



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 46743/2017/TO1/CNC2

Reg. n° 1190 /2021

// la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de agosto de dos mil veintiuno, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Mario Magariños, Alberto Huarte Petite y Pablo Jantus, asistidos por el secretario Guido E. Waisberg, para resolver el recurso de casación interpuesto en este proceso n° CCC 46743/2017/TO1/CNC2, caratulado “Perazzo, Constanza Estefanía s/ apropiación de cosa perdida (art. 175 inc. 1) y otros”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 8 de esta ciudad, con fecha nueve de septiembre de dos mil veinte, resolvió condenar a la señora Constanza Estefanía Perazzo a la pena de un año y tres meses de prisión de ejecución condicional y costas, por considerarla autora del delito de hurto. Asimismo, impuso a la nombrada una serie de reglas de conducta.

II. Contra esa decisión, la defensa de la nombrada interpuso recurso de casación, el cual fue concedido y oportunamente mantenido en esta instancia.

III. Se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara, cuyos integrantes decidieron otorgarle al recurso el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

IV. En la oportunidad prevista en los artículos 465, cuarto párrafo y 466 del cuerpo legal citado, no se efectuaron presentaciones.

V. Superada la etapa contemplada en los artículos 465, último párrafo y 468 del Código Procesal Penal de la Nación, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

VI. Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

En la sentencia recurrida se tuvo por acreditado que el día 22 de junio de 2017, la señora Constanza Estefanía Perazzo accedió a la cuenta de títulos n° (...) del Banco Santander Río —respecto de la cual, por error de la entidad bancaria, aún figuraba como cotitular junto a su ex cónyuge, el señor Miguel Angel Vezzetti, quien había tramitado la desafectación de la nombrada el 26 de octubre de 2006, tras concretarse el divorcio vincular de ambos—, rescató 110.594,2665 cuotapartes del fondo común de inversión “Mix 6”, pertenecientes al señor Vezzetti —equivalentes a 580.446,80 pesos argentinos—, y transfirió esa suma a la cuenta n° (...) del Banco Santander Río, de la cual era titular exclusiva. Asimismo, se consideró probado que, luego de ello, la imputada realizó diversas operaciones desde esa última cuenta, y que, finalmente, *“la totalidad del dinero fue más tarde extraído de la cuenta de Perazzo, y el querellante Vezzetti jamás logró recuperarlo”*.

Este episodio fue calificado jurídicamente como hurto (artículo 162 del Código Penal).

-II-

En primer lugar, corresponde destacar que las proposiciones fácticas relativas a la existencia de las cuentas bancarias mencionadas y sus titulares, así como también la transferencia efectuada por la imputada y las operaciones realizadas desde su cuenta, no fueron objeto de controversia entre las partes durante el juicio y, además, el razonamiento probatorio expuesto por el tribunal oral para tenerlas por acreditadas exhibe un adecuado apego a las pautas desarrolladas por esta cámara en los precedentes “Cajal” –reg. n° 351/2015– y “Meglioli” –reg. n° 911/2016– (ver los votos del juez Magariños).

La defensa se agravió respecto de la fundamentación ofrecida por el *a quo* para desestimar su hipótesis alternativa, apoyada en que el damnificado autorizó a la acusada a efectuar esa transferencia para compensarla por los gastos alimentarios no abonados de la hija que tienen en común, pero luego se retractó del acuerdo al tomar conocimiento de que la imputada se mudaría con su actual pareja. Según la recurrente, esa hipótesis impediría concluir, con el grado de certeza



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 46743/2017/TO1/CNC2

normativa exigible a una sentencia condenatoria, que el apoderamiento ejecutado fue “ilegítimo” (artículo 162 del Código Penal).

En segundo término, la impugnante cuestionó la fundamentación ofrecida en la sentencia para fijar en un año y tres meses el monto de pena de prisión a imponer a la imputada.

Finalmente, la recurrente criticó la fundamentación expuesta en la sentencia al imponer a la acusada una serie de reglas de conducta.

