



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

REGITRO NRO

AÑO 2020

En la ciudad de La Plata, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces que en estos autos integran la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Mario Eduardo Kohan y Carlos Ángel Natiello, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causas **Nº 100.742 y agr. 100.755** de este Tribunal, caratuladas: **“POMPEI, Jorge Luis s/ Recurso de Casación”** y **“BERNARD, Ricardo Luis s/ Recurso de Casación”**, respectivamente. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: **KOHAN – NATIELLO** procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I- El Tribunal en lo Criminal Nº 2 del Departamento Judicial San Isidro con fecha 10 de septiembre del 2019, condenó -bajo el procedimiento de juicio abreviado- a **Ricardo Luis Bernard y a Jorge Luis Pompei** a la pena de tres (3) años de prisión de ejecución condicional y costas del proceso, por hallarlos coautores penalmente responsables de los delitos de **estafa procesal** en concurso real con **depositario infiel** (arts. 172 y 263 en función del art. 261 del C.P.), disponiendo asimismo el cumplimiento de determinadas reglas conductas para los encausados durante el plazo de la condena de conformidad a lo normado por el art. 27 bis del C.P. (v. fs. 24/25 del leg. 100.742).

II- Contra dicho decisorio, los defensores de confianza de los imputados, doctores Mariano Mendilaharzu y Hernán Jáuregui Lorda interpusieron análogos recursos de casación, en los que denuncian la falta de adecuación típica de los hechos tenidos por probados a las figuras legales aplicadas, constitutivas de los delitos de estafa procesal y depositario infiel.

Sostienen que el escenario más desfavorable para sus defendidos atendiendo a los hechos –no discutidos-, eventualmente los haría responsables de los delitos de falsa denuncia o calumnias y desobediencia, respectivamente.

En esa dirección expresan que el engaño o ardid supuestamente perpetrado por el señor **Bernard** consistió en **mentir al Sr. Juez de garantías respecto a la posesión del inmueble que ejercía su apoderado Pompei**, todo ello en el marco de la IPP 14-02-3068-15, en trámite por ante el Juzgado de Garantías nro. 7 Departamental.

Que el hecho que habría ocasionado el engaño del magistrado no habría sido otro que la afirmación de **Bernard** respecto de la supuesta posesión que ejercía su poderdante, el señor **Pompei**, del terreno objeto de litigio. Que idéntico “engaño” se habría producido en la persona del Sr. Fiscal interviniente. Aducen que resulta imposible sostener válidamente sobre esa base, que el accionar endilgado tenga entidad suficiente como para inducir a engaño a un Magistrado y a un Fiscal, cuando ambos funcionarios poseían

amplias facultades legales y procesales de verificación del estado de posesión del predio.

Refiere que la pereza judicial no puede cargar a cuenta de los imputados. Señala que el sentenciante pretende otorgarle la calidad de “ardid idóneo” a las simples mentiras que pudo haber sostenido alguno de los imputados y a la manifestación inserta por el señor Pompei en el documento de venta del terreno ocupado por el señor Nina (que no son más que formulismos de rigor que contiene cualquier escritura pública de compraventa), soslayando por completo que se obvió tomar alguna medida competente que permita verificar lo que sus asistidos alegaban en esa oportunidad. Cita doctrina en apoyo de su postura (v. fs. 37vta./38).

En cuanto a la declaración del señor Jara González, quien en oportunidad de acompañar al señor Bernard a cambiar el cerco perimetral del terreno el día 16 de marzo del 2015, sufrió agresiones del señor Nina y declaró en Sede policial que “...se hizo presente en el terreno ubicado en las calles Chazarreta entre Verazzi y Manzoni, juntamente con empleados de la colocación de alambres de la empresa Arias, con el fin de cambiar el cerco perimetral del terreno ocupado, ya que el colocado por los dueños hace un tiempo atrás, había sido cambiado por usurpadores ...” (v. fs. 38), refiere que al no agregar ni dar mayores certezas sobre cómo tenía conocimiento de que se trataba de un terreno ocupado o que “había sido cambiado por usurpadores”, ninguna precisión aporta sobre la posesión del terreno en manos de los imputados y por ende no posee entidad para coadyuvar al engaño necesario para incurrir en el delito de estafa procesal. Cita jurisprudencia en su favor (v. fs. 38vta./39 del leg. 100742).

Por último señala que si el magistrado hubiere reparado en la posible aplicación de la ley 27.117, denominada “Ley de Agricultura Familiar”, vigente al momento del hecho, se hubiera tornado imposible la comisión de los dos delitos, en tanto el art. 19 de dicha ley suspendía toda ejecución de sentencia y actos procesales que tengan por objeto el desalojo de agricultores familiares.

En fin, considera que no se encuentra acreditado en autos los elementos objetivos y subjetivos que reclama la figura legal aplicada.

III.- En lo concerniente a la figura de depositario infiel aplicada (art. 263 del C.P.), sostienen que el Juez de Garantías **no designó como depositario judicial a ninguno de sus defendidos**; que solamente le impuso una caución juratoria al Sr. Bernard conforme puede leerse en el acta que así lo dispone de fs. 32. Que el incumplimiento de una caución juratoria trae aparejada la pérdida del beneficio obtenido pero de ninguna forma supone la comisión de un delito.

Que por su parte, la obligación de no vender –inserta en la caución juratoria-, fue impuesta al señor **Bernard, quien no poseía injerencia en el destino de la propiedad objeto de litigio**, ya que el propietario del terreno resultaba ser el señor **Pompei**. Que el poder especial que detentaba **Bernard**, no lo facultaba para disponer del bien, conforme surge de fs. 27, incurriendo en un error a este respecto lo sostenido por la Jueza del

Tribunal, quien fundó su postura en el supuesto “dominio del hecho”, que había tenido el señor Bernard cuando nunca tuvo facultad para impedir la venta del terreno por parte de su titular, el señor Pompei.

Sobre el tópico señala que resulta conteste la doctrina en cuanto exige del sujeto activo de la figura, que: “...*la designación del administrador y depositario, tienen que ser realizadas por autoridad competente y de acuerdo con las formalidades legales, agregando que “la calidad de administrador y de depositario solo se adquieren con el consentimiento del interesado”* (v. fs. 41).

Sostiene que a todo evento la conducta endilgada a sus defendidos constituiría el delito de desobediencia, sin dejar de mencionar que en este hecho no es posible hablar de coautoría, dado que sólo pudo llevarse a cabo por una sola persona.

En base a las consideraciones brindadas, solicitan se case el decisorio impugnado y se resuelva en el sentido propiciado.

Hacen reserva de interponer recurso extraordinario federal (art. 14 de la ley 48).

IV- Concedidos y elevados que fueran los recursos por el órgano "a quo", se dispuso la radicación en Sala de los mismos, notificándose a las partes.

A fs. 57/58 del legajo nro. 100.742, el señor Fiscal Adjunto ante este Tribunal, doctor Jorge Armando Roldán, postuló el rechazo del recurso interpuesto en favor de los encausados.

V.- A fs. 56 del legajo nro. 100.755, consta que se procedió a la acumulación de ambos recursos, por existir conexidad objetiva, continuando su trámite por las presentes actuaciones nº 100.742.

