quiere anticiparse la programación criminalizante, ésta no puede extenderse-en la tentativa ni en el delito de peligro- más allá del ámbito circunscripto por el peligro de lesión, sino en violación del art. 19 constitucional que consagra el principio de libertad negativa o de reserva. Por esta razón quedan excluidos los cursos de acción que sólo revelan una posibilidad de afectación abstracta" (Zaffaroni- Alagia- Slokar "Derecho Penal. Parte General" Ediar, 2 edición, 2008, págs. 809/810).

En cuanto a la necesidad de una concreta afectación al bien jurídico contemplado por la norma, resulta oportuno recordar que nuestro más Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 14, inc. 2 de la ley 23.737 en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un ***peligro concreto*** *o un daño a derechos o bienes de terceros ("Arriola, Sebastián y otros s/causa nº 9080", Causa A.891 XLIV, Recurso de hecho, rta. el 25/08/09).*

Ahora bien, toda vez que en el caso de autos resulta decisivo para deslindar los actos preparatorios no punibles –por regla- del ámbito de la tentativa se recurre al principio de ejecución en torno del cual giran distintas teorías explicativas.

En efecto, la teoría formal objetiva exige que el autor haya realizado en forma efectiva una parte de la propia conducta típica mientras que para la teoría material objetiva habrá comienzo de ejecución cuando el agente comienza las actividades relacionadas con la acción típica, según el uso del lenguaje. Justamente por el fracaso de ambas posturas para determinar, en definitiva, el momento del comienzo de ejecución, a partir del cual nace la punibilidad, se recurrió a la teoría individual objetiva que toma en cuenta el plan concreto del autor para determinar la cercanía de la acción con la lesión al bien jurídico.

77

En suma, de acuerdo con Zaffaroni, Alagia y Slokar, "no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, (...) sino que también abarca a los actos que, conforme el plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor), son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica ***e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico****, bien entendido que (...) un acto parcial será inmediatamente precedente a la realización de la acción típica cuando entre éste y aquélla no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor" (ob.cit.pág.829, lo resaltado me pertenece).*

Como corolario de lo anterior, a mi juicio, el accionar investigado en autos no importó objetivamente un peligro para el bien jurídico toda vez que, la administración de justicia ni, en definitiva, el patrimonio de la víctima han corrido peligro alguno toda vez que el contenido del documento privado fue puesto en conocimiento a la parte contraria, vía fax, quien, al día siguiente, efectuó la denuncia de los hechos aquí investigados y, además, tuvo oportunidad de rebatir los extremos del demandado (aquí imputado) en oportunidad de contestar el traslado conferido.

En efecto, a mi juicio, el accionar desplegado por Mattarollo no significó un comienzo de engaño dirigido al juez civil toda vez que éste no estuvo nunca en condiciones de decidir en aquellas actuaciones y por tanto de ser engañado puesto que previamente a ello debía oír a la otra parte involucrada en la contienda, para lo cual le concedió un traslado a la parte actora (cfr. fs. 58 del expediente civil).

Repárese, por otro lado, que la característica peculiar del delito de estafa procesal es que se desarrolla en el marco de un proceso judicial, a través de una triangulación del mecanismo defraudatorio ordinario. Es que aquí, la acción engañosa es desplegada por una de las partes del proceso y está dirigida a provocar un error en el juzgador, quien dicta una sentencia dispositiva que, viciada en su motivación por

aquél, provoca un perjuicio patrimonial de la contraparte o de un tercero. De ahí que, como puede fácilmente advertirse, la estafa procesal es un caso singular de estafa, en el que se produce un desdoblamiento entre el sujeto pasivo del engaño (juez) y el perjudicado por la defraudación (parte en el proceso o un tercero). Pues, en definitiva, el juez resulta engañado mientras que la persona afectada por su decisión de contenido patrimonial, resulta ser el ofendido.

Efectuadas estas consideraciones, en cuanto al presente caso concierne, a mi juicio, por las particulares circunstancias en el caso subiudice antes resaltadas, el hecho investigado resultó un acto preparatorio y no sólo no implicó un comienzo de ejecución de la estafa pues el patrimonio del consorcio en aquella causa, tampoco ha sido puesto en peligro.

En otro orden de ideas, cabe recordar que además del delito de tentativa de estafa procesal ya analizado y descartado, se le atribuye a los nocentes la falsificación de documento privado (art. 292 del C.P.) que habría tenido lugar el día 13 de noviembre de 2000.

