación entre acusación y sentencia (artículo 410 CPP), constituye una de tantas que tutelan el principio procesal de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, 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 (T.S.J., Sala Penal, "Bosio", S. n° 18, 4/4/00; Díaz", S. n° 40; 15/05/2003).

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, Lerner, Córdoba, T. II, p. 221; T.S.J., Sala Penal, S. n° 13, 11/4/97, "Valdez"; "Oliva", cit.).

Pues bien, 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 (C.P.P. art. 185 inc. 3°, primer y segundo supuestos y 186 segundo párrafo), pues coarta sus posibilidades de defensa material y técnica.

Bajo dicha óptica, se ha destacado que la identidad que se procura tutelar con la presente regla es fáctica y no jurídica, toda vez que el actor penal formula una hipótesis de hecho que somete a consideración del Juez, determinando así el objeto procesal concreto en relación al cual debe dictarse sentencia. Al decir de VÉLEZ MARICONDE, *"la sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor presupone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio"* (ob. cit., T. II, p. 234; "Oliva", cit.).

En igual sentido se ha pronunciado el más Alto Tribunal de la Nación: *"cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva"; "si bien en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio"* (Fallos: 329:4634).

A su vez, en relación con la determinación de los hechos de la sentencia en base a los cuáles debe formularse tal ponderación, debe recordarse que constituyendo la sentencia una unidad, y que el hecho que se tuvo por acreditado puede extraerse también de capítulos distintos al de la primera cuestión (T.S.J., Sala Penal, "Pajón", S. n° 31, 24/7/1996; "Forasioppi", A. n° 365, 8/10/1999; "Mariani", A. n° 155, 26/5/2004; "Montali", S. n° 137, 2/12/2005; entre otros).

En el caso, se advierte que tal mutación esencial entre los hechos acusados y aquéllos por los que fue condenado el prevenido Bonardi que se denuncia, no concurre. Ello es así por cuanto, tanto en los hechos considerados en la acusación como en los ponderados en la sentencia, se consideraron como existentes, la secuencia de las mismas tres etapas que los recurrentes mencionan. Esto es, primero, el momento de captura de la información de las bandas magnéticas de las tarjetas de débito originales a partir del *skimming* y de los PIN mediante la colocación de las cámaras filmadoras en los cajeros. Luego, el volcamiento de esa información en bandas magnéticas de tarjetas que, más allá de no haberse determinado si fueron completamente imitativas de las tarjetas secuestradas y por ende si tuvieron aptitud para engañar a la vista a personas

indeterminadas, resulta claro que su empleo evidencia que presentaron un grado de imitación en su información magnética que las tornó idóneas para ser utilizadas en los cajeros automáticos en cuestión y realizar las ilegítimas extracciones de dinero. Y finalmente, a partir de allí, ese efectivo empleo en los cajeros aprovechando esa información magnética insertada, usando los datos del PIN obtenido con la filmación para concretar estas extracciones.

A su vez, se desprende claramente de un análisis de los hechos fijados en la sentencia y de lo argumentado por el sentenciante al tratar la primera y segunda cuestión, que el Tribunal *a quo* consideró claramente acreditado el uso de tarjetas de débito imitativas de las originales (al menos en su formato e información magnética) sin perjuicio de que no otorgara relevancia jurídica a ese uso en sí, sino sólo al empleo de sus datos a través de ese uso. Esto último por no reunir su falsificación, los requisitos para afectar la fe pública en los términos de los arts. 285 y 282 C.P., y considerar a estos últimos, necesarios también para la concurrencia del medio falso previsto por la primera hipótesis del art. 173 inc. 15 C.P. Aunque a partir de dicha interpretación consideró que resultaba aplicable al caso la segunda hipótesis de dicha disposición por considerarla una figura remanente que al no exigir el empleo de tarjeta falsa, atrapaba igualmente los hechos pese a dicha circunstancias.