Cumplidos los trámites de rigor, el presente recurso pasó a estudio sin más trámite.

VI- Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.) ¿Son admisibles los recursos de casación interpuestos?

2da.) En su caso ¿son procedentes?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Se encuentran cumplidos los recaudos de tiempo y forma exigidos por el ritual (art. 451 del C.P.P.), y no advierto objeciones relacionadas con la impugnabilidad objetiva o subjetiva, pues se trata de una sentencia definitiva, recaída en el marco de un juicio abreviado (conf. art. 105 y 450 del C.P.P.) que, por imperio del artículo 401 del C.P.P., resultan expresamente recurrible por los imputados o su defensa.

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

I.- La identidad de agravios invocados por las defensas en sus respectivas presentaciones, ameritan el tratamiento conjunto de los recursos interpuestos.

En ese camino, adelanto, que las impugnaciones traídas a conocimiento de esta instancia casatoria deben ser desestimadas, toda vez que contrariamente a lo que postulan los recurrentes, encuentro que la impugnada constituye el resultado de la valoración armónica y conjunta del plexo probatorio revelado por el sentenciante –conforme las reglas contenidas en los arts. 210 y 373 del ritual-, sin que en dicha operación se verifique la presencia de vicio o defecto alguno que constituya absurdo o arbitrariedad en dicha labor.

Antes, se impone mencionar que en el marco del presente proceso ha adquirido relevancia el acuerdo de juicio abreviado al que arribaran las partes donde, como es sabido, la conformidad del imputado supone aceptar como adecuada a una hipótesis fáctica -el hecho materia de acusación- la calificación y la pena solicitada por el Fiscal, y que la sentencia dictada, que no es -ni puede ser- mera homologación, sólo puede fundarse en las evidencias legítimamente producidas durante la I.P.P., a las que las partes elevan al rango de prueba en virtud del acuerdo mencionado, constituyendo un pronunciamiento jurisdiccional fundado en el análisis racional y lógico de esa prueba legalmente incorporada al proceso.

De esta manera el segundo párrafo del art. 371 del C.P.P. prevé una motivación exhaustiva de las cuestiones de hecho planteadas y de la valoración de los medios de prueba que funden las afirmaciones fácticas realizadas en la sentencia, exigiendo del mismo modo, que exprese las razones del porqué no se atiende a ciertas pruebas dirimentes presentadas en el juicio, debiendo responder a los planteamientos efectuados por las partes.

Es decir, que nuestro procedimiento penal bonaerense exige el dictado de una sentencia que, en lo pertinente, debe observar las disposiciones de los artículos 371 y ssgtes. del Ritual, y resolver sobre los extremos de hecho en la forma establecida en los artículos 106, 210 y 373 del C.P.P..

Dentro de este marco, como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros), corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el

más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro más Alto Tribunal en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “Leistungsfähigkeit”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisión por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden -por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del juez de mérito (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. - Madina, Marcelo A., “*El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*”, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

Por su parte, debo mencionar que el pronunciamiento del órgano “a quo” fue dictado en un pie de igualdad con la revisión que aquí se pretende, ello por cuanto las constancias escritas en las se valió el tribunal de mérito son las que cuenta esta instancia para resolver las presentaciones. De allí que la revisión amplia que, de acuerdo a los estándares fijados en el ya citado fallo ‘Casal’, debe efectuar este Tribunal permiten echar mano de los autos principales que fueran solicitados al órgano ‘a quo’.

II.- Dicho esto, para dar respuesta a los cuestionamientos de la defensa, corresponde dejar sentado que el “a quo” tuvo por acreditado que:

“...Hecho N° 1: “*Que los aquí imputados...en el periodo comprendido entre los días 16 de marzo del 2015 y 8 de junio del año 2015 en el marco de la Investigación Penal Preparatoria Nro. 14-02-3068-15-00 del Registro de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio Nro. 1 del Distrito Del Pilar realizaron un ardid de entidad suficiente, mediante la utilización fraudulenta de documentos materialmente genuinos, para lograr engañar y así estafar procesalmente al Sr. Juez de Garantías interviniente en la pesquisa antes mencionada, Dr. Walter Federico Saettone, haciéndolo, influido por la falsedad de dicha disvaliosa acción, fallar el día 2 de junio del año 2015 -resolución protocolizada bajo el registro Nro. 16, del libro Nro. VII del año 2015 del Juzgado de Garantías Nro. 7 de San Isidro- a favor de los nombrados y en detrimento de los derechos patrimoniales de Alberto Nina, por cuanto este último fue desalojado del inmueble sito en la calle Chazarreta entre Manzoni y Verazi de la localidad de Villa Rosa, partido de*

Pilar ...el cual fue entregado a los imputados privando de esa forma a Nina de la explotación comercial que hasta aquella fecha venían realizando en el período de mención...”.

“Hecho Nº 2: *“...los aquí imputados...en el período comprendido entre los días 8 de junio y el 22 de junio del año 2015 realizaron maniobras tendientes a violar la caución juratoria oportunamente prestada -mediante acta de fecha 3 de junio del año 2015- en el marco de la Investigación Penal Preparatoria Nro. 14-02-3068-15-00...por la cual se comprometían a “...detentar la posesión del bien, no venderlo ni enajenarlo, no dar lugar embargo del mismo y no ceder derechos a favor de terceras personas...” maniobra que finalmente fue ejecutada el día 22 de junio del año 2015 cuando mediante escritura nro. (...) se procedió a la venta del predio...”.*

Ahora bien, la defensa alega en relación al hecho 1, la falta de adecuación típica a la figura legal aplicada, aduciendo que la conducta de sus defendidos de ningún modo puede configurar el ardid o engaño que reclama el delito de estafa, señalando que, a todo evento, se trató de una simple mentira.

Frente a ello señalo que, el sentenciante avaló la calificación acordada por las partes, teniendo en cuenta –a contramano de lo afirmado por la defensa- el cúmulo de elementos obrantes en la causa, que claramente ponen al descubierto el montaje escénico llevado a cabo por los aquí imputados en el marco de la IPP 14-02-003068-15, logrando el engaño suficiente en el Magistrado, que provocó el yerro en su decisión al disponer el lanzamiento (cf. lo normado por el art. 231 bis del C.P.P.), de quienes ocupaban pacíficamente, hasta ese entonces, el predio objeto de “usurpación”, ocasionándoles un perjuicio económico, privándolos de la explotación comercial de naturaleza agrícola que venían desarrollando.

Resulta válido colacionar que al momento de ordenar el lanzamiento en los términos del art. 231 bis del C.P.P., **-2/06/2015-**, el Magistrado interviniente ponderó no sólo la falsa denuncia de usurpación efectuada con **fecha 12/03/2015** por **Bernard** en su carácter de apoderado del propietario de las tierras, Sr. **Pompei**, sino que también tuvo en cuenta las circunstancias fácticas en la sucesión de los hechos que fuera generada artificiosamente por los imputados, plenamente robustecida por los testimonios obtenidos en el marco de la causa y la documentación acompañada al efecto por el denunciante, logrando aparentar una situación de hecho inexistente, configurativa del delito de usurpación (art. 181 del C.P.).