-III-

De forma previa al análisis del primer agravio introducido por la defensa, corresponde examinar la corrección de la fundamentación expuesta en la sentencia para determinar que la conducta ejecutada por la imputada consistió en el apoderamiento de una “cosa mueble” (artículo 162 del Código Penal). El examen de esta cuestión obedece a estrictas razones de orden lógico: en tanto solo respecto del apoderamiento de una cosa mueble puede predicarse el carácter legítimo o ilegítimo de la conducta, si se concluye que ese requisito típico no se ha verificado en el caso, el análisis de la objeción de la defensa, así como de las demás críticas introducidas en su recurso, resultará inoficioso.

Pese a que el punto no haya sido motivo de agravio en la impugnación interpuesta, el estudio de ese aspecto de la sentencia deriva, por un lado, tal como lo he explicado, entre otros, en el caso “P. C.” – reg. n° 726/2019– (ver el voto del juez Magariños), del cumplimiento estricto del deber fundamental, impuesto en esta instancia, consistente en someter a una revisión amplia a todo fallo de carácter condenatorio, en tanto, claro está, ello no conduzca a consecuencias más gravosas para el recurrente (cfr. artículos 8, inciso 2°, apartado “h” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, inciso 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por el otro, esta obligación también deriva del hecho de que, conforme expliqué en el precedente “Ullua” –reg. n° 605/2016– (ver el voto del juez Magariños), la función de establecer y determinar la significación jurídica de los comportamientos prohibidos por la ley penal, así como su concepto y alcance, constituye una tarea exclusiva y excluyente de la jurisdicción, en

razón de los deberes de independencia e imparcialidad que, sólo en el ejercicio de esa función, se imponen en el marco de un proceso penal.

A su vez, es necesario recordar que la relevancia de esta tarea radica en que, en función de los principios constitucionales de reserva y legalidad (artículos 19 y 18 de la Constitución Nacional), el Derecho penal se configura como un orden discontinuo de ilicitudes, estructurado a partir de la selección legal de acciones definidas de modo estricto. Lo contrario, tal como se ha explicado, conllevaría el olvido de que “el Estado liberal es un estado cuyas leyes penales prefijan con todo rigor el ámbito posible de la pena” (Soler, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Eudeba, Buenos Aires, 1966, p. 32).

-IV-

Al exponer las razones por las cuales el hecho probado debía ser subsumido en el tipo penal de hurto (artículo 162 del Código Penal), el tribunal oral se limitó a realizar, en lo que resulta relevante, las siguientes dos afirmaciones.

En primer lugar, en la sentencia se argumentó que “*sin ejercer fuerza en las cosas ni violencia en las personas, la acusada se apoderó de una cuantiosa suma de dinero que estaba depositada en la cuenta de la cual era titular su ex marido [...] transfiriéndola a otra cuenta de su exclusiva titularidad*”. Luego, en segundo término, se sostuvo que “*el delito se consumó, pues [la imputada] ejerció actos de disposición definitivos sobre el bien mueble ajeno que sustrajo, al punto que el querellante jamás pudo recuperar siquiera una moneda de los ahorros que había invertido en la citada entidad bancaria*”.

La lectura de este tramo de la sentencia pone en evidencia una imprecisión acerca de qué fue lo relevante para considerar satisfecho el requisito típico consistente en que el “apoderamiento” recaiga sobre una “cosa mueble”. En efecto, mientras que en el primer pasaje transcrito el sentenciante parece haber tomado como objeto de análisis a la *transferencia bancaria* realizada por la imputada, en el segundo, en cambio, parece referirse a la *extracción del dinero* concretada con posterioridad, desde la cuenta de la cual ella era titular exclusiva.

Además, en punto a la última alternativa mencionada arriba, esto es, a la acción de extraer el dinero de la cuenta de la cual la imputada era



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 46743/2017/TO1/CNC2

titular exclusiva, la sentencia no se ocupó en absoluto de explicar por qué razón sería correcto considerar que ese comportamiento formaba parte aún del *iter criminis*, cuestión ineludible si se atiende a la posibilidad de que, en el caso, resultaba razonable entender que la consumación del delito de hurto se hubiese alcanzado con carácter previo.

En efecto, si la extracción del dinero fue lo que condujo al magistrado de la anterior instancia a considerar que se verificó el requisito típico bajo examen, en tanto esa operación de extracción fue realizada desde una cuenta bancaria de la cual la acusada era titular exclusiva, es plausible entender que aquello sobre lo que recayó ese accionar se encontraba previamente fuera de la esfera de custodia de su ex cónyuge. Por consiguiente, esa conducta no formaría parte integrante del comportamiento típico de apoderamiento, pues tal como pacíficamente se ha sostenido desde antiguo, la consumación en el delito de hurto es alcanzada en el preciso momento en que el autor logra la concreta posibilidad de disposición (cf. Frías Caballero, Jorge, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 33).

