NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Augusto M. Diez Ojeda y Gustavo M. Hornos.

El **señor juez Mariano González Palazzo** dijo:

a) Toda vez que los recursos impetrados, a la luz de lo previsto por los arts. 438, 456, 457, 459, 463 y 474 del C.P.P.N., son formalmente admisibles, he de adentrarme a dar a respuesta a las críticas en ellos introducidas.

b) Con mira a otorgarle mayor claridad a mi exposición es que desdoblaré, en la persona de cada uno de los imputados, la respuesta de los agravios introducidos en el motivo segundo de casación, para luego hacerlo en común en torno a los planteamientos que se conectan con la aplicación de la ley sustantiva.

b)1. Estoy persuadido de que han acertado los magistrados del tribunal oral de *a quo* cuando afirmaron que Eduardo Gabriel MUSSIO pergeñó la maniobra consistente en concebir un instrumento cancelatorio de expensas comunes debidas; obtener, de seguido, de manos del administrador del consorcio de la calle Alvarez Jonte 2488 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires -señor Falcone- la firma a modo de presentar veraz su continente; para, por último, facilitarle dicho instrumento al coimputado MATTAROLLO a las resultas de que éste lo hiciese valer en el juicio ejecutivo que le fuera iniciado en sede extraña por cobro de expensas adeudas.

El cuadro fáctico es contundente en ese sentido. Basta reeditar los razonamientos de la magistrada del órgano sentenciante que inició el acuerdo -los que hicieron suyos los restantes miembros- para así observarlo:

"... el recibo enviado [vía fax] por MUSSIO a MATTAROLLO en el que constaba la cancelación total de la deuda por expensas firmada por Falcone, se produjo momentos más tarde de la [percepción del sobre contra recibo que le acercare un supuesto empleado de un correo privado]....

Esta especial circunstancia, unida al inconsistente y confuso relato brindado por Gabriel MUSSIO en cuanto a que habría pagado en concepto de expensas sumas de dinero cuyo monto no pudo precisar,... a una persona llamada 'Pablo'..., [y, además, a aquella otra consistente en] haber recibido el querellante un sobre conteniendo folletos de una empresa -Modulor S.A.- vinculada con actividades afines a la desarrollada por la firma del encartado MUSSIO... se presenta[n] como... dato[s] objetivo[s] que en el plexo probatorio estructurado fortalece la convicción en cuanto a la intervención del encartado MUSSIO en la engañosa maniobra que permitió la espuria confección del documento".

El querellante Falcone recordó en el debate que luego del episodio de entrega del sobre -a las 15.00 hs. aproximadamente-, a las 16.30 hs. del mismo día recibió un llamado de la doctora Francisca Magni, quien luego de recriminarle la recepción del dinero adeudado por expensas, le envió por fax el recibo que -a su vez- le había remitido Omar MATTAROLLO.

Que conforme surge del fax agregado a fs. 55, es dable advertir que efectivamente el 13 de noviembre de 2000, a las 4.49 p.m., Estanislao Falcone recibió el fax enviado por su letrada, quien le dijo que momentos antes lo había recibido de Omar MATTAROLLO. Sin embargo, ... la copia del fax indica su transmisión desde el N° 4328-3970 correspondiente a la

línea que MATTAROLLO manifestó de su propiedad, ... el 11 de noviembre de 2000 a las 04.28 [horas].

Tal disparidad motivó que la defensa del encartado MUSSIO arguyera, con el claro propósito de descalificar el testimonio de Falcone, que no resultaba posible -a estar a los dichos de éste- sostener que la firma le había sido 'sacada' el 13 de noviembre, cuando la doctora Magni -para ese entonces, ya había recibido el documento firmado por Falcone -11 de noviembre de 2000-.

Al respecto es necesario resaltar que el procesado MATTAROLLO admitió haber recibido el documento -vía fax- por parte de MUSSIO y, tal extremo surge acreditado con la leyenda que... luce [en su] lateral izquierdo... '13-11-2000 16.14 From: Cotal Construcciones 4586-2271 To: 4328-3970'.

De ahí que la secuencia temporal puntualizada por el querellante Falcone resulta corroborada -a poco que se repare- por los distintos horarios que aparecen en la cadena de la retransmisión que se produjo del documento.