En consecuencia, el empleo de dichas tarjetas imitativas al menos en esos aspectos de las verdaderas, perdió relevancia en la modalidad típica enrostrada debido a la interpretación legal del *a quo*, pero se mantuvo en la modalidad fáctica desplegada que continuó siendo la misma. De modo que lo único que varió fue la ponderación legal de esos hechos y por ende su calificación legal, al interpretarse de esa manera los supuestos del art. 173 inc. 15° C.P. que abordaremos con el tratamiento de la segunda cuestión.

En tal sentido que no se configuró una mutación de los hechos al abordar la primera cuestión, que el sentenciante señala claramente que en ellos, las extracciones se realizaron presentando una tarjeta en formato similar a la original que en su banda magnética tenía copiados los datos previamente capturados de las tarjetas originales por el procedimiento de *skimming* (fs. 1927 en relación al primer hecho, fs. 1928 vta. en relación al segundo, fs. 1930 en relación al tercer hecho, fs. 1931 en relación al cuarto hecho -haciendo clara referencia a que en ellos el hecho fue idéntico a los demás-, y fs. 1932 en relación al evento del decimoprimer hecho). Y lo mismo se desprende su análisis de la segunda cuestión, manifestando expresamente que esa falta de secuestro de las tarjetas empleadas para las extracciones, impidió determinar la existencia de una falsificación de las tarjetas originales en el sentido de satisfacer los requisitos formales del art. 5° de la ley 25.065 (fs. 1937 vta.). Es más, destaca que ello es así, por cuanto a estos últimos efectos, no interesaba sólo su idoneidad para ser utilizadas en operaciones automáticas realizadas en los cajeros automáticos, sino también que lo fuera ante personas, comerciantes, empleados de éstos,

etc., y por ello al no demostrarse esta última situación, sólo cabía aplicar la segunda hipótesis remanente del art. 173 inc. 15° C.P., aún cuando el uso se hiciera a través de una operación automática (fs. 1938). Es más, allí destaca incluso la homogeneidad de la totalidad de las conductas realizadas, que por ello integra como un delito de defraudación de la figura analizada de tipo continuado, siendo claro en ellos, el uso de estas tarjetas apócrifas.

Pues bien, tales semejanzas conducen a rechazar de plano el reproche esgrimido, pues -en palabras de la propia C.S.J.N.- *cualquiera sea la calificación jurídica* que hayan propiciado el acusador y Tribunal, lo cierto es que los hechos considerados por uno y otro son iguales en sus aspectos esenciales conforme surge de las constancias señaladas, al margen de las variaciones en la relevancia que se otorgue a sus diferentes extremos de esa modalidad fáctica. Esto es, de la diferente consideración que para uno u otro encuadramiento haya tenido el empleo de las tarjetas magnéticas apócrifas.

Siendo ello así y habiendo aplicado la figura del art. 173 inc. 15, 2do. supuesto del C.P., por considerarla remanente debido a que se entendió que no se había demostrado que las tarjetas falsamente confeccionadas para las extracciones llegaran al grado de imitación de las verdaderas que el sentenciante consideraba requerido por el 1er. supuesto de dicha disposición legal (art. 173 inc. 15 C.P.), la diferente subsunción jurídica de los hechos, sólo varía en la modalidad de fraude cometido en el contexto de operaciones automáticas contra titulares de tarjetas de débito, lo cual no ha irrogado perjuicio alguno al derecho de defensa, y constituye sólo el ejercicio de la potestad conferida por el artículo 410 de la ley ritual al Tribunal de sentencia (T.S.J., Sala Penal, "Bertoldi", A. n° 8, 8/2/2001; "Oviedo", A. n° 57, 20/3/2002; "Godoy", A. n° 60, 17/03/2004, entre otros).