En otros términos, en el *sub lite* era imprescindible explicar por qué motivo, dado que con la transferencia efectuada por la imputada a la cuenta de su exclusiva titularidad, ella logró la efectiva disponibilidad de los valores transferidos, las acciones ejecutadas con posterioridad no configurarían sólo comportamiento ulterior al hecho.

Por lo demás, era necesario asimismo determinar si la transferencia bancaria efectuada por la imputada desde la cuenta en la que figuraba (erróneamente) como cotitular, hacia otra cuenta de su exclusiva titularidad, constituyó un apoderamiento de una “cosa mueble” (artículo 162 del Código Penal), tal como también lo sostuvo el *a quo*, o si, por el contrario, esa subsunción carece de sustento razonable y suficiente.

–V–

Existe consenso en la doctrina en punto a que el concepto de “cosa mueble”, acuñado en la norma contenida en el artículo 162 del

Código Penal, debe ser interpretado, en principio, de acuerdo con las definiciones legales incluidas en el derecho privado.

En este sentido, suele afirmarse, con base en las disposiciones del ya derogado Código Civil (ley n° 340), que “cosas” son “los objetos materiales susceptibles de tener un valor” (artículo 2311), mientras que “cosas muebles”, en lo que aquí interesa, son aquellas “que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa” (artículo 2318, primera parte), a lo cual corresponde añadir, por la cláusula de equiparación prevista en la ley civil, que “las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación” (artículo 2311, segunda parte).

De ese modo, Soler enseñaba que “lo fundamental en el concepto de cosa, a los fines de la protección penal mediante la figura del hurto, es la corporalidad, la ocupación de un lugar determinado en el espacio, ya sea de manera autónoma o como parte, material también, de otra mayor” y que, con relación al carácter “mueble” de la cosa, “en este punto, la ley penal toma la palabra mueble en su sentido vulgar, con respecto al derecho civil, para el cual muchas cosas que pueden transportarse de un lugar a otro [...] no obstante ello tienen el carácter de inmuebles” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ª ed., t. IV, TEA, Buenos Aires, 1992, p. 190, pp. 207-211).

De igual manera, Fontán Balestra sostenía, con relación al concepto de “cosa”, que éstas son “los objetos corporales susceptibles de tener un valor [...] los que tienen materialidad y poseen dimensión, es decir, que ocupan un lugar en el espacio”, y añadía, respecto del carácter “mueble”, que “toda cosa susceptible de ser transportada es mueble para el derecho penal” (*Derecho Penal. Parte Especial*, 17.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 444-447).

En el mismo sentido, Creus explicaba que “los datos con que se caracteriza a la cosa como objeto del delito son su corporeidad y su valor patrimonial” y que “cosa mueble en el derecho penal puede serlo [la que puede] ser desplazada de modo que permita su apoderamiento por el



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 46743/2017/TO1/CNC2

agente” (*Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 6.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 394-397).

Núñez, por su parte, expresaba que “una cosa es un objeto material susceptible de tener un valor patrimonial”, y que “es mueble la cosa susceptible de ser transportada de un lugar a otro; sea que se mueva por sí (semoviente) o por una fuerza externa; sea que tenga independencia o que haya estado permanente o accidentalmente unida a un inmueble (principio de la transportabilidad)” (*Manual de Derecho Penal*, 2.^a ed., Córdoba, Lerner, 1999, pp. 205-206).

De forma más reciente, al igual que los autores citados anteriormente, se continúa destacando que debe entenderse por “cosa” a “todo objeto material susceptible de tener un valor pecuniario, y apropiable” y por “cosa mueble” a aquellas que pueden ser “objeto de desplazamiento” (Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-B, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 36-39); y, en igual sentido, se afirma que el concepto de “cosa” se caracteriza por “dos notas esenciales que son la materialidad y el valor” y que “un objeto es material cuando es corporal, esto es, cuando posee extensión y, por ende, ocupa un lugar en el espacio”, y se aclara, respecto del carácter “mueble” de la cosa, que está presente cuando aquella es “aprehensible y trasladable” (Buompadre, Jorge E., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 396-398).