Nótese así que el **2 de junio del 2015**, el magistrado dispuso la medida cautelar (v. fs. 28/30 de los autos principales) teniendo en consideración lo constatado en el acta de procedimiento en cuanto a que *“...personal policial se dirigió a las inmediaciones del inmueble en cuestión a raíz de un llamado recibido en la comisaría de Pilar VI logrando constatar efectivamente que el aquí imputado {Alberto Nina} se encontraba manipulando una escopeta con la cual le había efectuado disparos a las personas que se encontraban allí”;* Que *“...las declaraciones testimoniales*

obrantes a fs. 13/17,...de los agentes policiales actuantes ratifican el contenido de dichas actas...". Que la víctima "...refirió que el día 16 de marzo del año en curso se hizo presente en su carácter de apoderado del Sr. Pompei en el inmueble en cuestión junto con personal de la empresa "Alambrados Arias" a los fines de cambiar el alambrado oportunamente colocado por esa misma empresa, cuando fueron sorprendidos por el aquí imputado que descendió de su rodado y previo amenazarlos, corrió hacia su domicilio ubicado a 30 mts. aproximadamente y regresó con una escopeta, con la cual empezó a efectuarles disparos, lo que provocó al correspondiente llamado a la policía...". Que en la misma línea se manifestaron el señor Gonzalo Paz, testigo de lo acontecido, y el propietario de la empresa de colocación de alambrados, Sr. Arias, siendo sus relatos coincidentes en un todo con el de la víctima.

Se sumó a este teatro, la documentación acompañada por el señor Bernard a fs. 76/81 de la mentada IPP, consistente en la copia de un testimonio de venta judicial **-de fecha 27 de enero del 2015-** de las tierras en favor del Señor Pompei, quien manifestó –falsamente- **"...hallarse en posesión material de lo adquirido por tradición verificada antes de este acto"** (v. fs. 23 de los autos principales).

De tales consideraciones mal puede ampararse la defensa en una falta de diligencia por parte del Magistrado, para poner al descubierto el embute, en tanto como quedara de manifiesto el artificio verbal fue acompañado de documentación y de maniobras de objetiva entidad que llevaron al juicio equivocado del destinatario. Por su parte ante la supuesta inobservancia de lo normado por la ley N° 27.118 que se alega, -más allá de otras consideraciones que puedan hacerse-, lo cierto es que la misma no aplica ante la comisión de un delito y resulta una mención contrafáctica de lo que podría haberse hecho y no se hizo. Insisto en que la articulación de medidas protectivas de la posesión no intentadas por quien ostentaba la misma en el inmueble no puede emplearse como excusa absolutoria frente a la comisión de un delito cuando ella no está prevista como tal. Resulta pueril el argumento de recargar las culpas en la víctima por lo que no hizo para justificar la comisión del ilícito por parte de los sujetos penalmente responsables.

Ahora bien, retomado el hilo, los elementos que fueron incorporándose a la causa, pusieron en evidencia el entramado y despliegue de las maniobras fraudulentas llevadas a cabo por los imputados para lograr sus propósitos, que no eran otros que hacerse lo más rápido posible de la posesión de las tierras para poder perfeccionar el negocio inmobiliario que se traían entre manos ante la posibilidad de vender los lotes a la sociedad comercial "Grupo Monarca S.A.", que se encontraba desarrollando el barrio cerrado "Lagoon Pilar", en los lotes linderos, como finalmente ocurriera.

La maniobra cobra visibilidad, con las constancias que dan cuenta que Bernard y Pompei no detentaban la posesión de las tierras y que conocían plenamente que la familia Nina era quien ejercía ese derecho.

Así lo revela la denuncia formulada tiempo atrás por el Sr. **Pompei -26 de septiembre del 2014-**, oportunidad en la que manifestó ser dueño del terreno en cuestión, **que se encontraba sin edificación y sin cerco perimetral**, que intentó ocupar el lugar pero que al constituirse en el mismo fue amedrentado por los vecinos de la propiedad lindera (v. fs. 11 del principal).

Que dicha situación derivó una mediación, conforme surge del acta de audiencia celebrada el día **1 de octubre del 2014** en los términos del art. 52 de la ley 14442, entre el denunciante **Jorge Luis Pompei y Sonia Nina** en la cual acordaron “...dar inicio o en su defecto proseguir con el ejercicio de las acciones civiles que por derecho les correspondiese ...estimando que la solución al conflicto será resuelta en aquel fuero; ambas partes se comprometen en mantener una relación pacífica evitando agresiones y malos tratos, ” solicitando se haga extensivo el acuerdo a la IPP nro. 14-02-11303-14, en la que el señor Pompei, por la misma conflictiva, acompañó copia de la sentencia dictada por el Juzgado Civil y Comercial nro. 11 de Gral. San Martín, que ordena la escritura del lote a su favor.

Que no obstante lo convenido por las partes, al día siguiente, **-2 de octubre del 2014-** Pompei radica una nueva denuncia en la que exponía que por el litigio sobre las tierras ya había recurrido a la justicia penal y que el Fiscal, Dr. Leonardo Loiterstein, resolvió que el terreno en cuestión le pertenece. Que ese mismo día se apersonó en el inmueble de su propiedad junto con otras personas y que al llegar allí para comenzar a trabajar, dos mujeres y una nena que residen al lado los recibieron con varios insultos y agresiones pidiéndoles que se retiren del lugar, siendo amenazados con una escopeta. (v. fs. 13vta. de los principales).

Es bajo este contexto en el que los imputados ponen en marcha su exitoso plan.

Así, en fecha **6 de marzo del 2015**, **Jorge Luis Pompei** otorga un poder especial de administración a favor de **Ricardo Luis Bernard** (v. fs. 27 del ppal.), quien en su calidad de mandatario radica con fecha **12 de marzo de 2015**, una nueva denuncia por usurpación de lotes del señor Pompei, en la que expone que su mandante posee el predio en cuestión y que “...tomó conocimiento por parte de vecinos de la zona que personas que desconocen le habían cortado el alambrado de la propiedad, por lo que al presentarse observó que el alambrado perimetral se hallaba cortado, en el interior existe una plantación reciente, pero actualmente en el lugar no se halla viviendo persona alguna...que la persona que le avisó no vio cuando le cortaron el alambrado”, acompañando el testimonio de venta en el que consta la sentencia de escrituración a favor de su mandante (v. fs. 14 de los pples.).

Que el día **16 de marzo 2015**, Bernard concurre nuevamente al inmueble en cuestión siendo en esa oportunidad en la que se suscitan los hechos violentos referenciados al inicio, convocándose al personal policial.

El nombrado manifestó en su declaración que ese día se presentó junto con la empresa de colocación de alambrados, “Alambrados Arias” con el fin de cambiar el cerco que ya hacía tiempo había colocado la empresa y

es en esas circunstancias en que una persona los obliga a que se retiren objetando el derecho de propiedad que alegaba Bernard, quien como contrapartida denunció la usurpación de las tierras por parte de Nina (v. fs.105 del ppal.).