Es que, si se atiende a la interpretación que el sentenciante hace de la figura por la cual el encausado venía acusado y aquélla por la que fue condenado (C.P., art. 173 inc. 15°, 1er. y 2do. supuesto, respectivamente), tampoco se configuran en el presente, las circunstancias de suma excepción que ameritarían a derivar -a partir de la mutación del encuadre legal- una alteración de los hechos sometidos a juzgamiento, toda vez que, como se ha visto, la calificación dispuesta en modo alguno importa un cambio de encuadramiento legal *groseramente contrario al sentido común*, que evidencie una significativa diferencia en la percepción del relato fáctico, lo que termina por despejar toda sospecha de indefensión (vid. C.S.J.N., "Antognazza", 11/12/2007, voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni).

En consecuencia, voto negativamente en relación con esta cuestión.

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

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

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. En un segundo agravio que los recurrentes encausan dentro del motivo sustancial, expresan que en el fallo se ha aplicado erróneamente la ley penal al encuadrar los hechos atribuidos al encausado dentro del tipo penal contemplado en la 2da. parte del art. 173 inc. 15° C.P., relativo a la defraudación por uso no autorizado de datos de una tarjeta de compra, de crédito o débito.

Expresan que dicha hipótesis delictiva difiere del uso de tarjetas de esas características falsificadas suponiendo una situación fáctica diferente a la que se atribuye a Bonardi. En efecto, contrariamente a lo que acontece en ésta, no debe usarse el soporte físico, esto es, la tarjeta de compra, crédito o de débito en su materialidad, sino sólo sus datos –sin autorización-. Dicho en otros términos, comprende hechos en los que no se debe emplear, introducir o mostrar el soporte físico de la tarjeta cuyos datos son utilizados. Tal como sucede en los casos de compras por teléfono o internet en las que se debe suministrar los números de tarjeta, fecha de vencimiento, titular y códigos de seguridad.

Sin embargo, ello no ocurre en autos, pues ningún ATM puede ser usado sin la introducción de una tarjeta en el dispositivo previsto a tal efecto. Y la única manera en que se puede cometer *típicamente* dicho delito en esta clase de operaciones automáticas en las que no es posible prescindir del elemento material conformado por una tarjeta de crédito o débito, es cuando ésta es falsa, adulterada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, como exige el art. 173 inc. 15°, 1er. supuesto del C.P..

Siendo ello así las referencias del sentenciante en relación al empleo de tarjetas “mellizas” (fs. 1922) o de “formato similar” (fs. 1928) a las auténticas constituyen ilegales aplicaciones analógicas del tipo penal, contrarias a los principios de legalidad y de reserva (arts. 18 y 19 CN).

A su vez, habiéndose absuelto al encausado por el delito de falsificación de tarjetas de débito que se le atribuyera por el art. 285 y 282 C.P., no resulta aplicable al caso el primer supuesto del art. 173 inc. 15° C. P., al tiempo que al haberse empleado tarjetas para realizar las extracciones queda fuera de aplicación también el segundo supuesto de dicho ilícito, deviniendo su conducta en atípica.

En consecuencia, solicitan también que se case la resolución atacada y que se absuelva al prevenido Bonardi por la totalidad de los hechos que se le atribuyen, por resultar éstos atípicos.

II. Adelanto que con respecto al presente agravio asiste parcialmente la razón a los recurrentes en relación con la no aplicabilidad al caso de la figura del 2do. supuesto del art. 173 inc.

15 C.P. pero no con respecto a la atipicidad de las conductas atribuidas al encausado que en base a ello plantean.

1. En este sentido es de interés recordar que a través del motivo sustancial de casación se coordina la interpretación de la ley de fondo por el más Alto Tribunal de la Provincia. De allí que la finalidad política de la casación consiste en unificar la jurisprudencia (función nomofiláctica), pues si bien el pronunciamiento de la Sala Penal es obligatorio en el caso concretamente fallado, tiene un valor orientador en casos análogos para los tribunales inferiores, siquiera por razones de economía procesal, salvo que se agreguen nuevos argumentos que puedan variar el precedente. Por intermedio de esta función uniformadora o nomofiláctica se brinda seguridad jurídica a los ciudadanos en la aplicación de la ley, pues torna previsible la interpretación judicial en casos semejantes. El acatamiento de la doctrina legal sentada, sin embargo, no empece al prudente y necesario movilismo y evolución de su torso, cuando el progreso del derecho y las mutaciones sociales así lo indican. (Morello, Augusto M. "La casación -un modelo intermedio eficiente", LEP, 1993; T.S.J., Sala Penal, "Quintana", S. 91, 22/10/2002; "Pena", S. 57, 21/6/2005; entre otros).