La única excepción sobre este punto es aquella mencionada en la doctrina al explicar que el carácter “mueble” de la cosa es utilizado por la ley penal de un modo más amplio que en la ley civil, pues ésta última establece, a modo de excepción a la regla general citada anteriormente, que no son cosas muebles “las que sean accesorias a los inmuebles” (artículo 2318, segunda parte, del Código Civil). En esta dirección, también se explica que “toda cosa susceptible de ser transportada es mueble para el derecho penal, con prescindencia de que la situación en que se encuentra, de modo permanente o accesorio, le dé el carácter de inmueble para el derecho civil” (Fontán Balestra, *op. cit.*, pp. 444-447; en el mismo sentido Núñez, *op. cit.*, p. 206). Es por esto que suele afirmarse,

sintéticamente, que en el derecho penal “el principio de la transportabilidad rige sin excepciones” (Creus, *op. cit.*, p. 396).

Empero, como ya se dijo, existe consenso en punto a que los rasgos definitorios del concepto de “cosa mueble” deben ser interpretados con apoyo en las normas del derecho privado, y que éstos son la “materialidad” o “corporalidad”, su “valor” y su “transportabilidad”, único aspecto éste último en el que la ley penal se aparta, al utilizar una noción más amplia, del concepto definido en la ley civil.

Estos criterios interpretativos, elaborados a partir de las normas del ya derogado Código Civil, no han sido alterados por la sanción del Código Civil y Comercial (ley n° 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014), pues las disposiciones de ese cuerpo normativo que presentan relevancia sobre el punto en examen, más allá de ciertos cambios en la terminología específica utilizada por el legislador, se encuentran redactadas de forma similar, en lo que aquí interesa, a las ya citadas del antiguo Código Civil.

En efecto, de acuerdo con el Código Civil y Comercial, “los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 [derechos individuales sobre los bienes que integran el patrimonio de las personas] pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico”, (artículo 16, primera parte), “los bienes materiales se llaman cosas” (artículo 16, segunda parte), “son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa” (artículo 227), y “las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre” (artículo 16, tercera parte).

Pues bien, en función de lo expuesto hasta este punto, es evidente que, para afirmar que una conducta puede ser considerada como “apoderamiento” de una “cosa mueble” (artículo 162 del Código Penal), debe constatarse que aquello sobre lo cual recaiga el acto de apoderamiento pueda ser caracterizado como un “bien material”, “susceptible de valor económico”, que “pueda desplazarse por sí mismo



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 46743/2017/TO1/CNC2

o por una fuerza externa” (conf. artículos 16 y 227 del Código Civil y Comercial).

-VI-

Pese a la evidencia de las dificultades que presenta, conforme a lo expuesto en el último considerando, afirmar que en el caso bajo análisis la conducta de la imputada consistió en el apoderamiento de una “cosa mueble”, de modo desconcertante, la cuestión no mereció ninguna clase de examen en la decisión recurrida. Así, el tribunal oral no expuso, siquiera mínimamente, las razones por las cuales una transferencia bancaria puede ser considerada como un acto de apoderamiento de una “cosa mueble”.

Posiblemente, el motivo por el cual la subsunción efectuada en la sentencia no mereció ni la más mínima fundamentación por parte del *a quo*, radique en el entendimiento de que una transferencia bancaria implica el traslado de dinero físico, pues las monedas metálicas o el papel moneda, evidentemente, por reunir las características mencionadas anteriormente, pueden ser subsumidas sin mayores dificultades en el concepto de “cosa mueble”. Esto se advierte con claridad si se analiza nuevamente el pasaje de la sentencia en el cual el magistrado sostuvo que la acusada se apoderó de “*una cuantiosa suma de dinero*” que “*estaba depositada en la cuenta de la cual era titular su ex marido*”.

Sin embargo, esa caracterización del significado de una transferencia bancaria como la que se tuvo por acreditada en el caso, no es correcta.