Así, si Gabriel MUSSIO -primero en la cadena- envió el documento por fax, desde su empresa 'Cotal Construcciones' el 13 de noviembre de 2000 a las 16.14 hs. a Omar MATTAROLLO, mal pudo éste recibirlo el 11 de noviembre de 2000 a las 4.28. Esta disparidad sólo puede obedecer a un error en la programación [del aparato de fax], que queda zanjado con sólo reparar que la doctora Magni lo retransmite a Falcone el 13 de noviembre de 2000 a las 4.49 p.m" (confr. fs. 521/521 vta.).

Lo recién extractado además de echar por tierra aquella aserción de la defensa en el sentido de que los jueces de la instancia precedente no

expusieron la razón por la que atribuyeron a MUSSIO la calidad de partícipe necesario del delito de estafa procesal mediante falsificación de documento privado -de dicho relato deviene elocuente que el nombrado le hubo prestado a MATTAROLLO un auxilio sin el cual la acción delictiva pesquisada no habría podido cometerse (art. 45 del Código Penal)-, demuestra cuan alejadas están las afirmaciones del señor defensor que achacan a aquéllos haberse divorciado del sistema de la sana crítica racional previsto por el legislador con miras a que la judicatura valore las pruebas producidas, para, en cambio, alinearse a una "franca parcialidad", entendida como que han otorgado "excesiva credibilidad" al testimonio del querellante -señor Falcone-, han considerado *ab initio* mendaces los dichos del imputado -"indicio de mendacidad"- y, por último, han soslayado "contraindicios" de tinte decisivo que demostrarían que su ocasional defendido fue ajeno a la conducta por la que se lo persiguiere penalmente.

Pues claro que sí. Del pasaje del fallo arriba reproducido fluye que la ponderación de las probanzas arrimadas al proceso se ajusta a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común, o, lo que es lo mismo, que su valoración bien distanciada está de ser arbitraria, parcializada, subjetiva o antojadiza tal cual lo hubo aducido el laborioso doctor MAZAIRA. En efecto, nótese que los magistrados de *a quo* consideraron la totalidad del cuadro probatorio (repararon en los razonamientos del acusador particular, en la prueba documental aportada por las partes, en la versión de descargo del acusado MUSSIO, en las argumentaciones de su defensa técnica y en sendos indicios de culpabilidad), y fue sobre la base de ello que se hicieron de la convicción de la participación de Eduardo Gabriel MUSSIO en el hecho delictivo que se le reprochara.

A modo de ejemplo, véase que descartaron correctamente que hubiese sido el administrador del consorcio involucrado -el varias veces nombrado Falcone- el que hubiese confeccionado el instrumento presentado en el juicio civil premeditando que luego habría de desconocerlo para, de esa manera, hacerse suyo del importe en él precisado, por cuanto el cuadro fáctico siquiera da una señal al respecto.

En igual sentido, bien razonaron acerca de que era perfectamente posible que el documento signado por Falcone llegase a manos de MUSSIO a las 16.14 horas del 13 de noviembre de 2000. En efecto, si se repara en que la distancia que media entre el domicilio de Estanislao Falcone -Perdriel 878 de La Tablada, Provincia de Buenos Aires, lugar, memórese, en el que se firmó el instrumento de pago involucrado- y la vivienda del nocente MUSSIO -Avda. Álvarez Jonte al 2488 de esta Capital, a la postre, local desde el que se envió el primer fax de la cadena *ut supra* apuntada- es de 10 km, deviene manifiesto que abordo el simulado mensajero de una motocicleta -ésta permite sortear casi todo tipo congestión vehicular- y, aún utilizando un automóvil, si aquella congestión no se presentase, sin inconvenientes pudo recorrer el trecho indicado en poco más de una hora y diez minutos -recuérdese al respecto que el falso cartero se apersonó en la finca de Falcone a las 15 hs. aproximadamente y el fax fue transmitido desde el domicilio en el que moraba MUSSIO a las 16.14-.

Insisto, los dos aspectos contrapuestos de la prueba han sido considerados, mas el tribunal sentenciante le otorgó mayor entidad a la de cargo que a la de descargo.