Que el mismo Bernard en su declaración de fecha **17 de marzo de 2015**, manifestó que *“...hace un par de años alambré solo el frente del lote porque ya estaba cercado en el fondo y en los laterales. Mas cuando fui a tomar posesión vi que las personas que se apoderaron del lote rural hicieron desaparecer el alambre por mi colocado y pusieron en su lugar un cerco olímpico en todo el frente que da a la calle Chazarreta (foto de fs. 27). Ante ese estado de cosas siendo que no había construcciones aunque si estaba sembrado por alguien, decidí delimitar la posesión de mi tío Jorge Luis Pompei en el lateral izquierdo de manera tal de deslindar el terreno respecto a los vecinos que se hallaban sirviendo de campo ajeno con el cultivo...”* siendo ese acto lo que provocó el enfrentamiento (v. fs. 109 del ppal.).

De ahí en más todos los comportamientos que llevaron a los imputados a cumplimentar con la fase 1 de su orquestado plan, que termina por perfeccionarse con la comisión del segundo hecho, en tanto el día **8 de junio de 2015**, realizada la entrega provisoria de las tierras (v. fs. 137 y 138 del ppal.), habiendo aceptando **Ricardo Luis Bernard** la caución juratoria impuesta como contracautela, asumiendo el compromiso judicial de **“...detentar la posesión del bien, no venderlo no enajenarlo, no dar lugar a embargo del mismo y no ceder derechos a favor de terceros...”** (v. fs. 136 de los principales), los imputados llevan adelante la última fase del plan, quebrantando el compromiso judicial a tan sólo 14 días de haberlo asumido, procediendo a la venta de las tierras a favor de la empresa “Grupo Monarca S.A”, tal y como lo revelan las constancias del registro de la propiedad inmueble de la Provincia de Buenos Aires ponderadas por el “a quo” en su decisorio (v. fs. 11/12).

Sobrada solvencia le otorga a la convicción formada por el sentenciante el testimonio brindado por el Director Comercial de “Grupo Monarca”, Mariano Martín Galeazza, habiéndose valorado sus dichos en cuanto sostuvo que *“....a mediados del año 2014 se comunicó con las oficinas comerciales de la empresa una persona que dijo tener un lote para vender en el cual era lindero a un proyecto que estábamos construyendo en Pilar, más precisamente el proyecto denominado “Lagoon Pilar”, es así que devolvimos el llamado y nos comenzamos a interiorizar respecto de la factibilidad de sumar aquellas tierras a nuestro emprendimiento... una vez acordado el monto en el cual vamos a realizar la operación le doy intervención al área de legales que le suman al escribano Félix Fernández Madero...allá por el año 2014 firmamos con Pompei una reserva por el inmueble la cual se rompe al momento de la escritura. En el caso de la adquisición de estos terrenos se dio una particularidad, en un primer momento Pompei quería cedernos a nosotros los derechos de escrituración a lo que el escribano nos aconsejó que no; de hecho la operación en este*

sentido ya la manejaba él, o sea una vez que nosotros damos el visto le damos la operación a él para que se encargue de hacer todos los papeles legales necesarios...volviendo a la adquisición del predio una vez que POMPEI le trajo a nuestro escribano la escritura del terreno a su nombre es que continuamos con la operación. No obstante ello, quiero aclarar que sin perjuicio del tema legal de la escritura para nosotros la operación estaba cerrada desde que teníamos conocimiento que la tierra era de ellos, el escribano nos había dado el visto bueno y nos habíamos puesto de acuerdo con el precio...A tal punto es así que nosotros empezamos a comercializar la preventa de las unidades en febrero del 2015, a tal fin adjunto un listado de boletos firmados con terceros de ventas a futuro, claro está sujeto a que podamos escriturar la tierra nuestro nombre...A su vez y en paralelo continuamos con las gestiones municipales que tienen que ver con el predio, de hecho hay un decreto municipal del 27 de abril del año 2015 -expediente 1375/12-, en el cual la municipalidad de Pilar otorga convalidación técnica preliminar dónde queda incluida la parcela en cuestión (2367 A) al resto del proyecto Lagoon Pilar...en lo que hace a la posesión de la tierra una vez inscripto el inmueble a nombre de Pompei, adjunto en este acto copia de esa escritura, es que solicitamos al mismo y pese sea todavía no habernos vendido en lo formal la tierra nos habilite el ingreso a la misma por una cuestión de seguridad, para poder cercarla correctamente y que el personal de la empresa de seguridad que vigila el barrio la controle (Watchman), en este sentido adjunto el acta de constatación que realizó una escribana de Pilar respecto del predio en cuestión, de la cual surge que el mismo se encontraba deshabitado. Es así que días después pudimos escriturar el bien a nuestro nombre..." (v. fs. 12/13 del leg. 100.742).

Dicho testimonio pone a las claras el conocimiento que tenían los imputados al día **12/3/2015**, del ejercicio de la posesión de las tierras por parte de la familia Nina, como así también -a la luz de las restantes piezas valoradas- el plan que llevaron a cabo para cumplir sus propósitos guiado por el ánimo de lucro.

En base a lo dicho, resulta acertada la decisión a la que arribó el sentenciante, habiendo explicitando las razones por las cuales tuvo por configurado los extremos que reclama el tipo penal de estafa (art. 172 del C.P.) en la modalidad conocida como "procesal", respecto del denominado "Hecho N° 1".

La denominada "estafa procesal" (que es una subespecie del tipo acuñado en el art. 172 del Código Penal), consiste en procurar crear una realidad falsa para así engañar al Juzgador frente al cual se presentan los documentos para que éste tome por cierta esa espuria versión, lo que termina causando un daño a la situación procesal de la víctima, indirectamente relacionado con su patrimonio.

Conviene recordar que ya el hecho alcanza el grado de tentativa con la sola presentación que tiende a engañar al Juez. Es ilustrativo el artículo de Ricardo C. Nuñez "*Iniusta Petitio, Falsedad Ideológica y Estafa Procesal*" en La Ley (T. 63, Pág. 724), señalando como "*ardides y, por lo general,*

ardides idóneos para inducir en su convencimiento al Juez", tanto el uso de documentos falsos como de verdaderos pero fraudulentos y artificiosamente empleados.

En la estafa en general, el delito consiste, en que, el sujeto activo aparenta una realidad absolutamente falsa, mediante un documento con suficiente aspecto de legalidad para hacer inducir en error a la justicia; con su presentación, intenta el delito, si la induce en error lo consuma; el atacado podrá defenderse y aún ganar el juicio si es que el engaño ha podido ser demostrado, pero ello no puede quitarle al ataque, su carácter delictuoso" (Warda contra Juárez y Montes, La Ley, T. 5, Págs. 409 y ss.). En igual sentido, Justo Laje Anaya "*Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Volumen II, Pág. 107*" y fallos allí citados.-

Por lo tanto, a la luz de los preceptos antes señalados, Pompei y Bernard han creado una realidad falsa, presentando documentos que buscan justificar una inexistente posesión de un inmueble y una ocupación reciente e ilegítima por parte de la familia Nina del mismo. Así, se ha engañado al Juez para que se forme una errónea convicción de la situación ocupacional del lote en cuestión y ordene el lanzamiento de quienes lo detentaban, constituyendo de esta manera el ilícito en trato.