En este sentido, un sector de la doctrina ha advertido que “serias dificultades traen las nuevas formas de criminalidad relacionadas con las nuevas tecnologías (transferencias bancarias por computadora, fundamentalmente), dada la imposibilidad de considerar cosa mueble a la llamada moneda escritural o moneda de giro” y, específicamente, se ha explicado que “aunque en su entidad física el dinero es una cosa corporal, fungible y consumible, aprehensible y por tanto posible objeto material del hurto, en este tipo de supuestos, lo que se crea como consecuencia de la falsa introducción de datos, de los asientos o de las transferencias fraudulentas son derechos de crédito en favor de la

persona a la que se reconocen” (Donna, *op. cit.*, pp. 40-41). Es por esto que, acertadamente, se destaca que “la orden fraudulenta de pago enviada por el ordenador, por consiguiente, no supone la traslación de una cosa mueble (del dinero físico) sino el reconocimiento de un derecho de crédito, en favor del titular de la cuenta” (Donna, *op. cit.*, pp. 40-41; este autor, no obstante, sin ofrecer explicación, afirma inmediatamente después que “sin embargo, en la forma en que se estructura, hoy día, el delito de hurto, no hay duda de que estos casos caen en el ámbito del artículo 162 del Código Penal”).

El problema descrito por el propio autor citado en el último párrafo, pese a estar planteado con claridad, pone en evidencia que, frente a casos como el *sub examine*, no es correcto adoptar una resolución, sin más, como la que allí se propone. Basta con confrontar las características que en ese texto de doctrina se asignan a las transferencias bancarias, con los requisitos típicos mencionados en el considerando IV de este voto, para advertir que ninguna de esas exigencias se verifica en tal supuesto; esto es, lograr la “generación de un derecho de crédito” y con ello su disponibilidad, no posee el significado de apoderarse de una “cosa”, en la medida en que, por su propia definición, lograr la disponibilidad sobre un “derecho”, no equivale a concretarla sobre un “bien material” y, por esa misma razón, al no poseer las condiciones normativas de una “cosa”, tampoco puede atribuírsele el rasgo definitorio propio de “mueble”, es decir, su transportabilidad.

Para explicarlo en los términos utilizados por la doctrina clásica, mientras que el traslado de una suma de dinero en papel moneda de una esfera de custodia a otra puede ser fácilmente caracterizado como una conducta que recae sobre una “cosa”, pues aquél “ocupa un lugar determinado en el espacio”, no es posible predicar lo mismo respecto de una transferencia bancaria, en tanto esta clase de operaciones, como se dijo anteriormente, implican la generación de derechos de crédito y, en consecuencia, no recaen sobre algo material o tangible.

Las dificultades que generan determinadas constelaciones de casos frente a la redacción del tipo penal de hurto en el derecho penal



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 46743/2017/TO1/CNC2

argentino no obedecen exclusivamente a ciertas modalidades delictivas relacionadas con el uso de nuevas tecnologías.

Por el contrario, se trata de un problema que ha merecido un análisis detallado hace ya muchos años. Por mencionar un ejemplo, ya en el año 1984, al analizar la posibilidad de considerar “cosa mueble” a las comunicaciones telefónicas, se respondió negativamente ese interrogante y se destacó, con argumentos similares a los expuestos en este voto, que “ante la ausencia de una previsión expresa”, una comunicación telefónica, por tratarse de un “bien de naturaleza incorpórea”, no puede “subordinarse a la figura del hurto” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I, caso “Wilson, Mónica Liliana s/ inf. art. 174, inc. 5° del C.P”, resuelto el 8 de junio de 1984, voto del juez Arslanian al que adhirieron los jueces Gil Lavedra y Torlasco, publicado en *Boletín de Jurisprudencia*, año 1984, n° 2, pp. 327 y ss.).

Lo hasta aquí expuesto demuestra, en definitiva, que la afirmación del *a quo*, relativa a la constatación en el caso del requisito típico de “cosa mueble” exigido por la figura penal de hurto (artículo 162 del Código Penal), además de infundada, carece de sustento jurídico suficiente.

-VII-

El déficit de fundamentación que presenta la sentencia impugnada se torna más evidente aún si se repara en que, frente a la dificultad de calificar jurídicamente al hecho que se tuvo por probado como hurto, el *a quo* tampoco consideró, siquiera mínimamente, la alternativa de subsumir el episodio en alguna otra figura contemplada en el Código Penal, que al menos, en principio, se presente como relevante por poseer puntos de conexión con el *sub judice*.

En este sentido, el tribunal oral no consideró, en absoluto, por ejemplo, la alternativa de analizar la subsunción del suceso bajo los tipos penales regulados en los artículos 175, inciso 2° y 173, inciso 16°, del Código Penal, en tanto criminalizan la conducta de quien “se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito” y del que “defraudare a otro mediante

cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”, respectivamente. Si bien, probablemente, estas alternativas hubiesen sido finalmente descartadas pues, con relación a la primera figura, como ya se dijo, no es posible afirmar que la conducta de apoderamiento de la acusada hubiese recaído sobre una “cosa” y, respecto de la segunda posibilidad, no se tuvo por acreditado que la imputada haya ejecutado su comportamiento luego de “alterar” el sistema informático del banco, sino que, por el contrario, se concluyó que pudo realizar la transferencia de la que se trata debido a un error de la entidad bancaria que le permitió continuar como cotitular de la cuenta desde la cual fueron transferidos los valores, lo cierto es que la posible consideración y reflexión sobre estas figuras hubiese mostrado un mínimo esfuerzo por fundar en derecho la decisión de tipificar jurídico-penalmente a un determinado comportamiento.

Por otro lado, en la sentencia recurrida tampoco se realizó ningún análisis acerca de la posibilidad de subsumir la conducta de la imputada en el tipo penal de estafa (artículo 172 del Código Penal), cuyo tenor literal capta el comportamiento de aquel que “defraudare a otro [...] valiéndose de cualquier ardid o engaño”, y sobre el cual existe consenso en punto a que sus elementos constitutivos, en su aspecto objetivo, son “la existencia de un ardid que genere un error que, a su vez, determine una disposición patrimonial perjudicial” (cfr. al respecto el precedente “Maidana”, reg. n° 3877 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad, voto del juez Magariños).

En este sentido, el *a quo* no reflexionó tampoco sobre la posibilidad de que, en tanto, tal como se tuvo por acreditado, la imputada “*pudo llevar a cabo [la] operación en atención a que, por un error del banco siguió [...] figurando como cotitular de la Cuenta*” y que “*el error de registración del Banco [...] fue el que hizo posible que [...] concretara la indebida apropiación del dinero*”, el aprovechamiento de esa circunstancia por parte de ella, consistente en valerse de un error preexistente, podría haber sido examinado como el ardid o engaño generador de una disposición patrimonial perjudicial para su ex cónyuge (titular de la cuenta).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 46743/2017/TO1/CNC2

En esa dirección, el sentenciante ni siquiera reparó, por ejemplo, acerca de si la conducta imputada reunía las características propias de las constelaciones de casos conocidas como “engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos” (cf. al respecto Pawlik, Michael, “¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos?”, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 207 y ss.).

Lejos de todo ello, la sentencia recurrida se limitó a afirmar “dogmáticamente” que la conducta atribuida en el caso era constitutiva del delito de hurto.

La absoluta falta de fundamentación que exhibe este aspecto de la sentencia impugnada impone su declaración de nulidad y, en tanto la posibilidad de calificar jurídicamente al hecho que se tuvo por probado, por ejemplo, como estafa (artículo 172 del Código Penal), supondría, en función de la escala penal prevista para esa figura y ante la falta de una impugnación de la parte acusadora, una violación del límite determinado por la garantía constitucional que prohíbe la *reformatio in pejus* (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional), el análisis de esa posible subsunción se encuentra vedado en esta instancia.

-VIII-

Todo lo anterior pone en evidencia que el tribunal oral no ha cumplido con la tarea elemental de fundamentar jurídicamente su decisión, al haber omitido, de modo absoluto, interpretar el significado y alcance de la ley penal para aplicarla de conformidad con las particularidades que el caso bajo juzgamiento presentaba.

Dicho en otras palabras, el tribunal de la anterior instancia ha omitido cumplir con una de las principales funciones de la actividad judicial, esto es, “la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar los hechos punibles y los no punibles, conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo”, lo cual constituye “una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose

así, en conquista irreversible del pensamiento democrático” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 309:5, disidencia de los jueces Bacqué y Petracchi, considerando 13°).