Asimismo debe señalarse que este Tribunal Superior de Justicia sostiene -de manera inveterada- que, una vez declarada abierta la competencia por la vía del motivo sustancial de casación, dicho órgano jurisdiccional tiene la potestad para brindar la solución jurídica adecuada del caso bajo examen, aun valiéndose de argumentos distintos de los esgrimidos por el sentenciante, siempre que deje incólumes los hechos fijados por el Tribunal *a quo* en la sentencia de mérito y no se viole la prohibición de la *reformatio in peius* (arts. 456 y 479 C.P.P.) (T.S.J., Sala Penal, "Nardi", S. 88, 19/10/2000; "Cuello", S. 39, 10/5/2001; "González", S. 66, 27/7/2001; "Sarsfield Novillo c/ Croce", S. 100, 2/11/2001; "Angioletti", S. 122, 27/12/2001, "Bertella", S. n° 329, 16/12/2009; "Claramonte", S. n° 59, 05/04/2011 -entre otros-. Cfr. NUÑEZ, Ricardo C., "Código Procesal Penal", Lerner, Córdoba, 1986, p. 484, nota 2; BARBERA DE RISO, María Cristina, "Manual de casación penal", Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 23, 26 y 27).

2. En efecto, de lo expuesto en la primera cuestión, se desprende claramente que los hechos que se entendieron acreditados, consistieron en que el encausado, previo obtener la información de la banda magnética de las tarjetas de débito originales mediante el empleo de un *skimming* colocado en la puerta de ingreso a cajeros automáticos y de sus números de PIN obtenido con una cámara filmadora en el lugar en el que éstos se encontraban y usaban los clientes, cargó la banda magnética de otras tarjetas de características técnicas similares, con las cuáles, aprovechando ese conocimiento de los números de PIN, concurrió a los cajeros automáticos en cuestión, y realizó las extracciones de dinero patrimonialmente perjudiciales que se le reprochan.

Siendo ello así surge con claridad que para cometer los distintos hechos atribuidos, el encausado empleó tarjetas magnéticas que no eran las tarjetas de débito originales que poseían sus titulares, sino plásticos similares a los usados en la confección de éstas, a los que se insertó la información de aquéllas para hacer posible operar falsamente con ellas en el cajero, como si fueran las tarjetas de débito verdaderas.

También surge de allí que, lo que no se pudo comprobar debido a la falta de secuestro de esas tarjetas empleadas en las extracciones, fue si los aspectos imitativos de las tarjetas verdaderas que se añadieron a las falsas usadas como verdaderas por el imputado en los cajeros, se circunscribieron a esa información magnética, que era todo lo que se necesitaba para cometer esos hechos de extracción fraudulenta de dinero en cajeros automáticos en la modalidad elegida, o incluyó, además, todos los demás aspectos a los que se refiere el art. 5 de la ley de la ley 25.065 para la confección de las tarjetas de débito, permitiendo su confusión incluso visual con las originales por terceras personas.

Pues bien, es verdad que como destaca el fallo, sólo en este último caso se daría la situación contemplada por la figura del art. 285 en función del 282 del C.P.. Una figura delictiva que, al proteger la fe pública, requiere que la falsificación de las tarjetas reúna todas las características de las originales otorgándole un grado imitación suficiente para permitirles ser presentadas como verdadera ante personas indeterminadas, sin perjuicio que ello no alcance engañar a los técnicos (NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal*, 2da. edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, edit. Lerner, Córdoba, 1999, p. 481; CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte especial*, 7ma. edición actualizada y ampliada, edit. Astrea, Bs. As. 2007, t. II, p. 416).

Sin embargo, el hecho de que no se pueda sostener que las tarjetas falsas empleadas para cometer los hechos en cuestión lograran esa completa apariencia de las verdaderas posibilitando su uso ante personas indeterminadas (comerciantes, empleados de negocios, etc.), sólo implica que su confección carece de idoneidad para afectar la fe pública en los términos de los delitos de los arts. 285 en función del 282 C.P.. Ello no debe traducirse, además, como plantea el fallo cuestionado, en que su empleo no configure la hipótesis de uso de tarjeta de débito falsificada de la figura en cuestión.

En efecto, para la comisión del delito del primer supuesto del art. 173 inc. 15° del C.P. basta con que la tarjeta falsa haya sido creada con un grado de imitación de la verdadera que permita la operación patrimonialmente perjudicial en la modalidad concreta elegida para cometer el delito mediante su empleo, sin necesidad de que, además de ello, la tarjeta falsificada sea apta para engañar a terceras personas en general.

Pues bien, en las modalidades delictivas concretas desplegadas en autos, el grado de imitación requerido por la figura legal se satisfizo con la información falsa que se insertó en las bandas magnéticas de las tarjetas empleadas, tornándolas aptas para usarlas colocando sus números de PIN en los cajeros automáticos usados por el encausado, y realizar las extracciones de dinero reprochadas. De modo que resulta completamente irrelevante si siendo así las cosas, su imitación incluyó además, otros aspectos de las originales que no se necesitaron para esas maniobras. Máxime cuando una de las novedades que introduce el art. 173 inc. 15° C.P. en sus dos hipótesis, radica en la consideración, antes discutida, de la posibilidad de realizar acciones fraudulentas mediante operaciones automatizadas (Aludiendo a la discusión anterior, PALACIO LAJE, Carlos, "La nueva protección penal de tarjetas de crédito y débito (comentario al inciso 15 del art. 173 y al nuevo art. 286 CP introducidos por la ley 25.930)", *Semanario Jurídico*, año XXVII, 30/12/04, n° 1490, p. 889).

En efecto, la figura del primer supuesto del art. 173 inc. 15° C.P. contempla el empleo de una tarjeta falsa como medio para defraudar –en ese sentido amplio-, pero no para afectar la fe pública. Algo que sí es necesario, en cambio, para la concurrencia de la figura del art. 285 en función del 282 C.P., orientada precisamente a tutelar la fe pública. En cambio el delito patrimonial del art. 173 inc. 15 CP, sólo busca proteger la propiedad de ataques de esas características y no, además, la fe pública. Ello se hace evidente ni bien se advierte que el propio enunciado legal contempla como formas de comisión del mismo delito –lógicamente, también con la misma pena-, hipótesis en las que nunca podría afectarse la fe pública. Tal como sucede con los supuestos de uso de tarjeta hurtada, robada, perdida, y obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño.

Valga señalar además, que incluso en la hipótesis genérica de estafa del art. 172 C.P. que contempla la misma pena que las figuras del art. 173, se alude al empleo de falsos títulos en la enumeración ejemplificativa de los medios comisivos para estafar, sin que la referencia a esa falsedad haya sido interpretada por la doctrina en términos que exijan la afectación de la fe pública. Y tampoco se comprendería, que la protección del patrimonio dispensada por las figura en cuestión, tuviera que tener alguna relación necesaria con la afectación de la fe pública.

Siendo ello así y surgiendo claramente de los hechos en cuestión que con tarjetas magnéticas de base se crearon copias falsas de las tarjetas de débito originales en términos que permitieron su uso exitoso en los cajeros automáticos, concurre claramente el medio típico de tarjeta falsa requerido por el art. 173 inc. 15, 1er. supuesto del C.P., sin ninguna necesidad que dicho elemento haya alcanzado un grado de apariencia a la tarjeta verdadera como el requerido para la concurrencia de la figura del art. 285 en función del 282 del C.P.. Y por ende la conducta del encausado encuadra en esa figura más específica para el caso del segundo supuesto de dicho art. 173 inc. 15 del C.P..

Valga señalar que el delito de *uso de los datos contenidos en una tarjeta magnética*, aplicado por el sentenciante en lugar de la figura de uso de tarjeta de débito falsa comentada, contempla casos en que, precisamente, dicho instrumento (en este caso la tarjeta falsa) no es empleado para la defraudación, como con acierto plantean los recurrentes. De tal manera que lo que se tiene en cuenta en estos casos es la utilización de los datos de la tarjeta sin importar que esta última se haya empleado. Y de ese modo, se buscan captar, supuestos llevados a cabo de manera distinta a las vías *intuita persona* que contempla la hipótesis aplicable en autos por su mayor especificidad frente a la modalidad concreta de fraude desplegado. Como sería en los casos de uso de medios telefónico o por internet, como acontece en el pago de servicios o compra de productos por esos medios (BUOMPADRE, Jorge Eduardo en *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dir. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, coord. Marco A. Terragni, edit. Hammurabi, Bs. As., 2009, t. 7, p. 275).

Por lo tanto aplicar a los casos de autos la figura del segundo supuesto del art. 173 inc. 15 del C.P. importaría soslayar el rasgo distintivo que diferencia los dos tipos penales contemplados en la figura del art. 173 inc. 15 del C.P. consistente en que en el primero de ellos la tarjeta es usada, mientras en el segundo se emplean sus datos sin usar la tarjeta (ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., “La defraudación mediante tarjetas”, SJA 2/5/2007 – JA 2007-II-1365, apart. III).

En consecuencia, voto afirmativamente en relación con esta cuestión, sin perjuicio de que ello no se traduzca en la atipicidad de los hechos endilgados, como plantean además, los recurrentes.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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.

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del Primer Voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando en consecuencia, de igual forma

A LA TERCERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde:

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por los Dres. Marcelo E. Argañaraz y César Alberto Gutiérrez, en su carácter de defensores del prevenido Oscar Enrique Bonardi, con el patrocinio letrado del Dr. Sebastián Monjo, en contra de la sentencia número veinte dictada el diecinueve de agosto de dos mil once por la sala unipersonal de la Cámara Novena del Crimen de esta ciudad, sólo en relación con la nominada segunda cuestión y al solo efecto de la corrección jurídica, en lo atinente a la no aplicación a los hechos de la figura del art. 173 inc. 15,

2do. supuesto del C.P., pero no en relación a su atipicidad, por encuadrar esos mismos hechos en la figura del art. 173 inc. 15, 1er. supuesto del C.P. en la misma relación de delito continuado. Al tiempo contemplando esta otra figura la misma escala penal que la desplazada, tal variación carece de otras implicancias, incluso en relación con el monto de la pena impuesta.

II. Sin costas, atento el resultado obtenido (arts. 550/551 del C.P.P.).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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.

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, a través de la Sala Penal;

RESUELVE: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por los Dres. Marcelo E. Argañaraz y César Alberto Gutiérrez, en su carácter de defensores del prevenido Oscar Enrique Bonardi, con el patrocinio letrado del Dr. Sebastián Monjo y casar la sentencia número veinte dictada el diecinueve de agosto de dos mil once por la sala unipersonal de la Cámara Novena del Crimen de esta ciudad, sólo en relación con la nominada segunda cuestión, modificando el fallo para disponer que Oscar Enrique Bonardi responda como coautor del delito de defraudación calificada mediante el *uso de tarjeta de débito falsificada*, treinta y ocho hechos, en forma continuada (hechos nominados primero, segundo, tercer, cuarto y parcialmente decimoprimer), en los términos de los arts. 45, 173 inc. 15 y 55 *a contrario* del C.P.

II) Sin costas en la Alzada (arts. 550/551 del C.P.P.).

Con lo que terminó el acto, que previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidenta en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.