La secuencia causal en la estafa es una actividad engañosa que despliega el agente y que induce al error a una persona (en el caso el Juez), quien, en virtud de ese error, toma una decisión equivocada inducido por el engaño que ha sufrido. El medio para lograr el referido engaño es el fraude, que está integrado por las acciones tendentes a simular hechos falsos, disimular los verdaderos, o falsear de cualquier modo la verdad, dirigidas al sujeto a quien se pretende engañar con ellas (conf. Creus, Carlos, "*Derecho Penal -Parte especial-*", Tomo 1, págs. 494/495, Ed. Astrea, 1995).

En el caso que nos ocupa, no hay duda de que el juez de la causa ha sido engañado y ese engaño, del cual no puede salir, lo lleva a dictar una resolución que termina causando un daño a la situación procesal de la víctima, indirectamente relacionado con su patrimonio.

La estafa procesal se configura cuando una de las partes emplea medios engañosos o artificiosos dirigidos a provocar en el juzgador un error de hecho que haya de originar o pueda originar una resolución errónea y, por lo tanto, injusta. En su iter consumativo ocurre el desdoblamiento entre víctima del fraude (engañado) y ofendido por la defraudación (perjudicado), puesto que víctima del fraude es el Juez y ofendido por la defraudación es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de propiedad, con lo cual nos encontramos en presencia de una estafa en triángulo, que se diferencia de la genérica por el destinatario de la maniobra y el escenario de la misma.

En igual sentido, Sproviero, citando un fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, del 12/2/91, publicado en "La Ley" T. 1.991-C-pag. 269, refiere que "*La estafa procesal responde al esquema técnico de la estafa, que descansa en tres pilares: el fraude, la inducción a error a través de aquel y una disposición patrimonial disvaliosa,*

consecuencia directa de la activación del primero y de la sumersión en el segundo." (Conf. Juan H. Sproviero, *"Delitos de Estafas y otras Defraudaciones"*, 2da. Ed. actualizada, revisada y aumentada, Ed. Abaco-Rodolfo Depalma, Bs. As. 1.998, pág. 174).

Limitado el agravio respecto del mismo a cuestionar la inexistencia del ardid que requiere la figura en trato, debo decir que en los delitos de esta especie, el dolo se encuentra presente *"ex ante"* y ello en el caso en estudio resulta por demás evidente. El empleo de documentación de diversa índole como la reseñada en forma precedente, sumado al entramado de acciones basadas en la referida documental y actividad con algunos sujetos como el que fuera contratado para instalar el alambre perimetral, etc., muestra a las claras el mecanismo planificado y desarrollado por ambos sujetos, con división de roles ejecutados en forma sincronizada y al amparo de esos instrumentos que exceden la simple mentira para constituirse en un ardid idóneo y relevante para inducir al error que requiere la figura en trato.

De igual forma, respecto de la idoneidad del ardid, debe atenderse a su propia calidad, sin que resulte determinante al respecto la posibilidad de que el engaño se evitara mediante un concienzudo contralor procesal por parte del juez, o por la defensa o prueba de contraparte. (conf. este Tribunal, Sala I, c. 18898 RSD-253-7 "F.,G. s/ Recurso de casación", rta. 22/5/2007).

Ello sella negativamente la suerte de este tramo del recurso.

III.- Respecto al hecho II, la defensa sostiene que ninguno de los defendidos fue designado depositario judicial, imponiéndosele únicamente una caución juratoria a Bernard, quien no poseía facultades para disponer del bien, conforme surge del poder que le fuera conferido.

Hay que analizar en forma previa el carácter en que Bernard entró en posesión del inmueble en cuestión. De la resolución que rola en los autos principales emanada del Juez de Garantías, se ha consignado expresamente que la calidad de depositario judicial, fue asumida por el señor Bernard en el acta respectiva al momento de aceptar y comprometerse **"...a detentar la posesión del bien, no venderlo ni enajenarlo, no dar lugar a embargo del mismo y no ceder derechos a favor de terceras personas..."** (v. fs. 136vta del ppal.).

Si se observa bien las obligaciones a las que se comprometiera el acusado mencionado precedentemente son absolutamente compatibles con las que establecía para el depósito el art. 2182 del Código Civil vigente a la fecha en que se desarrollara la diligencia analizada (junio de 2015). Esta manda rezaba *"El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa"*. Va de suyo que el depósito de ese inmueble revestía la calidad de regular, conforme el articulado del art. 2188 inciso 2° del Código de Vélez Sársfield.

Cabe destacar que el depósito judicial no resulta ser un contrato, sino que se trata de una medida ordenada por un Juez, de quien el depositario reviste la calidad de auxiliar. En consecuencia, resultan aplicables en forma subsidiaria todas las disposiciones relativas al contrato

de depósito y que fueran enunciadas líneas arriba. Este temperamento ha sido sostenido por la jurisprudencia al resolver que "...por la aplicación subsidiaria de las reglas referidas al contrato de depósito (art. 2185 inc. 2º C. Civil), el depositario judicial está obligado a poner en la guarda de la cosa embargada o secuestrada, la misma diligencia que pone en la guarda de las suyas (art. 2002 C. Civil), debiendo requerir al juez interviniente las medidas que sean necesarias para la conservación de la cosa (art. 2004 C. Civil) y restituirla cuando sea intimado al efecto (arts. 217 C. P. C. y 2010 C. Civil). Es decir, el depositario judicial queda a cargo de la custodia de la cosa; por ello, si debido al deficiente desarrollo de su labor, causa daños al titular de los bienes, en principio, debe ser el responsable y no el solicitante del embargo o secuestro (conf. J. R. Podetti, "Tratado de las Medidas Cautelares", pág. 142).

En este mismo sentido se expide Andrés F. Barizat, quien sostiene: "En lo referente a los legitimados pasivos, en el caso de la responsabilidad civil por medidas cautelares, el obligado a resarcir es el litigante que solicitó la medida, en la gran mayoría de los casos el actor y por excepción el demandado. Mientras que en el caso de la responsabilidad civil del depositario judicial, el obligado a resarcir sea en definitiva quien haya sido designado en tal función (el actor, el demandado o un tercero), que puede o no coincidir con quien solicitó la medida que dio lugar al depósito judicial" (ver "Responsabilidad civil del depositario judicial", La Ley on line)". (C.A.C. y C. de Junín, c. Expte. Nº 42.765 "Dorronzoro, Juan Antonio y Otro C/ Buratovich Hnos. SACAFIT Y OTRO S/ Daños y Perjuicios", rta. 27/8/2008).

En esa línea, consigna Donna que "El depósito, siendo a la orden judicial (decreto judicial), está regido por normas procesales y subsidiariamente por las del Código Civil (art. 2185, párrafo e inc. 2o, Cód. Civ.). Sin embargo, ante la ausencia de normas procesales civiles (véase CPC de Córdoba, arts. 1061 a 1083, y por reenvío 823 a 853) la constitución del depósito judicial de bienes debe hacerse conforme a las normas del Código Civil, y en tal virtud debe constituirse por decreto judicial (art. 2186, Cód. Civ.), imposición de las obligaciones asumidas (art. 2182, Cód. Civ.) y la tradición de la cosa objeto del depósito (art. 2190, Cód. Civ.). Los efectos de tal acto se rigen por las mismas disposiciones legales (art. 2182 y nota), en cuanto marca el fin esencial del depósito y cometido específico del agente: guarda de la cosa (arts. 2192 y 2216), de cuyos dispositivos emerge la exigencia de que se tenga la cosa en el lugar del depósito (art. 2202, Cód. Civ.), que lo obliga a poner en tal guarda las mismas diligencias que en la suya propia (art. 2210, Cód. Civ.), que obliga a restituir la cosa depositada, etcétera. Por tanto, y atendiendo a que el depósito judicial es por naturaleza regular, aunque se trate de cosas o mercancías consumibles, deteriorables o sustituibles por otra o por su precio, la conclusión incriminadora a se impone" (Donna, Edgardo A., "Derecho Penal Parte Especial", Tº III, pág. 297).