Por esa razón, corresponde la descalificación de la decisión recurrida como acto jurisdiccional válido y, consecuentemente, su declaración de nulidad (artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

Ahora bien, en tanto esa nulidad obedece exclusivamente a un vicio intrínseco de la sentencia impugnada, atribuible a la actuación de los órganos estatales, la consecuencia de esta declaración no puede derivar en una renovación del juicio a la acusada luego de haber transitado ya uno válidamente cumplido, pues tal proceder importaría el desconocimiento de la regla de garantía conocida como *ne bis in idem*.

Por lo tanto, en función de las consideraciones efectuadas en el precedente “Papadopulos” (registro n° 702/2016) –ver el voto del juez Magariños–, a las cuales cabe remitirse en honor a la brevedad, corresponde anular la sentencia impugnada y, en consecuencia, absolver a la acusada del hecho que fue materia de acusación (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional, 1 *in fine*, y 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

Lo resuelto, en consecuencia, torna inoficioso el análisis de los agravios introducidos en el recurso de casación.

-IX-

En definitiva, corresponde anular la sentencia impugnada y, en consecuencia, absolver a la imputada del hecho que fue materia de acusación, sin costas (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional, 1 *in fine*, y 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

Coincido con el criterio expuesto por mi distinguido colega, el Juez Magariños en su voto y me expido en el mismo sentido.

Es de destacar que el hecho que se tuvo por acreditado está constituido por varios tramos -la presentación de la imputada en el Banco Río para rescatar 110.594, 2665 cuotapartes del fondo común de inversión “Mix 6” que pertenecían a su ex-marido; la transferencia del



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 46743/2017/TO1/CNC2

dinero resultante de ese rescate (580.446,80 pesos) a su cuenta del mismo banco; y, posteriormente, la realización de varias operaciones y la extracción del dinero- y no se ha precisado en la sentencia en cuál de ellos se habría basado el magistrado para considerar la conducta típica en los términos del art. 162 del Código Penal. Y, en el caso, ese problema era sumamente relevante, puesto que es claro que en las primeras acciones, el rescate de las cuota partes del fondo de inversión, su conversión en pesos y la transferencia de la suma resultante a su cuenta bancaria, no se llevó a cabo materialmente el apoderamiento de una “cosa” según la extensa y fundada explicación del juez Magariños.

Debería recordar, únicamente, que se debió agregar al art. 2311 del viejo Código Civil en la reforma del decreto ley 17.711 del año 1968, segundo párrafo (el primero refería textualmente: “Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor”) que aclaraba que: “Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación” porque con la definición del primer párrafo era claramente atípica la sustracción de energía eléctrica.

Como quedó expuesto en el primer voto, la redacción de la norma equivalente en el nuevo Código Civil y Comercial es similar, con lo que no constituiría el apoderamiento ilícito de una “cosa” el rescate de las cuotapartes, ni la transferencia bancaria, que no son más que movimientos contables realizados informáticamente; tampoco las operaciones realizadas desde la cuenta. Podría discutirse como la posesión de elementos materiales la extracción de los billetes, sin embargo esa operación se realizó desde la cuenta de la propia imputada, con lo que también sería discutible si esta conducta podría constituir un hurto.

Más allá de estas reflexiones, lo cierto es que es relevante la omisión en la sentencia cuestionada de toda consideración acerca de los fundamentos de la tipicidad de la acción que se le atribuye a la imputada, y ese déficit constituye un supuesto de arbitrariedad que debe ser resuelto del modo como lo propone el Dr. Magariños.

Por estas breves razones y remitiéndome a los fundamentos del voto del colega que lidera el acuerdo, me expido en el mismo sentido.

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

En atención a que los jueces Magariños y Jantus han coincidido en la solución que corresponde dar al caso, he de abstenerme de emitir mi voto (artículo 23, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

Por esas razones, **la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE:**

ANULAR la sentencia impugnada y, en consecuencia, **ABSOLVER** a la imputada del hecho que fue materia de acusación, sin costas (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional, 1 *in fine*, y 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que los jueces Alberto Huarte Petite y Pablo Jantus participaron de la deliberación por medios electrónicos y se pronunciaron en el sentido indicado, pero no suscriben la presente (Acordadas 3/2020, 4/2020, 7/2020 y 11/2020 de esta Cámara; cfr. Acordadas 12/2020, 14/2020 y 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100) y remítase el incidente de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Acordada 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

MARIO MAGARIÑOS

Ante mí,

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CÁMARA