Cuanto se dijo relega cualquier posibilidad de que la sentencia, porque, como se demostró, no "aparece determinada por la sola voluntad

del juez, (no) adolece de manifiesta irrazonabilidad o desacierto total, (no) exhibe una ausencia palmaria de fundamentos, (no) se sustenta en afirmaciones dogmáticas, (no) exhibe... un fundamento... aparente..., (ni) se apoya en conceptos imprecisos o excesivamente latos, genéricos y conjeturales... que... impidan verificar de qué manera se llega a la solución del litigio" (confr. Lino E. Palacio, "El Recurso Extraordinario Federal, Teoría y Técnica", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, págs. 221/228), carezca de motivación y, consecuentemente, resulte arbitraria cuan lo afirmó el doctor MAZAIRA.

b)2. También ha sido correctamente responsabilizado de la comisión del hecho pesquisado a Omar Luis MATTAROLLO. Es que el sólido indicio de culpabilidad consistente en que existía *"... un interés común en crear el recibo de marras... cuya presentación por parte de Omar MATTAROLLO en el proceso ejecutivo por cobro de expensas como excepción de pago permitiría materializar el propósito de engañar al magistrado logrando que se rechazara la demanda... y se levantaran las medidas cautelares ..., [puesto que sin bien es verdadero que] las obligaciones emergentes del [contrato de alquiler señalaban] al procesado MUSSIO [como el] obligado a pagar las expensas comunes del inmueble sito en la Avda. Álvarez Jonte 2486/88, piso 5°, dpto. '10'..., no es menos cierto que MATTAROLLO era el único responsable del pago de aquéllas frente al consorcio, en su condición de propietario del inmueble...."* (vid. fs. 520 vta./522), no puede verse conmovido en virtud de que el nombrado MATTAROLLO hubiese gravado con hipoteca el inmueble involucrado, en el sentido de razonarse que la ejecución de aquel acto voluntario era el devenir de que la finca objeto del contrato nada adeudaba.

Amén de poner de resalto que de la causa civil que tengo a la

vista -expediente N° 82.737/99, del Juzgado Nacional en lo Civil N° 1, caratulado: "Consorcio Álvarez Jonte 2484/2488 c/Mattarollo, Omar Luis s/ejecutivo"-, no surge -en oposición a lo apuntado por el letrado de confianza del nombrado- constancia alguna que indique que al tiempo de llevarse adelante el contrato de hipoteca la vivienda arrendada a MUSSIO se hallaba libre de deuda por expensas, lo cierto es que la circunstancia de que se hubiese formalizado el convenio aludido, ni aún desde la perspectiva del acreedor hipotecario, pudo hacer nacer en la psíquis de MATTAROLLO la inferencia arriba destacada. En efecto, si el contrato del que se viene hablando ha tenido amplia aceptación en la sociedad, obedece a que los individuos que la conforman tienen para sí que el acreedor hipotecario cuenta con *"... el privilegio de que su crédito sea satisfecho primeramente a cualquiera otra ejecución individual o colectiva..."* (confr. Marina Mariani de Vidal, "Curso de Derechos Reales", ed. Zavalía, Bs. As., 1995, Tomo 3, págs. 220/221), con lo que el eventual embargo a disponerse en razón de que pesase una deuda sobre el inmueble gravado -al final aquél se concretó, ver fs. 40 de la citada causa civil-, en nada los afectaría.

En una palabra, las probanzas se alinean concluyentemente en contra de la persona de Omar Luis MATTAROLLO; ergo el nombrado no podrá escapar de las consecuencias previstas en el derecho represivo.

b)3. Ha llegado la ocasión de responder los planteos motivados en los arts. 456, inc. 1° y 474 del Código Procesal Penal de la Nación. Recuérdese que, respectivamente, se hubo aducido que no podía hablarse de la comisión del delito de estafa cuando el sujeto pasivo del engaño resultó la persona del juez "... en vez de ser el consorcio de copropietarios que de ser cierta la maniobra resultaría titular del bien jurídico protegido

8

por la norma penal" y que la acción atribuida a los imputados resulta atípica; que la sentencia condenatoria, entendida ésta como "norma particularizada en la precisión de su objeto" (en esa acepción, confr. Jorge Reinaldo Vanossi, "El marco constitucional de la sentencia", LL 1981-D, 1267) es inconstitucional, en el sentido de que al considerar delito una conducta no contemplada en el digesto de fondo, transgrede el principio de legalidad.

Los agravios así introducidos, al igual que sucedió con los anteriores, no podrán prosperar. Es que, a mi modo de ver, la letra del art. 172 del Código Penal atrapa la conducta reprochada a los acusados, toda vez que aquélla lo que requiere es que con el comportamiento se "... *defraudare a otro"*, mas no que el defraudado resulte la persona del engañado. Es decir, soy de la idea que el digesto penal de fondo tipifica lo que la doctrina ha venido a llamar "estafa en triángulo" -de la que la estafa procesal resulta una de sus especies-, en el sentido de que adquiere relevancia penal la acción que provoca un perjuicio patrimonial, ya no en la persona de quien es objeto de engaño, sino en la de un tercero, cuál es el titular del patrimonio (confr. Cerezo Mir, citado por Edgardo Alberto Donna en "Derecho Penal, Parte Especial, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, Tomo II-B, pág. 327).

Repárese en que he decidido que: *"si la imputada insertó en el escrito de interposición de demanda de varios años antes de su presentación, su firma y sello, con el objeto de inducir a error al magistrado interviniente y obtener de esa manera una mayor regulación de honorarios en desmedro de los letrados de la actora, debe confirmarse su procesamiento en orden al delito de estafa procesal (art. 172 del C.P.)"* (confr, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y

Correccional de la Capital Federal, causa N° 23.989, rta. el 17 de junio de 2004).

Y ello por lo demás es así, porque, en definitiva, *"...[el delito de estafa procesal] responde al esquema técnico de la estafa, que descansa en tres pilares: el fraude, la inducción a error a través de aquél y una disposición patrimonial disvaliosa, consecuencia directa de la activación del primero y de la sumersión en el segundo..."* (confr., esta Sala IV, causa N° 353, reg. N° 613, "Ruisánchez Laures, Ángel s/rec. de casación", rta. el 26 de junio de 1996).

Por lo expresado, propongo al acuerdo: rechazar (arts. 470, 471 *-a contrario sensu-* del C.P.P.N.), los recursos interpuestos, y confirmar, por tanto, el pronunciamiento recurrido; con costas.

Es mi voto.

El **señor juez Augusto M. Diez Ojeda** dijo:

I. Anticipo que me permitiré discrepar con la solución adoptada en el voto del colega que lidera el presente acuerdo pues entiendo que el hecho objeto de investigación en autos no sobrepasó el umbral exigido para tener por configurada la tentativa del delito de estafa procesal atribuida a los nocentes.

En efecto, por las particulares circunstancias que rodearon el evento investigado en autos donde, tras la recepción de un documento privado reputado de falso, Mattarollo lo remitió, vía fax, a la abogada del consorcio adelantándole, de esta manera, el contenido de la contestación de la demanda por el cobro de expensas que éste había iniciado en su contra, a lo que se agrega el traslado conferido por el juez civil a la parte actora (cfr. fs. 58 del expediente civil "Consorcio de Propietarios Alvarez Jonte

2486/88 c/Mattarollo Omar Luis s/ ejecución de expensas"), a mi juicio, la conducta atribuida no ha alcanzado el principio de ejecución que reclama la tentativa, tal como pasaré a exponer en el siguiente apartado.

II. Para ello, no es ocioso recordar que la hermenéutica constitucional cobra virtualidad ya al tiempo en que los poderes involucrados en la formación de las leyes (P.L.N. y P.E.N.), redactan los textos legales, de carácter *general y abstracto*, pues tal actividad comporta desentrañar los valores consagrados en la Constitución Nacional. Ahora bien, no menos cierto es que la aplicación de la Constitución Nacional al *caso* resulta de exclusiva competencia del P.J.N., a través de los jueces, en su tarea de definir los alcances de los textos legales en función del concreto supuesto sometido a juzgamiento.

Conforme lo apuntado, es claro que la hermenéutica legal de un tipo penal debe abarcar la expresa consideración de los principios de lesividad y proporcionalidad, sin descuidar los de *última ratio* y humanidad (cfr. C.S.J.N., in re "ACOSTA, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 -causa n° 28/05-", Recurso de hecho A. 2186. XLI, rta. el 23/04/08).

En ese orden de ideas, el Título VI del Libro Primero del Código Penal, en cuanto regula la tentativa, debe ser entendido como reglamentario del principio de lesividad (C.N., art. 19). Pues nuestro orden jurídico consagra un derecho penal de acto, donde la afectación de derechos -en grado de daño o de peligro real- integra materialmente el ilícito, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos para los cuales el resultado sólo constituye una condición objetiva de punibilidad.

Sin embargo, la anticipación punitiva propia de la tentativa, *"obliga a precisar la proximidad del peligro, atendiendo tanto a la circunstancia concreta de la acción como la finalidad del agente. Esto*

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

implica que cualquiera sea la lesión a la que 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 excluídos 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 n° 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.

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 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 oir 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).

Signature Not Verified
Digitally signed by CECILIA MABEL EZCURRA
Date: 2021.03.23 12:03:16 ART