Si bien en el acta de constitución no figura la nominación “depositario judicial”, la realidad es que resulta un exceso formal requerir esa exacta referencia cuando en los hechos media el compromiso que resulta inherente al depositario de una cosa, no siendo ello una interpretación extensiva del tipo penal desde que insisto, lo trascendente resultan las obligaciones a las que se compromete quien recepta el bien.

En esa línea se ha dicho *“La designación efectuada...resulta incuestionable en orden a las facultades que expresamente le confiere el mandamiento de referencia, receptando las legales del ordenamiento ritual...y se perfecciona con la aceptación del inculpado formalizada en el mismo acto encuadrando al procesado en los requisitos requiere en el agente la norma del artículo 263 con remisión al 261 del Código Penal...”* (Cpen. de Junín, 26/06/95, “P.,J”, P.4637, RSD-138-95).

Ninguna duda hay de la aceptación del cargo encomendado por Bernard desde que éste rubrica el acta respectiva y hasta ofrece la caución sobre la que habré de referirme aparte.

Sentado ello, como depositario, estaba obligado, por el art. 2202 del referido ordenamiento civil a poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias y por el 2210 a restituir la misma cosa entregada. Esto nos da una idea del marco normativo que regía al acusado Bernard para el cumplimiento de sus obligaciones asumidas en el acta compromisoria dispuesta por el Magistrado de Garantías.

No debe confundirse, como pretende la defensa, que la existencia de una caución impide considerar la comisión del delito de peculado por equiparación. La referida contracautela sirve –como se señala en el resolutorio analizado- para atender a las consecuencias de la medida dispuesta limitadas a los gastos y perjuicios de índole económico que pudieren derivar de la misma. La comisión de un delito resulta absolutamente independiente de las derivaciones de índole patrimonial tanto como lo es la acción penal de la civil que pueden llegar a coexistir en un mismo proceso, conforme lo prescriben los arts. 12 y siguientes del C.P.P..

A la vista de las consideraciones generales de la figura en trato, que me llevan a considerar a Bernard como sujeto penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el art. 261 en función del art. 263 del Código Penal, corresponde adentrarse en el por qué en el caso se ha visto configurado tal ilícito. Éste se consuma cuando el bien ha sido quitado de la esfera de la tenencia administrativa oportunamente otorgada o permite que otro haga ilusoria su vigilancia al consentir que extraiga el bien sin adoptar medida alguna para impedirlo y omite dar noticia a la autoridad pertinente con prescindencia del perjuicio patrimonial que con ello se pudiera derivar.

Al aceptar el encausado la recepción de los mismos conjuntamente con las condiciones que le fueron impuestas, aún cuando no fuere propietario de aquéllos, si surge que no cumplió con las obligaciones inherentes a su condición, al haber tomado parte en una maniobra para separarlo de la esfera de custodia en que se encontraba (sobre lo que volveré más adelante), el delito se encuentra consumado.

Corresponde poner de resalto que al ser puesto en su calidad en forma previa a la mencionada quita de la esfera de custodia del bien por autoridad competente y con las formalidades de la ley, mal pudo desconocer las obligaciones impuestas por lo cual con su conducta no atendió a las normas de cuidado que atañen a la preservación de su tenencia

La doctrina tiene establecido que *“Por custodia se entiende ‘guardar con cuidado y vigilancia’ en este caso los caudales o efectos públicos. Por esto es que la custodia implicará la tenencia de los bienes, lo que no exigirá una relación permanente, pero que al menos debe determinar que en un momento los bienes le sean confiados en custodia en razón del cargo”*. (Donna, Edgado, *op.cit*, T° III, pág. 277). Este mismo autor transcribe un fallo del Tribunal Supremo Español que resulta muy claro para entender los alcances de la figura en trato. *“El delito de malversación impropia se consuma simplemente con la desobediencia que implica el quebrantamiento del depósito y la disposición del objeto embargado, aunque no conste expresamente la lesión patrimonial, ni el lucro económico del disponente, que en el caso de autos indiscutiblemente existe a costa del acreedor embargante, puesto que no se trata de un delito contra la propiedad, sino que su verdadera naturaleza está constituida por la violación de un deber jurídico de custodia de determinados caudales considerados públicos y atribuidos a determinados sujetos, de lo que resulta claro que para consumar el delito mencionado basta con realizar actos de ilícita disposición de los bienes que debían conservarse, como aparece probado, verificó el recurrente al vender el vehículo embargado sin dar cuenta del precio recibido por él mismo, que se había quedado”* (Sentencia del TSE del 8-4-81, luciente en la página 300 de la obra mencionada, el destacado es de mi autoría).

El accionar del acusado de no poner en conocimiento de la autoridad la venta del inmueble, permite sostener que su conducta estuvo enderezada a perjudicar los intereses del particular y entorpecer la administración de justicia.

Llegados al punto de analizar las cuestiones relacionadas con la autoría y participación de los acusados de autos, corresponde señalar la improcedencia de las alegaciones defensasistas en cuanto a que Bernard no podía ser autor del delito en trato por no ser el propietario del inmueble y que Pompei no poseía obligación alguna de guardar las obligaciones del custodio del bien. Ello así por cuanto a lo largo de toda la tramitación del expediente, conforme se desarrollara al tratarse el suceso nominado como “Hecho I” vemos la actuación conjunta y coordinada de dos individuos que resultan ser parientes (tío y sobrino), los cuales han desarrollado diversos tramos de las conductas acriminadas, actuando de consuno en pos de la obtención fraudulenta de la posesión del terreno para luego ser vendido al emprendimiento inmobiliario desarrollado por el “Grupo Monarca S.A.”. Es decir, ambos condenados han desplegado una suerte de mecanismo perfectamente sincronizado que perseguía el fin delineado precedentemente. Ninguno podía alegar desconocimientos de la actividad

del otro desde que además de su relación parental, Bernard era el apoderado general de Pompei por lo que los actos de mandatario y mandante o de sobrino y tío perfectamente podían ser transmitidos y conocidos fácilmente por ambos.