Sin embargo, del estudio de la causa, advierto que recién con fecha 5 de agosto de 2003 se citó a los imputados para oírlos a tenor de lo dispuesto por el art. 294 y concordantes del C.P.P.N. (f.d 89).

Ahora bien, desde la fecha del hecho hasta aquel acto habría transcurrido el plazo previsto como máximo punitivo en la hipótesis delictiva planteada (art. 292, primer párrafo del C.P), en función de lo prescripto en el art. 62, inc. 2° del C.P. – 2 años-, sin que, en principio, hubiese ocurrido alguno de los actos previstos por la norma como interruptivos del curso de la acción penal (específicamente, art. 67, cuarto párrafo, incisos "a" del mismo cuerpo legal).

24

Como corolario de lo expuesto, entiendo que corresponde remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen que, actualización mediante de los antecedentes que en su caso registren los imputados durante el período de tiempo indicado, se considere y resuelva acerca de la eventual prescripción de la acción penal, de conformidad con lo señalada en la acápite que antecede, suspendiéndose el trámite del recurso de casación interpuesto hasta tanto ello se dilucide (C.S.J.N. Fallos: 322:717, de esta Sala IV, causa Nro 5271 "Werthein, Andrea y otros s/recurso de casación", rta. el 28/12/05, Reg. Nro. 7164).

En virtud de lo hasta aquí indicado, corresponde: ***I. HACER LUGAR*** *a los recursos interpuestos, sin costas,* ***CASAR*** *la sentencia impugnada y* ***ABSOLVER*** *a Omar Luis Mattarollo y Gabriel Eduardo Mussio, en orden al delito de estafa procesal en grado de tentativa por el que resultaron condenados (arts. 42, 172 del C.P. y arts. 470, 530 y 531 del C.P.P.N).* ***II. REMITIR*** *las presentes actuaciones al tribunal de origen para que, actualización inmediata mediante los antecedentes que en su caso registre el imputado durante el período de tiempo indicado, se considere y resuelva acerca de la eventual prescripción de la acción penal respecto del delito previsto y reprimido por el art. 292 del C.P., de conformidad con lo señalado precedentemente, suspendiéndose el trámite del recurso de casación interpuesto hasta tanto ello se dilucide.*

VI.- DE LOS DEMAS FUNDAMENTOS DEL RECURSO INTERPUESTO:

Pasare ahora a referirme a los demás fundamentos de orden fáctico y jurídicos que avalan mi postulación, y relativos a los agravios que motivaron la interposición del recurso de CASACION, a la luz de demostrar que no se solicita la nulidad por la nulidad misma.-

VI. 1).- ERRONEA APLICACIÓN DE LA LEY SUSTANTIVA:

En este líbelo, se mencionó como agravio el reclamo de la **inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva**, conforme lo faculta el art. 456 inciso 1° del ritual, y se lo realizó en virtud de **los arts. 45, 172 y 282 DEL CÓDIGO PENAL,** en la decisión impugnada; motivada la misma por errores o vicios "in iudicando", en virtud de falta de motivación suficiente y lógica de la sentencia; **DERIVADO ELLO DE LA ERRONEA Y ARBITRARIA INTERPRETACIÓN y APLICACIÓN DEL ART. 398 segundo párrafo, en concordancia con el art. 241, ambos del código ritual; en lo relativo a la SANA CRITICA, en el mérito de las declaraciones testimoniales prestadas durante el debate; y la franca parcialidad puesta de manifiesto al meritar el testimonio del querellante, y los de descargo de la defensa.-**

Dr. CLAUDIO MAZAIRA ABOGADO T° XVIII F° 375 C.A.S.I. T° XXXV F° 151 C.P.A.C.F

VI. 1) A).- MOTIVO DEL RECURSO: VICIOS "IN IUDICANDO":

Los motivos pueden ser clasificados en vicios de actividad o vicios de juicio, o **errores in procedendo y errores in iudicando**.

Es preciso aclarar que, en todos los casos existe una violación de la ley como genérica desobediencia al mandato del legislador; pero esa violación se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo del asunto (ley sustantiva) y en otros a la ley que regula la actividad del juez y de las partes en procura de la sentencia (ley procesal).

En la sentencia, la actividad valorativa, volitiva y crítica que realiza el juez se cumple con un juicio lógico, pero el error en que incurra puede traducirse **en un vicio in procedendo** en la motivación de la sentencia o en **un vicio in iudicando** cuando NO OBSTANTE LA CORRECCIÓN FORMAL DEL FALLO EXISTE ERROR EN LA DECISIÓN DEL FONDO DEL ASUNTO. En ambas situaciones, la ley se interpreta para aplicarla: *la ley sustantiva* para aplicarla **in iudicando**, al juzgar; *la ley procesal* para aplicarla **in procedendo**, sobre el proceder.

Lo que cuenta para decidir el tipo de error cometido es la naturaleza de la norma violada, y no su origen (Congreso nacional, provincial) ni su inserción en determinado cuerpo legal (Código Penal. C. Procesal)

Es decir:

Si la norma tiene por fin establecer o señalar el ámbito represivo de restricción de la libertad personal, su naturaleza ***es sustantiva***.

Cuando su fin es, en cambio, determinar el modo de conducta para reprimir la violación a la prohibición penal, o sea, para pedir y otorgar el reconocimiento y eficacia jurisdiccional del derecho, su naturaleza ***es procesal***.

VI. 1) A').- VICIOS "IN IUDICANDO":

En la sentencia atacada, han existido errores o vicios "**IN IUDICANDO**" en virtud de la errónea aplicación de la ley sustantiva.

VI. 1) A").- ALCANCE:

Cuando la ley se refiere a "inobservancia" y "errónea aplicación" contempla, en apariencia, casos diversos. Uno y otro sin embargo, quedan comprendidos en el concepto de violación de la ley sustantiva. El doble aspecto en que se la quiere considerar, es un pleonasmo tradicional.

Núñez, afirma, que "la doble enunciación deja de aparecer como repetitiva o redundante, tan pronto como se advierte que la referencia no debe hacerse a la ley en su totalidad, sino a sus disposiciones en particular, pues así resulta clara la distinción entre la simple no aplicación de una disposición (inobservancia) y la aplicación errónea de una disposición sustituyéndola a otra o la incorrecta interpretación de la ley aplicada (errónea aplicación). En el primer caso, el interesado sólo aduce que el juez a quo debió aplicar una disposición que no aplica. En el segundo, aduce que el juez

a quo aplicó mal una disposición, siendo que debía aplicar otra **o que aplicó mal la disposición.**

Dentro de la terminología del Código, **inobservancia** significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica. No se trata de un error en el modo de aplicarla, sino de una omisión de cumplirla. En cambio, **errónea aplicación** es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, O ES APLICADA CON UNA MALA INTERPRETACIÓN DE SU MANDATO.

Al respecto, ***Mancini*** opina : "Inobservancia existe cuando no se aplica la ley sustantiva que debía aplicarse al caso, mientras que hay errónea aplicación cuando se ha aplicado una norma en lugar de otra O LA NORMA JUSTAMENTE APLICABLE LO HA SIDO CON UNA INEXACTA INTERPRETACIÓN".

VI. 1) A'").- DISTINCION ENTRE HECHO Y DERECHO:

El punto más arduo, el problema central y más difícil de la casación, es el de la distinción entre hecho y derecho.

Según Fernando de la Rúa: " No cree que la diferenciación deba ser establecida con un criterio teleológico, fundado en la finalidad de uniformar la jurisprudencia que se atribuye a la casación. Esta finalidad, que, como ya hemos visto, está en realidad en el origen político del instituto, es ajena a su estructura puramente procesal. Debe invertirse el ángulo de observación: no se distingue el hecho del derecho para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, sino que esa uniformidad se obtiene, en mayor o menor medida, gracias a esa característica del recurso. El juez de casación resuelve casos concretos, donde se convierten intereses singulares. En cada uno de ellos debe examinar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el tribunal de juicio a los hechos establecidos, no en cuanto esa interpretación y aplicación

76

sean "susceptibles de reproducirse por imitación y contagio", sino en cuanto norma general y abstracta, contenida en el ordenamiento jurídico positivo y aplicable al caso concreto.

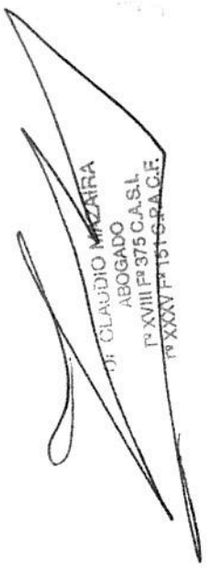
La norma penal contiene una regulación abstracta de la conducta humana, y esa regulación abstracta es el derecho, la concreción de la conducta supuesta en un acontecimiento real, es el hecho. Y los hechos son los que determina, ya en concreto y definitivamente, la sentencia del tribunal de juicio.

La norma penal, en cuanto describe fáctica e hipotéticamente una eventual conducta humana punible, **suministra un concepto jurídico**, entendido como regulación abstracta de la conducta, contenida en la ley penal: secuestrar, matar, defraudar, incendiar, la premeditación, la alevosía, la legítima defensa o su exceso, la participación primaria o secundaria; son conceptos jurídicos, y no simples hechos.

Dice **Núñez** (en la conferencia mendocina, dictada en 1956 con ese mismo título): "Cada uno de esos conceptos constituye la abstracción generalizadora con que la ley penal atrapa una serie indefinida de modos probables de conductas humanas. A estas conductas, que constituyen el episodio histórico, se aplica o no el concepto correspondiente, según se den o no los presupuestos necesarios para configurarlo.".

La distinción de lo que es hecho y lo que es derecho dentro de los poderes de la casación, es el problema fundamental que domina esta materia. Para decidir al respecto, no es correcto proceder de una manera generalizante y absoluta, como sucede a menudo, incluso entre los mejores autores y tribunales.

Existen cuestiones de hecho que no pueden ser tratados como "puros hechos" ya que en realidad **son conceptos jurídicos y *no entidades puramente materiales. una cosa es la materialidad que sustenta el concepto jurídico y otra el concepto jurídico relativo a esa materialidad.***



"**Las cuestiones de derecho** pueden provenir de una errónea inteligencia de la ley penal, como también **pueden provenir de una errónea consideración jurídica del caso"**. Entendiendo bien, por ejemplo, un concepto legal de una figura determinada, el juez encuadra en él una materialidad que no llena las condiciones que ese concepto exige. "Y de ello extrae la siguiente conclusión: "Al tribunal de casación le está absolutamente prohibido determinar los hechos de la causa. Estos llegan a él definitivamente fijados por el tribunal de juicio", pero "POR EL CONTRARIO, EL EXAMEN DE LAS INOBSERVANCIAS O ERRÓNEAS APLICACIONES QUE DE LA LEY SUSTANTIVA HAGAN LOS TRIBUNALES DE JUICIO, SEA POR MALA INTELIGENCIA, SEA POR MALA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DEL CASO RESUELTO, ENTRA EN EL ÁMBITO DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN".

En síntesis, para deslindar lo que puede ser materia de casación (derecho) de lo que no lo es (hecho), debe enfocarse a la sentencia a la luz de los instrumentos dogmáticos indicados: el instituto y el concepto ***Todo lo que sea valoración, inteligencia o interpretación de un concepto o de un instituto, constituye objeto de la casación.***

VI. 1) B).- ERRONEA APLICACIÓN ARTS. 45, 172 Y 292 DEL C.P. / REEXAMEN FACTICO DE LA SENTENCIA:

El Tribunal de grado inferior, aplicó incorrectamente los artículos mencionados en el acápite, tal como se analizará seguidamente.

VI. 1) B').- VULNERACION DE LA SANA CRITICA. ERRONEA INTERPRETACION E INDEBIDA APLICACIÓN DERECHO DE FONDO:

Sin perjuicio del sumo respeto que me merecen los integrantes del tribunal a quo, y cuya consideración ya efectuase anteriormente en el "previo" del

27

presente líbelo; debo manifestar que la sentencia atacada fundamenta su condena y consecuente imposición de pena, en una errónea interpretación de las pruebas producidas, aplicando incorrectamente el derecho de fondo atinente al caso, y por consiguiente **RESOLVIENDO LA CUESTIÓN CONTRARIO A DERECHO**.

Ello basado en un indebido uso de la sana crítica, a la vez de contravenir claros principios de la lógica.

VI. 2).- INCONSTITUCIONALIDAD / ATIPICIDAD:

En el punto II) f) de este líbelo, tal como lo prevé el art. 474 de nuestro Código ritual; mi parte adujo la **INCONSTITUCIONALIDAD** de la **TIPIFICACION** del hecho en juzgamiento como **ESTAFA PROCESAL,** declarando que dicha figura penal no se encuentra legislada en nuestro Código Penal; y por ende resulta a todas luces **INCONSTITUCIONAL** la sentencia dictada, toda vez que **condena por un ilícito no previsto ni reprimido por el Código de Fondo, en franca violación a nuestra Carta Magna**, y al principio rector enunciado por BELING **"Kein Verbrechen ohne tatbestand"** (es decir: "**ningún delito sin tipo**").-

La Dra. Rodríguez, en su voto (al cual adhirieron los demás integrantes del Tribunal) sostuvo a fs. 523, que: ***"8º) Que la calificación legal que corresponde adjudicar al hecho examinado es la de estafa procesal, mediante falsificación de documento privado, en grado de tentativa (arts 42, 54, 172 y 292 del C.P.) por la que deberán responder Omar Luís Mattarollo en carácter de autor y Gabriel Eduardo Mussio como participe necesario (art. 45 del C.P.).***

La defensa del encartado Mussio cuestionó la figura de estafa procesal por entender que "...para el derecho penal argentino no hay un tipo penal para la estafa procesal y por eso se la incluye en la figura genérica de la estafa, pero debemos tener en cuenta que no hay delito sin tipo penal. Que parte de la doctrina y la jurisprudencia la han incluido en la figura del art. 172, pero eso ha generado grandes



discusiones…) (ver acta de debate). Sostuvo que "…En la estafa procesal el engaño se dirige al Juez y esto no existe en la estafa genérica, por lo que dejó planteada la cuestión de atipicidad que viola la Carta Magna, por violación al principio que veda la analogía en materia penal".

Que el delito de estafa previsto en el art. 172 puede ser calificado como un tipo penal abierto,….".-

ADEMÁS LUEGO ADUNÓ QUE: ***"Así, y sin perjuicio de que la defensa se limitó a sostener la "atipicidad" de la figura sin fundar suficientemente el extremo que alega, y sin dirigir crítica alguna a la postura mayoritaria que, en doctrina y jurisprudencia, rige la tipificación de esta figura en el art. 172 del C.P., la relación de especialidad que -por lo dicho- media entre la figura de estafa genérica y la estafa procesal descarta la violación al principio de legalidad que se denuncia.".-***

En primer lugar he de referirme, con el mayor de los respetos posibles, a la ilustrada magistrado.

En mi alegato **fui lo suficientemente cortés** como para mencionar que **creía que debido a la experiencia y experticia que consideraba que aquilataban los miembros del Tribunal, no era necesario adoctrinarlos en cuanto los temas de derecho penal, o de la teoría objetiva del delito**, por eso tan solo se sindicaron las posturas, se las criticó y mencionó los motivos que fundamentaban dichas criticas, sin extenderme, EN BASE AL POCO TIEMPO OTORGADO POR EL TRIBUNAL PARA LOS ALEGATOS, en mayores discusiones teóricas o doctrinarias; **pero parece que resultaban necesarias.**

Obviamente, que **en razón que las actuaciones van a ser revisadas**, por los **miembros de la Sala de Casación**, quienes resultan ser juristas reconocidos, la cuestión y el planteo será mucho mas fácil de zanjar, por lo menos en cuanto al planteo

básico y firme de INCONSTITUCIONALIDAD, y por haber encastrado un hecho en una tipificación legal que no le corresponde.

Es por ello que en un primer momento, he de referirme ahora a la cuestión de la tipicidad penal de la figura delictiva enrostrada a mi asistido.

Según el Tribunal a quo, la misma es la de ESTAFA PROCESAL EN GRADO DE TENTATIVA, conforme los arts. 42, 45 y 172, del Código Penal.-

Según Beling, "La tipicidad como característica del derecho penal moderno expresa esa necesidad de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas".

Ello en virtud de que **LAS ENUNCIACIONES EN FORMA GENERAL DE LOS DELITOS, ATENTA CLARAMENTE CONTRA LAS LIBERTADES CIUDADANAS.**

Así surge con todo su valor el principio fundamental enunciado por Beling **"Kein Verbrechen ohne tatbestand"** (es decir: "**ningún delito sin tipo**"), como **UNA EXIGENCIA AGREGADA AL TRADICIONAL REQUISITO DE LA LEY PREVIA**.

En consecuencia, vemos entonces que **una de las funciones más destacadas del tipo penal es su FUNCIÓN LIMITADORA.**

Ahora bien, **La estafa procesal debe ajustarse a ciertos cánones o principios para que pueda resultar conducente su calificación**, los cuales **POR SU COMPLEJIDAD,** hacen **NECESARIA UNA IMPLEMENTACIÓN AUTÓNOMA**.

Nuestro sistema penal, NO ADMITE DENTRO DE SU ORDENAMIENTO, LA CALIFICACIÓN ESPECÍFICA DE "ESTAFA PROCESAL", **como si lo hace España, por ejemplo**, luego de la última reforma al Código Español.-

En algunos casos **se la ha tratado de asemejar por vía de jurisprudencia**, (como los mencionados en la sentencia, que mi parte no desconoce) a la

Signature Not Verified
Digitally signed by CECILIA MABEL EZCURRA
Date: 2021.03.23 12:03:15 ART