Pompei sabía que su sobrino detentaba la custodia del inmueble porque estaba al tanto de las alternativas de la denuncia que radicara en sede de la Fiscalía de Pilar y Bernard sabía que su tío y poderdante estaba por vender ese bien, mas solamente se limitó a labrar un acta por la cual el día 11/06/2015 compareció ante la escribana Nora Irma Street, requiriendo de su intervención para que se constituya en el lote, propiedad de Pompei y verifique el perímetro del mismo como así también el estado de ocupación o desocupación en virtud de la transferencia de dominio que hará su mandante a favor del Grupo Monarca S.A. (v. fs. 301/302), lo que finalmente ocurrió el día 22/6/2015 con la intervención del señor Pompei. Sin embargo, no dio comunicación ni a su tío de la imposibilidad de hacerlo ni alertó al Juez que lo había instituido en custodio del lote sobre el que se centra la maniobra desplegada. Ello habla a las claras del accionar coordinado entre ambos acusados en la perpetración de los eventos criminosos.

Por tanto, la responsabilidad penal de Pompei y Bernard por el "Hecho N° 2" resulta incuestionable. Sin perjuicio de ello, habré de disentir con la Magistrada de Juicio en cuando a la calidad en que debe responder Pompei.

Adelanto que Ricardo Bernard sí es autor penalmente responsable del delito de peculado por equiparación, injusto previsto y reprimido por los arts. 261 en función del art. 263 del Código Penal, mas Jorge Pompei resulta ser partícipe necesario del referido ilícito. Cabe señalar que dicha mutación es perfectamente admisible por quedar invariado el sustrato fáctico endilgado a ambos condenados y dada la función de este Tribunal, conforme lo normado por los arts. 434 y 462 del C.P.P..

En efecto, la variación operada no modificó la pretensión punitiva postulada por la acusación, siendo que tiene dicho esta Sala al respecto que *"El principio acusatorio sólo obliga a respetar los límites establecidos en la relación de los hechos contenidos en la acusación fiscal que fija el objeto del juicio, pero no impide al Tribunal cambiar la calificación o aplicar la pena que estime adecuada, si lo hace en el marco establecido en el código sustantivo... [porque]...el principio de congruencia no se transgrede cuando se verifica solamente una variación discursiva sin alteración del acontecimiento histórico que se intenta juzgar. Salvo que se incurra en una peligrosa equiparación entre sistema acusatorio y principio dispositivo, debe entenderse que el acusatorio importa la sujeción de los Jueces al objeto del juicio, es decir a los hechos y las personas señaladas en la acusación, mientras que los otros aspectos vinculados a la calificación legal, a si el delito resultó o no consumado, al grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes y a la aportación de prueba deberían analizarse dentro del ámbito referido a la contradicción, el cual no se ha visto vulnerado*

en el caso analizado" (Tribunal de Casación Penal provincial, Sala IV, C. 55668 García Gomez", rta. 29/8/13).

El delito de peculado por equiparación es un delito especial. Como tal, es aquel en el que se describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley (conforme Mir Puig, "*Derecho penal, Parte General*", 5ª ed., Barcelona, 1998, 9/45 s.; 6ª ed., Barcelona 2002, 9/46 s.) Esta referencia al sujeto cualificado siempre tiene como trasfondo la infracción de un especial deber extrapenal que trasciende (y complementa) al mandato negativo genérico de no dañar a otro (*neminem laedere*) que fundamenta la punición de los delitos de dominio o de organización (tomando aquí conceptos enarbolados por Roxin y Jakobs).

El apartamiento respecto del carácter de la participación que les fuera atribuida a ambos acusados se debe a que si bien a través de los elementos convictivos analizados resultó acreditado el suceso que ameritó el dictado del veredicto condenatorio que antecede, sólo una de las dos personas que participaron de la ejecución del mismo posee legitimidad activa para desplegar el tipo propio antes descripto –Ricardo Bernard-, quedando así satisfechos los elementos normativos y subjetivos de la figura, en su totalidad.

Sin embargo, el análisis antes desarrollado ha demostrado que Jorge Pompei también participó, pero lejos de hacerlo exclusivamente en actos posteriores como lo pretendió su Defensa, lo hizo en la ejecución del acto de Bernard, al punto tal que sin su aporte, el mismo no hubiese podido perpetrarse.

En efecto, entiendo que Pompei ha prestado un auxilio indispensable, pero sin ser autor, no ya porque no tuvo el dominio funcional del hecho, sino porque pese a lo indispensable de su aporte, tal calidad le es impedida en virtud al tipo propio que la figura en estudio, impone.

Es decir, si bien Jorge Pompei no puede ser autor "*por limitaciones legales al principio del dominio del hecho como configurador de la autoría... sin duda (es) cómplice que, por tener el dominio del hecho, la ley sanciona con la misma pena que al autor del delito*" (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, "*Manual de Derecho Penal, parte general*", Ed. Ediar, 1ª edición, Bs. As., 2005, p. 617).

Ello es así por cuanto, al igual que en los delitos de propia mano, "*Tampoco puede ser autor de un delito especial o propio quien no reúne los requisitos típicos del autor. En tanto que el intraneus es el único que puede ser autor, el extraneus sólo puede ser cómplice*" (p. Eugenio Raúl Zaffaroni Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op.cit.*, p. 757).

El plan común, para el cual los activos distribuyeron los roles, consistía en poder disponer del inmueble cuya tenencia habían (y hablo en plural porque recuerdo que Bernard era apoderado de Pompei) adquirido en forma fraudulenta por haber engañado al Juez garante que ordenó el lanzamiento del ocupante y se lo dio a Bernard para su custodia, mediante la venta del mismo a "Grupo Monarca S.A.". Y a partir del dominio funcional

que caracterizó la conducta de cada uno de los encartados, tal como surge del veredicto convalidado en la presente y fuera expuesto por la Juez de Juicio, la solución que se impone es aplicar las previsiones del art. 45 en relación al depositario judicial, figura "nuclear" al saber de Bacigalupo (*"Derecho penal, parte general"*, Enrique Bacigalupo, 2ª edición renovada y ampliada, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1999, p. 489) y enmarcar el accionar de su colaborador en los términos del art. 47 del C.P., como cómplice (partícipe) primario.

En efecto, este autor referenciado lleva dicho que *"La cuestión se presenta en los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor un sujeto que tenga la calificación exigida para el delito (por ejemplo, art. 390, Cód. Penal). Quienes poseen tal calificación se designan intraneus y los que no la poseen extraneus. La utilización de un no calificado (extraneus), que obra con dolo, por un calificado (intraneus) determina un problema de gran complejidad. Por ejemplo: el funcionario que por medio de un no funcionario hace documentar una constatación falsa. Puede afirmarse que existe acuerdo respecto de la punibilidad del cualificado como autor mediato, que realiza la acción de ejecución por medio de un no-cualificado que obra con dolo, y del 'instrumento' que realiza la acción de ejecución en forma directa como partícipe"*. (Bacigalupo, Enrique, *op.cit.*, págs. 513/4)

Continúa el citado autor diciendo que *"Las opiniones se dividen respecto de lo que debe entenderse por 'culpables en quienes concurren'. La cuestión tiene importancia, sobre todo, en los delitos especiales impropios en los que el cualificado (intraneus) se vale de un no cualificado (extraneus) que realiza el hecho de propia mano. El Tribunal Supremo (de España) considera que 'culpable' no se debe entender como 'autor' en sentido estricto sino como 'partícipe' en general. Probablemente llegaría al mismo punto de vista Córdoba Roda. Por el contrario hay quienes sostienen que esta solución no es correcta y se pronuncian en contrario. Ambos criterios disputan en torno al alcance del art. 65 y, en verdad, todo depende de lo que debe entenderse por la expresión 'culpables'"*. (op cit, págs. 524/5)

En sentido similar se pronuncia Zaffaroni, quien ha sostenido *"Recordemos que la expresión "participación criminal" que rubrica el título VII del Código, está usada en sentido amplio, es decir, en el sentido de 'intervención de pluralidad de personas en el hecho'. Es evidente que no se refiere a los 'partícipe' stricto sensu, sino a los 'participantes' lato sensu, porque 'los que tomasen parte en la ejecución' son autores -como lo reconoce pacíficamente nuestra doctrina- y, no obstante, están considerados bajo esa rúbrica. (Zaffaroni, Eugenio R., "Tratado de Derecho Penal, Parte General", T° IV, pág. 344).*

Continúa su desarrollo de lo atinente a la cuestión afirmando que *"El criterio del dominio del hecho, hemos visto que tiene un sustento óntico-ontológico, pero que el legislador lo puede limitar en cuanto a su relevancia para la prohibición, lo que es materia exclusivamente reservada a su valoración y cuyo ejercicio en nada afecta al sustento óntico sobre el que se asienta la valoración. Pues bien, este criterio sufre limitaciones leo, que*

se dan cuando el tipo requiere que el autor presente ciertas calidades, al igual que cuando el tipo demanda la ejecución de propia mano. Hemos negado que éstas sean formas de fundar la autoría distintas del dominio del hecho le', afirmando que no son más que limitaciones que el legislador le hace sufrir a1 relevarlo típicamente. Que el legislador, en ciertos tipos, limite el círculo de autores conforme a calidades especiales o al requerimiento de que actúen personalmente, no implica que abandone el general criterio del dominio del hecho, sino, precisamente, que lo tome como base sobre la que asentar sus valores y que, como tal, no lo haga valer siempre en toda su extensión.

Como consecuencia de esto hay, al menos, dos supuestos en que, pese a que el sujeto tenga el dominio del hecho, no es considerado autor, sino cómplice, y que son perfectamente admitidos por todos los partidarios del criterio que compartimos: los delitos especiales o delicta propia y los delitos de propia mano. Dicho en la terminología legal argentina: hay quien presta una cooperación necesaria y no es considerado autor. **Esos son los casos en que la cooperación se presta 'al autor' y no 'al hecho.** (op. Cit., pág. 347)

El maestro distingue cuando los aportes de los sujetos son "intercambiables" (como en el caso de un robo en el que un individuo porta el arma con que se intimida a la víctima y el restante toma las pertenencias de la misma) de los que no son, si se me permite la digresión, "fungibles". Así, continúa diciendo que en el caso de que los aportes no sean "intercambiables", siempre habrá participación.

En efecto, refiere que no "...puede ser autor de un delito propio o especial, quien no reúne los requisitos típicos del autor. En tanto que el "intranets" es el único que puede ser autor, el 'extraneus' sólo puede ser cómplice. En el supuesto en que haya una división de la tarea y una decisión común al hecho por parte de un intraneus y de un extraneus, el extraneus no será, para nuestra ley, un coautor, sino que será cómplice necesario en el delito del intraneus. Esto será válido, tanto cuando la calidad del intraneus se requiere en un tipo básico como en uno calificado, es decir, sea que se trate de un delito especial 'propio' o 'impropio'".

Así, termina sintetizando la cuestión definiendo que "...son cómplices primarios los que hacen aportes indispensables sin ser autores, es decir: a) los que hacen aportes necesarios al autor del hecho en los delicta propia...Inversamente, el círculo de los coautores abarca únicamente a quienes hacen el aporte necesario al hecho mismo". (op. Cit, págs. 348/9).

Es por ello que considero que debe confirmarse la condena a Ricardo Bernard como autor y a Jorge Pompei como partícipe necesario del delito de peculado por equiparación, el cual encuentra tipificación en el art. 261 en función del art. 263 del Código Penal.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Visto el resultado obtenido en la votación precedente, estimo que corresponde: 1) declarar admisibles los recursos de casación interpuestos a favor de los encartados Jorge Luis Pompei y Ricardo Luis Bernard; 2) rechazar por improcedente el recurso de casación deducido a favor de **Ricardo Luis Bernard**, sin costas; 3) acoger parcialmente al remedio procesal impetrado a favor de **Jorge Luis Pompei**, y en consecuencia, casar la sentencia puesta en crisis, únicamente en lo que hace a la participación del nombrado en el hecho II, constitutivo delito de peculado por equiparación, por el que deberá responder en calidad de partícipe necesario, manteniendo incólume el resto de las declaraciones contenidas en el fallo, sin costas en esta instancia (cf. arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 15, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 45, 55, 172, 261 y 263 del C.P., 1, 106, 210, 371, 373, 399, 401, 448, 450, 451, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal); 4) tener presente la reserva del caso federal efectuada por los defensores (art. 14 de la ley 48) y 5) regular los honorarios a los letrados intervinientes, en la suma del veinticinco por ciento (% 25) para cada uno de lo regulado en la instancia anterior (50 unidades Jus) con más los aportes de ley, por la labor desplegada en esta sede (arts. 1, 2 y 31 de la ley 14.967; 12 inciso a) del decreto ley 7741/71, en función de lo normado por el art. 1 de la ley N° 8455, debiendo procederse como lo determina el artículo 22 de la ley N° 6716, modificado por el artículo 12 de la ley N° 10.268).

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:

I.- Declarar admisibles los recursos de casación interpuestos a favor de los encartados Jorge Luis Pompei y Ricardo Luis Bernard.

II.- Rechazar por improcedente el recurso de casación deducido a favor de **Ricardo Luis Bernard**, sin costas.

III.- Acoger parcialmente al remedio procesal impetrado a favor de **Jorge Luis Pompei** y, en consecuencia, casar la sentencia puesta en crisis,

únicamente en lo que hace a la participación del nombrado en el hecho II, constitutivo delito de peculado por equiparación, por el que deberá responder en calidad de partícipe necesario, manteniendo incólume el resto de las declaraciones contenidas en el fallo, sin costas en esta instancia.

Arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 15, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 45, 55, 172, 261 y 263 del C.P., 1, 106, 210, 371, 373, 399, 401, 448, 450, 451, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

III.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada por los defensores (art. 14 de la ley 48).

IV.- Regular los honorarios a los letrados intervinientes, en la suma del veinticinco por ciento (% 25) para cada uno de lo regulado en la instancia anterior (50 unidades Jus) con más los aportes de ley, por la labor desplegada en esta sede.

Arts. 1, 2 y 31 de la ley 14.967; 12 inciso a) del decreto ley 7741/71, en función de lo normado por el art. 1 de la ley N° 8455, debiendo procederse como lo determina el artículo 22 de la ley N° 6716, modificado por el artículo 12 de la ley N° 10.268.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de la presente al Tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.
pda

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 28/07/2020 13:00:32 - KOHAN Mario Eduardo -

Funcionario Firmante: 28/07/2020 17:13:11 - NATIELLO Carlos Angel
(cnatiello@jusbuenosaires.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 28/07/2020 18:43:58 - OTHARÁN Olivia -

217302150002511302

TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA IV - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS