

Excma. Cámara:

Javier DE LUCA, Fiscal General ante esa Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 1, en la causa N° CFP 9753/2004/TO1/2/CFC2 del registro de la Sala IV, caratulada "Liporace, Carlos Alberto y Yoma, Guillermo Luis s/ legajo de casación", se presenta y dice:

Llegan a esta instancia las presentes actuaciones en virtud de los recursos de casación interpuestos por las defensas de Carlos Alberto Liporace y Guillermo Luis Yoma y por el Ministerio Público Fiscal, contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 que rechazó el planteo de nulidad de las defensas de Carlos Alberto Liporace y de Guillermo Luis Yoma de la requisitoria fiscal de elevación a juicio de fs. 527/529 por la indeterminación de los hechos imputados (artículos 166, 168 y 172 a “contrario sensu”, y 347 del Código Procesal Penal de la Nación); condenó a Carlos Alberto Liporace como autor penalmente responsable del delito de peculado (artículo 261, primer párrafo, del Código Penal de la Nación) a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales y costas (artículos 12, primera parte, 19, 29 inc. 3°, 40, 41 y 45 del Código Penal de la Nación; artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); condenó Guillermo Luis Yoma, como partícipe necesario del delito de peculado (artículo 261, primer párrafo, del Código Penal de la Nación) a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales y costas (artículos 12, primera parte, 19, 29 inc. 3°, 40, 41 y 45 del Código Penal de la Nación; artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); y declaró la inconstitucionalidad del apartado segundo y tercero del artículo 12 del Código Penal (artículo 18 y 75 inc. 22 del CN); y finalmente no hizo lugar al pedido del señor Fiscal General de reposición al estado anterior a la comisión del delito, en

cuanto sea posible, de las sumas detraídas por los imputados Carlos Alberto Liporace y Guillermo Luis Yoma, de manera individual o solidaria, más los intereses devengados (artículos 29 del Código Penal y 403 del Código Procesal Penal de la Nación, ambos a contrario sensu).

Para así resolver se tuvo por probado que *“Para concretar este accionar, conforme ha quedado acreditado en autos, el día 16 de julio de 2002 por medio de un decreto simple ordenó el “traspaso” de la suma de pesos ocho millones quinientos cuarenta cuatro mil cincuenta con setenta y tres centavos (\$ 8.544.050,73) reclamada por Guillermo Luis Yoma en su carácter de presidente de la firma Yoma S.A., la cual se encontraba depositada en el Banco Ciudad a la orden del Juzgado a su cargo; a la cuenta que poseía la firma referida en el Banco Macro (casa central), y autorizó a su presidente Guillermo Luis Yoma al diligenciamiento del oficio ordenatorio.”*, y que *“Luego de ello, específicamente al día siguiente -17 de julio de 2002-, se presentó en el juzgado a su cargo Guillermo Luis Yoma y la señora secretaria Celia Arrastia Heredia le hizo entrega al nombrado de un cheque por la suma por él reclamada ascendiente a pesos ocho millones quinientos cuarenta cuatro mil cincuenta con setenta y tres centavos (\$ 8.544.050,73), a fin de que lo deposite en el Banco Ciudad de Buenos Aires y a efectos de que se le transfiera “a su nombre”, aclarando además en dicho acto: “ello en carácter de devolución de depósito judicial”*.

I.-

a) Recurso de la defensa de Liporace:

En primer lugar, la defensa solicita la nulidad de la sentencia por falta de acusación válida. Reitera el planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio, por considerar que el mismo no se ajusta a

los requisitos estipulados en el art. 347 del C.P.P.N., y que se violó el principio de defensa en juicio al no haberse delineado debidamente el objeto procesal.

Así, sostiene que no se logra comprender, ni surge de una detenida lectura de la pieza procesal cuestionada, si se les imputada uno o dos hechos; además, que el Fiscal demuestra claramente que no conoce el caso al punto que afirma que Liporace fue removido por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación del Consejo de la Magistratura, lo que nunca sucedió. Añade que el requerimiento de elevación a juicio no puede considerarse que en tan sólo tres fojas puedan haberse cumplido con todos los elementos exigidos para salvaguardar la defensa en juicio, cuando la sentencia se basa en la acusación y tiene 159 fojas, y por su parte también contrasta con las dos horas de alegato del Fiscal de juicio, por lo que no puede objetivamente concluir que mediante ese requerimiento no se vulneró el derecho de defensa en juicio por el cabal conocimiento del imputado de los hechos y pruebas que pesan en su contra.

Señala que la sentencia es consecuentemente nula por no haber acogido favorablemente la nulidad planteada por la defensa, además de haber desechado el planteo de modo arbitrario argumentando que la defensa demostró conocimiento de todo cuanto le era reprochado, sin que se advierta o demuestre cuales son las medidas o argumentos que se vio impedido de exponer, por lo que concluye sin fundamentos que los imputados pudieron defenderse, con la mera cita de formalidades que demuestran la debilidad de los argumentos en los que se apoyó el tribunal para convalidar un acto nulo de nulidad absoluta.

En otro orden de ideas, indica que no se han acreditado en autos los elementos objetivos del tipo penal escogido, por cuanto los fondos entregados no eran públicos. Entiende que el 23 de marzo de 2001, al ser

transferidos esos fondos desde la cuenta de la AFIP a la del Tribunal de Chilecito, esas sumas pasaron a ser propiedad de Yoma S.A., por lo que no corresponde aplicar el tipo penal previsto en el art. 261 del C.P. que reprime el uso de fondos públicos. Indica que se ordenó el embargo de dineros pertenecientes a la AFIP, en concepto de reintegros de exportaciones, o sea que los fondos fueron objeto de un embargo ejecutivo ordenado por sentencia firme; es decir, que se embargó el total del dinero que la sentencia había establecido como adeudado por la AFIP a la empresa Yoma S.A. De lo expuesto concluye que la deudora ya no tenía en su poder ese dinero y que a partir de ese momento era propiedad del acreedor, lo que se verifica en la efectiva disposición que realizó la empresa, que fue la que decidió el destino que se le dio al dinero y no el Tribunal, por ser de su propiedad. Ello al punto que el Tribunal del concurso, al enviar el dinero, no efectuó ninguna referencia a que se encontraban embargados. Tampoco se puede tomar en cuenta la medida de no innovar, según el recurrente, porque fue dictada con posterioridad a que los fondos dejaran de pertenecer al ente recaudador.

Insiste en que el Tribunal yerra al no efectuar la diferencia entre el embargo ejecutivo y el preventivo; que al estar en el caso de autos ante una medida ejecutoria, los fondos habían adquirido naturaleza privada. Ello además, a su entender, se desprende de las afirmaciones de la AFIP, la UFITCO y los jueces del Tribunal de Chilecito que intervinieron en la quiebra de la empresa Yoma S.A., quienes sostuvieron en todo momento que los fondos ya no eran propiedad de la AFIP, por lo que no eran públicos, lo que impide subsumir la conducta de su asistido en el tipo penal escogido.

Añade que lo sostenido por el sentenciante se da de bruce con la resolución judicial dictada por la CFCP el 15 de agosto de 2014

en la que se resolvió que los fondos eran desde el 23 de marzo de 2001 en adelante, propiedad de Yoma S.A.

También señala que resulta atípico el hecho al no ser posible malversar por medio de una sentencia judicial. Así, indica que si los fondos eran públicos –lo que a su entender era imposible en el caso de maras– cuando un magistrado tiene dinero a su orden en un expediente judicial no tiene esos fondos para cumplir con ningún fin patrimonial del Estado. Es que según el impugnante el dinero que tiene que manejar en su condición de funcionario judicial no puede ser objeto de peculado, sino que le cabe esa tipicidad a los fondos destinados a la administración del funcionamiento de la oficina. Señala que la decisión jurisdiccional de entregar dinero a una parte no puede poner en riesgo el normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado, por lo que no puede conculcar el bien jurídico protegido por la norma o sea, la seguridad de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado.

Asimismo señala que de todos modos los fondos nunca fueron públicos en los términos del art. 261 del C.P. Ello por cuanto, aún en poder de la AFIP los fondos no lo eran ya que estaban destinados a reintegro de IVA a los exportadores, por lo que es un pago adelantado por parte del productor que tiene que ser devuelto por la AFIP, de lo que deduce que no es dinero público, sino que el ente recaudador oficia de mero guardador o hasta de administrador, pero sin tener facultad de disponer de los bienes para la atención de servicios o fines públicos. Ello queda demostrado con el hecho de que hayan podido ser embargados.

También considera que a los fines de atribuirle a su asistido el tipo penal escogido no se ha demostrado la configuración del tipo subjetivo, porque no se ha acreditado en la sentencia ni mínimamente la

existencia del dolo respecto del elemento “fondos públicos” en cabeza de su asistido. Para ello, los jueces, según señala el recurrente, se mantuvieron en meras afirmaciones dogmáticas carentes de soporte en los elementos de prueba introducidos al debate.

Por otra parte se agravia por la errónea fundamentación de la pena, por entender que viola la prohibición de doble valoración al tomar en cuenta para graduar la sanción el cargo que poseía Liporace y el quiebre de la confianza pública, cuando ambos elementos forman parte del tipo penal enrostrado y fueron tenidos en cuenta por el legislador al momento de fijar la escala penal para el tipo en análisis.

En ese mismo orden de ideas, sostiene que se aplicaron erróneamente los artículos 40 y 41 del C.P. ya que se valoraron en forma negativa condiciones del imputado que están contempladas en la norma como atenuantes para los casos en los que el autor por falta de educación y de recursos pueda hallarse en estado de necesidad o tenga dificultad para entender lo ilícito de su conducta, pero el uso en forma contraria de dichas circunstancias no se desprende del precepto legal. Tampoco puede valorarse la “conmoción social” generada por el caso a los fines de agravar la pena y erigirla en ejemplificativa mediante razones que exceden el caso concreto. Concluye que el supuesto perjuicio fiscal no puede ser contemplado en la pena, sino que debe restringirse al dolo del condenado en el hecho. Señala que valoró seriamente las atenuantes como su edad avanzada y la falta de antecedentes penales. Concluye que la pena escogida vulnera los principios de proporcionalidad, razonabilidad y culpabilidad, máxime que en autos debe descartarse la peligrosidad de su asistido cuando en casi 13 años de investigación y juicio no ha cometido ningún hecho delictivo.

Subsidiariamente, toma en cuenta los años de duración del proceso, y sostiene que hace decaer la utilidad de la pena, que en el caso concreto no cumple ningún fin resocializador dada la inserción social demostrada por el condenado, y que esos años deben ser valorados como parte de la pena, de modo que no existen elementos para descartar la imposición de una condena en suspenso frente a la inconveniencia de una efectiva privación de la libertad.

b) Recurso de la defensa de Yoma:

Se agravia la defensa de Yoma en primer lugar por la errónea aplicación del tipo penal previsto en el art. 261 del C.P.

Indica que no se encuentran reunidos los elementos del tipo objetivo, del delito de peculado, ya que de “la infracción de deber” prevista en la normativa sólo puede ser autor un funcionario público.

Así, señala que además de carecer la sentencia de la debida motivación, la forzada interpretación de la norma que efectuaron los jueces violenta el principio de legalidad penal. Considera que la pretendida aplicación del art. 46, efectuada por el Tribunal, constituye una analogía *in malan partem* vedada al derecho penal, e implica la creación de derecho por parte del juez.

En abono a su postura señala que cuando el legislador quiso reprimir la intervención del *extraneus* en esta clase de delitos, lo hizo de manera expresa y directa, lo que no ocurre respecto del delito de peculado.

Añade que la “comunicabilidad” de los requisitos del tipo es una analogía prohibida que viola el principio de legalidad, en tanto surge del art. 48 del C.P. que ese carácter se debe dar a las circunstancias agravantes conocida por el partícipe, lo que no ocurre en el tipo penal del art. 261 del C.P.

Con relación al tipo objetivo del delito de peculado se agravia por entender que los jueces afirmaron de modo arbitrario e infundado el carácter público de los fondos supuestamente sustraídos. En esa línea de argumentación, indica que no tienen asidero los motivos ensayados por el Tribunal.

Señala que no puede como lo hace los jueces sostener que los fondos eran públicos a los fines de imputar el delito de peculado (artículo 261 del C.P.) por el hecho de que estuvieran en la “esfera pública”, y porque según el sentenciante el embargo no se materializó, lo que resulta contradictorio con la prueba, ya que la propia existencia de la orden de embargo a su entender, implica su materialización. Agrega que las citas en cuanto a que los bienes motivo del embargo continúan perteneciendo al deudor, no se corresponden con casos como el autos de un embargo ejecutorio, sino con el embargo como medida cautelar.

Analizada las pruebas y los elementos de juicio concluye que el dinero depositado a plazo fijo había sido obtenido producto de un embargo ejecutorio, por lo cual dicha medida de compulsión sí se materializó. Por otra parte, al materializarse el embargo ejecutorio, el dinero pasó a ser propiedad de la empresa Yoma S.A. y, por lo tanto, no eran fondos públicos, por lo que no corresponde la aplicación del art. 261 del C.P.

Tampoco resulta posible sostener válidamente, según el recurrente, que los fondos obtenidos por medio del embargo ejecutorio no fueron efectivamente entregados a los acreedores ni a la empresa porque “estaba en trámite” una medida de no innovar, o que aún siendo de un particular, no debían ser sustraídos de la esfera de custodia del estado, porque estaban sujetos a una medida de no innovar. Ello por cuanto, la medida se dictó restringiendo las facultades de un tribunal de justicia para impedir el

cumplimiento de sus resoluciones, y además se aceptó la competencia solamente a fin de trabar una medida cautelar, pero luego de se declinó. Por otra parte, además del dudoso contexto en el que se dictó la medida de no innovar, lo cierto es que la causa en la que ella se trabó estaba bajo la competencia de Liporace, por lo que no puede considerarse que violó una medida que tenía facultad de modificar con anterioridad a la devolución del dinero.

Asimismo entiende que no resulta razonable sostener que Liporace debió advertir que los fondos eran públicos por estar denunciados por prevaricato por el Banco Nación los jueces del Tribunal de Chilecito. Lo que además considera violatorio del principio de inocencia dado que la causa fue desestimada por el Ministerio Público Fiscal.

Finalmente en esta línea argumental concluye que resulta violatorio del derecho de defensa usar sus dichos de la defensa en detrimento del imputado, adjudicándole una suerte de lisa y llana confesión a que en sus escritos el abogado de la empresa Yoma S.A. expresó que los fondos eran públicos, afirmando que las sumas mal pagadas nunca salieron de las arcas del Estado, y que la suma considerada mal habida por el fisco, nunca integró el patrimonio de la empresa, porque siempre estuvo bajo la custodia de la Cámara en lo Civil, Comercial y de Minas de la Segunda Circunscripción de la Provincia de La Rioja.

Concluye que en definitiva el tribunal no acreditó el elemento objetivo del tipo penal contenido en el art. 261 del C.P. sino que se limitó a afirmar dogmáticamente que los fondos eran públicos.

Por otra parte, entiende que el dolo no fue acreditado. Según el recurrente y en función del relato que realiza de la causa en que se tramitaba el concurso, el trabar embargo ejecutorio contra la AFIP a pedido del

imputado, y que luego retirara el dinero para depositarlo en cuentas de la empresa, era algo que se repetía periódicamente, por lo que mal puede considerarse que obró con dolo al solicitar a través del abogado de la empresa al juez federal que le haga entrega de la suma correspondiente al reintegro de IVA por parte de la AFIP, a la que debía deducirle el monto de lo que consideraba el ente constituía la defraudación. Por ello era imposible pensar que Guillermo Yoma podía considerar que los fondos eran públicos. Señala que lo que sabía era que la empresa había conseguido el dinero mediante orden judicial, a través de un pedido de embargo ejecutivo, y que la suma denunciada como aprovechada indebidamente por la empresa, según la AFIP, le había sido devuelta al ente recaudador.

Por ello concluye que no existía ninguna razón para que Yoma considere que era delito solicitar la devolución de un dinero que consideraba propio de la empresa, aunque a la postre no lo fuera, por lo menos aún puede sostenerse válidamente que ni siquiera pudiera sospechar que eran fondos públicos. Su asistido se limitó a realizar una petición a las autoridades, asesorado por los abogados y contadores con los que trabajaba.

Tampoco se acreditó un actuar concertado o irregular que explique porque la solicitud en el expediente público para las partes de la devolución del dinero puede constituir delito. En esa línea entiende que se conculcó el principio de congruencia porque se le imputó a Guillermo Yoma que con la maniobra había intentado evitar el control de la sindicatura del concurso y del Tribunal del Concurso, pero ello no fue ni mínimamente acreditado y aún así se lo condenó, porque se defendió de algo que no fue objeto de la condena. Considera que más de una década se defendió de que un particular había participado de un peculado con una finalidad específica que explicaba su intervención y, demostrada la inexistencia de esa finalidad, se lo condenó a una

pena de cumplimiento efectivo con prescindencia del engaño. Final que la defensa no podía prever, por lo que se vio conculcada su actuación en los términos de la falta de correlación entre el hecho acusado y el hecho por el cual resultó condenado en el que luce ausente un elemento esencial.

Finalmente se agravia por la falta de fundamentación de la pena. Considera que los elementos valorados a los fines de graduar la pena no resultan suficientes para duplicar el mínimo legal, ni adecuados a los fines de justificar una pena de efectivo cumplimiento. Entiende que se “demonizó” durante todo el proceso a su asistido, y ello se reflejó en la pena al valorar en forma negativa su carácter de presidente de la firma, cuando debería operar como un atenuante; como así también su riqueza y poder. Entiende que tampoco resulta un fundamento válido hablar de la “gravedad del hecho” o la “extensión del daño” ya que no se determinó, ni lo requiere la figura de peculado, un efectivo perjuicio al fisco. Por otra parte, se valoraron para graduar la sanción de Yoma daños provocados por el juez, tal como la confianza depositada por la sociedad en el juez que lo habría traicionado, o el hecho de que sea “un par” el vinculado en el hecho para justificar el aumento de la pena impuesta a un particular.

Entiende que debió valorarse como atenuantes a los fines de graduar la pena, el excesivo tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, así como que Yoma se encuentra debidamente inserto en la sociedad, lo que importa una falta de justificación total del efectivo encierro decidido por el tribunal que además no brindó fundamento alguno que permita escalear el fin perseguido con el encierro dispuesto.

c) Recurso del Ministerio Público Fiscal

Por su parte el Fiscal de juicio se agravia por cuanto el Tribunal no hizo lugar, arbitrariamente a su entender, al pedido de reposición al

estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, de las sumas detraídas por los imputados Liporace y Yoma, de manera individual o solidaria, más los intereses devengados tal como lo establece el art. 29 del C.P.

Entiende que claramente el art. 29 del C.P., tal como lo señaló en su alegato, es aplicable al caso de autos ya que por un lado, han fracasado las diversas intimaciones oportunamente efectuadas a Yoma para que restituya el dinero sustraído y por otra parte al encuadrar el caso en un grave acto de corrupción, en función de las convenciones suscriptas por el Estado Nacional, además de comprometerse a investigar y determinar la responsabilidad de los funcionarios incurso en el delito, debe adoptar las medidas tendientes al recupero de los bienes sustraídos.

Sostiene que el voto que conformó la mayoría sobre el tópico resulta errado dado que la diferencia entre los supuestos de “restitución” y de “indemnización” que establece la propia normativa en cuestión permite sostener válidamente que la restitución procede aún de oficio, o sea más allá de la inexistencia de acción civil. En apoyo a su postura cita el fallo “Cossio” de la Sala IV de la CFCP., del que surge con claridad que no obsta a la aplicación de la norma que no se haya instado la acción civil, ni obsta a la procedencia de la restitución la sola circunstancia de que la cosa obtenida haya sido un bien fungible, así como lo sostenido por el voto disidente en la resolución impugnada.

Asimismo aclaró el recurrente que la petición fue formulada al momento de alegar sometiénola de ese modo a contradictorio, otorgándole a la contraparte la posibilidad de discutir su admisibilidad, así como el monto solicitado.

Concluye que lo resuelto en el voto mayoritario no resulta derivación razonada del derecho vigente de conformidad del con las

circunstancias comprobadas de la causa, lo que descalifica el acto como jurisdiccionalmente válido.

III.-

Con relación a los recursos de las defensas referidos a la invalidez del requerimiento de elevación a juicio, entiendo que los planteos deben ser rechazados.

Ello por cuanto, la nulidad del requerimiento de elevación a juicio introducida en el debate y cuyo rechazó condujo a la reiteración por parte de la defensa de Liporace del planteo en la presente instancia, entiendo que el impugnante no logra demostrar el yerro, ni la arbitrariedad que alega en el razonamiento y fundamento brindado por los jueces al momento de tratar el tópico en la sentencia.

En efecto, coincido con ellos, así como lo planteó en su alegato el Fiscal de juicio en que no se advertía ningún vicio procesal y que el planteo era reedición de uno ya formulado y que no habían sido rebatidos los argumentos de los jueces anteriores. Más allá de que el argumento en cuanto a la cantidad de fojas de la acusación no puede resultar serio y que en el requerimiento de elevación a juicio se han reunido todos y cada uno de los elementos necesarios que le dan validez como acto procesal válido (art. 347 del C.P.P.N.).

Considero que el planteo de nulidad debe ser rechazado, porque más allá de que pueden advertirse ciertas falencias –tal como la relativa a que su asistido nunca fue destituido por el Consejo de la Magistratura- la pieza satisface los recaudos del art 347 CPPN. La descripción de los hechos y de las de las pruebas que existen en su contra resultan suficientes para que el imputado conozca la hipótesis imputativa de la que se tuvo que defender en el marco del debate. En efecto, se ha individualizado a los imputados y basó su

acusación en las pruebas obrantes en autos, sin que la defensa haya logrado demostrar perjuicio alguno derivado de falencias del acto procesal.

Es que la supuesta falta de precisión alegada por el impugnante en cuanto a la cantidad de delitos que le fueran adjudicados y su calificación concursal, entiendo que ello fue debidamente rechazado en la sentencia sin que se adviertan falencias en el razonamiento de los jueces.

Así, se extrae con claridad del requerimiento que se individualizaron los hechos con precisión de las fechas en las que el doctor Liporace solicitó al Tribunal del concurso el dinero, fecha en la que se hizo efectiva esa entrega y fecha en la cual se dispuso darle el dinero a Yoma; como así también la fecha del traspaso a la AFIP y además se hizo mención de las irregularidades en las que se incurrió para dar curso a la maniobra, que también fueron indicadas por la Cámara en el momento que hizo la denuncia. Respecto de la calificación legal, la conducta fue subsumida en el art. 261 del C.P., uno de los imputados en calidad de autor, el otro como partícipe, con una exposición de los fundamentos de la imputación jurídica.

He de señalar que el hecho de que el requerimiento de elevación a juicio sea notoriamente conciso, con escasos fundamentos, no es sinónimo de ausencia de fundamentación, ya que está motivada y permite el ejercicio cabal de la defensa, sin que la afecte el hecho de que sea breve y aún brevísima.

IV.-

Respecto de la errónea subsunción de los hechos en el derecho contrariamente a lo señalado por los recurrentes he de coincidir con los jueces que dictaron la sentencia en cuanto a que los fondos eran públicos.

Tal como lo señaló el tribunal “...*el origen del dinero sustraído por el doctor Liporace con la colaboración del señor Yoma no se*

encuentra controvertido. Se trató de una suma de dinero -específicamente \$ 8.544.050,73-, que fue embargada de los fondos depositados en la cuenta N° 2482/08 de la AFIP-DGI, del Banco de la Nación Argentina, por orden de la Cámara Civil, Comercial y de Minas de la 2da Circunscripción con asiento en la ciudad de Chilecito, Provincia de La Rioja, en el marco del concurso preventivo de la empresa Yoma S.A.”.

En función de los hechos probados la refutación que pretenden las defensas en cuanto a que al ser el embargo que pesaba sobre los fondos ejecutivo impide considerar que los fondos eran de la AFIP, no tiene asidero porque al pesar un embargo, sea cual fuera su carácter, ello no modifica que los bienes continúan siendo propiedad del deudor, del embargado.

Es que si bien la naturaleza y función del embargo preventivo y la del ejecutivo difiere, en tanto el primero permite asegurar el eventual resultado de un juicio, y el segundo es la inmovilización de un bien con la finalidad de expropiación, etapa fundamental de la ejecución de sentencia, en ambos casos no dejan de ser medidas tendientes a asegurar un derecho. Así ha sostenido la CSJN que “...el embargo, aún el ejecutivo, no consagra automáticamente derechos ya que su ámbito es, por naturaleza, instrumental...” (Fallos: 315:2999). Es que el embargo, como acto de ejecución inmoviliza el bien y despoja de la facultad de disposición, pero no la titularidad en cabeza del deudor hasta tanto el título que constituye la sentencia sea efectivamente ejecutado, mientras el dinero permanece en un plazo fijo en el Banco de la Nación Argentina a la orden del Tribunal y a la orden de los autos del concurso.

Así, tal como lo sostuvieron los jueces “...resulta claro que el dinero embargado nunca perdió su carácter de bien público, ello toda vez que -como ya dijimos y no está discutido- se trataba de dinero propiedad del estado nacional que sin perjuicio de haber estado momentáneamente en custodia de la

Cámara Civil, Comercial y de Minas de la 2da Circunscripción con asiento en la Ciudad Chilecito y posteriormente del Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 4 a cargo del doctor Liporace, no salió de la esfera de dominio de los distintos funcionarios públicos que lo tuvieron a su cuidado.”

Es que a los fines de que se liberen los fondos era necesario la presentación de la propuesta de la concursada y la posterior aprobación de la junta de acreedores. Según surge de autos Yoma S.A. concretó la propuesta de pago a los acreedores recién en el 2003, lo que permite concluir que en el 2002 cuando Liporace le entregó el dinero a Yoma, el dinero no estaba desafectado a favor de la concursada.

Por otra parte, habiéndose determinado que eran fondos de la AFIP los embargados, se decretó una medida de no innovar sobre esos montos, la cual fue establecida por el Juez Federal de La Rioja, ratificada por la Cámara Federal de dicha Jurisdicción y declarada la conexidad en la causa 11.930 en trámite ante el juzgado de Liporace.

Cabe señalar que en el caso no resulta ocioso destacar que los propios imputados sostuvieron que nunca se desapoderó al ente recaudador, lo que se extrae de las presentaciones que hicieron en la causa en la que se hizo entrega de los fondos a Yoma, o sea que resulta de la documentación de los hechos aquí investigados. Por lo tanto, el agravio de la defensa no se sostiene porque no constituye un acto de defensa en la presente causa, sino que forman parte de la maniobra y surge de la propia documentación. Así, se incorporó por lectura al debate el escrito en el que la empresa le solicitó a Liporace la entrega del dinero ya puesto a su disposición, en el que manifestaron los abogados que parte de la suma embargada en el marco del proceso concursal no había ingresado al patrimonio de la empresa, refiriendo exactamente: *“Ante todo el suscripto como representante del*

presidente Yoma S.A. puso a disposición de V.S. la totalidad de la cifra considerada mal habida por parte del Fisco -\$ 2.929.076,48- (fs. 112/122); Haciéndole saber que la misma jamás había ingresado al patrimonio de la empresa desde que siempre estuvo bajo la custodia de la Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Segunda Circunscripción de la Provincia de La Rioja (Ciudad de Chilecito).”

En otro orden de ideas, y respecto del agravio introducido por la defensa de Liporace, entiendo que más allá del posible destino que le podía dar la AFIP a esos fondos, al pertenecer al Estado son públicos. Es que deben considerarse públicos los caudales o efectos de que dispone una administración pública nacional, provincial o municipal para satisfacer sus necesidades o los fines a cuya realización tiende.

En el caso se le había confiado al entonces juez Liporace unos fondos embargados por otro tribunal a los fines de determinar si se encontraban erróneamente embargados, o sea si dicho embargo no había sido producto de una defraudación al fisco. Por lo tanto, esos fondos se encontraban bajo el resguardo del juez federal, ya que la Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Segunda Circunscripción de la Provincia de La Rioja (Ciudad de Chilecito) se los entregó confiándole la disposición de los bienes del expediente concursal.

En tal sentido se ha sostenido que *“Este modo de pertenencia de los caudales o efectos excede el concepto civil de propiedad de dominio y tiene por objeto tanto bienes propios del Estado o entes autárquicos como bienes aportados y puestos a disposición de aquellos por particulares para realizar servicios a cargo de entes públicos como sucede, verbigracia, con los bienes pertenecientes a administraciones públicas de índole comercial y con dinero depositado por particulares en bancos públicos. La naturaleza pública de*

los caudales o efectos susceptibles de ser objeto del peculado (malversación) no reside como se piensa en la circunstancia que se someta a riesgos extraños a los fines del fisco porque la criminalidad del hecho no reside en la razón objetiva de la inexistencia de esa especie de riesgos, sino en la razón subjetivo-objetiva de la violación de la seguridad de los bienes de que disponen las administraciones públicas entregados en confianza a la administración, percepción o custodia de los funcionarios públicos” (confr. Donna, Edgardo Alberto Donna, “Derecho Penal Parte Especial”, Tomo III, segunda edición actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 301).

Los elementos de cargo permiten tener por debidamente probado que Carlos Alberto Liporace y Guillermo Luis Yoma sustrajeron ilegítimamente la suma de \$ 8.544.050,73 que se encontraba embargada a la orden de la Cámara en lo Civil, Comercial y de Minas de la Segunda Circunscripción con asiento en la Ciudad de Chilecito Provincia de La Rioja, en el marco del concurso preventivo de la firma Yoma S.A. que tramitó bajo el número de expediente 16.480, y sujeto a una medida de no innovar dispuesta por el Juez Federal de La Rioja y que las irregularidades advertidas en el marco de la causa n° 11.930, detalladas en la sentencia, fueron llevadas a cabo a los efectos de concretar la sustracción.

Respecto al argumento de la defensa de Yoma en cuanto a que la medida de no innovar había quedado bajo la jurisdicción de Liporace, cabe contestar que ello no hace más que abonar a las diversas irregularidades que se verificaron en el presente proceso relacionadas a la forma en que dispuso el entonces juez la entrega de los fondos a Yoma, sin respetar el procedimiento previsto para el caso, debió levantar la medida de no innovar que pesaba sobre los bienes.

Ello así, la subsunción jurídica de la conducta reprochada a tenor del art. 261 del CP es correcta conforme la jurisprudencia de esa Cámara.

“La acción reprimida en el peculado consiste en sustraer precisamente los caudales o efectos administrados, percibidos o custodiados. La conducta propia del peculado es la de apartar, separar o extraer, y se configura con el quebrantamiento de la esfera de custodia en la que se encuentra el bien, determinada por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente, y cuya titularidad corresponde al funcionario autor del ilícito. Cabe aclarar que puede configurarse la acción de peculado a través de una verdadera apropiación, pero los requisitos de ésta no son imprescindibles para aquél. Por ello, y en el caso de la custodia, la sustracción se consuma cuando los caudales o efectos en posesión estatal por mano del funcionario, pasan ilegítimamente por su obra a la posesión particular de éste o de un tercero, sin que queden dentro de otra esfera de custodia perteneciente a la Administración. El sujeto activo de peculado sólo puede ser un funcionario público al que en razón de su cargo se le ha confiado la administración (disposición), la percepción (ingreso) o custodia (cuidado) de caudales o efectos públicos; es decir, el autor de este delito deberá ser competente de iure o de facto para administrar, percibir o custodiar caudales o efectos” (Sala III, c. 1147, reg. 335.97.3, "Fendrich, Mario César s/ recurso de casación" -el subrayado me pertenece).

“Este delito exige entonces la sustracción de los fondos de la Administración Pública; consiste en el acto de poner fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones los colocan... No se requiere que se cause un daño efectivo al patrimonio y no reviste trascendencia jurídico penal que el funcionario o empleado público

restituya posteriormente la suma o efectos sustraídos. La posterior conducta del empleado público infiel en este sentido no tendrá valor alguno para desincriminar el hecho dolosamente cometido” (confr. Sala II, c. 2256, reg. 2933.2 “López, Hugo Luis s/recurso de casación” y Sala IV, c. 2907, “Cerisola, Marcelo Daniel y otro s/recurso de casación”, reg. 4236.4).

En cuanto a la falta de prueba del tipo subjetivo que ambas defensas cuestionan con relación a la falta de conocimiento de sus asistidos de que los fondos eran públicos, entiendo que el mismo debe descartarse.

Es que surge de la sentencia que Carlos Alberto Liporace, sustrajo los fondos pertenecientes al estado nacional cuya disposición le fue confiada en razón de sus funciones como Juez titular del Juzgado Nacional en lo Penal Económico, teniendo el pleno conocimiento e intención final de que se configurara de ese modo.

En la sentencia se ha afirmado que *“La actividad descripta, se adecua a una maniobra que, por sí sola, pone en riesgo los caudales públicos percibidos y confiados para su custodia, sin perjuicio del destino real que finalmente se les haya dado a éstos, afectando, de esta forma, el erario público.”*

Tal como surge de la sentencia, ambos conocían certeramente el carácter público de los fondos que estaban bajo la órbita de custodia del primero porque no sólo eran producto de un embargo de unos fondos pertenecientes a la AFIP, sino que se encontraban bajo la órbita de su poder de disposición en su calidad de funcionario público. Y con respecto a Yoma, la falta de posibilidad de disposición que tenía en el marco de la causa concursal respecto de los fondos, es incompatible el desconocimiento respecto

de que fondos se encontraban bajo custodia del Tribunal del concurso y luego del juez federal.

Ambos, mediante maniobras comprobadas en el expediente, debido a las irregularidades demostradas en la entrega del dinero por parte de Liporace a Yoma, no cabe duda que tuvieron la voluntad final de apartar los fondos de la esfera de la administración central. Ello se concretó con la entrega del dinero en la persona de Guillermo Luis Yoma, a través de un cheque librado a su nombre para concretar la operación ilícita.

En el caso resulta relevante para atribuir el conocimiento no sólo el hecho de que el sujeto desempeña un cargo específico, sino que haya desempeñado determinados roles y el cúmulo de experiencias vividas por éste que se puedan acreditar y que puedan tener trascendencia para la imputación del conocimiento.

Así debe considerarse que Yoma sabía que los fondos eran públicos por su carácter de Presidente de Yoma S.A. pues formaban parte del monto embargado a la AFIP por el Tribunal del concurso y también que habían sido trasladados y puestos en “custodia” del juez Liporace. Asimismo sabía que no podía disponer de los fondos hasta tanto no sea aprobada por el sindico la propuesta a los acreedores del concurso, dado que así lo había dispuesto la Cámara en lo Civil, Comercial y de Minas de la Segunda Circunscripción con asiento en la Ciudad de Chilecito Provincia de La Rioja.

Surge de la sentencia que contrariamente a lo sostenido por la defensa de Yoma se ha demostrado que entre ambos “...se advierte una íntima vinculación en la ejecución de la maniobra y un acuerdo sobre la forma de llevarla a cabo, componentes que resultaron determinantes para la consumación del hecho (artículo 45 del Código Penal)”. Y que no puede alegarse lisa y llanamente la inocencia de Yoma que a través de su abogado

hizo un pedido de entrega de un dinero que se le concedió, sino que las maniobras que realizó tendientes a la concreción de dicho acto revelan una connivencia entre los dos imputados.

La vinculación que existía entre ambos imputados, hacía imposible que ignoraran no sólo que Liporace dispuso la devolución del dinero por expreso pedido de Yoma, sino que este último se encargó personalmente y/o a través de su defensor de realizar todos los actos necesarios para que ello suceda.

V.-

En cuanto a la participación en la que subsume la conducta de Yoma el sentenciante, cabe señalar que se tuvo por acreditado que la conducta de éste último fue determinante para la concreción del suceso y, por tal razón, debe responder en calidad de cómplice primario (artículo 45 del Código Penal).

La calidad de partícipe necesario (art. 45 del C.P.) que se le adjudicó en la sentencia a Yoma no resulta de la “comunicabilidad” de las agravantes del art. 48 del C.P. sino de que el imputado no es funcionario público, lo cual requiere el tipo penal para ser autor.

VI.-

Finalmente, entiendo que también corresponde rechazar los planteos de las defensas referidos al monto de la sanción finalmente en tanto no ha evidenciado arbitrariedad o absurdo notorio en la sentencia impugnada.

El Tribunal enunció las pautas previstas por los arts. 40 y 41 CP, diferenció atenuantes de agravantes y explicó su incidencia en las circunstancias particulares que surgen del expediente de modo que justificó

fundadamente el alejamiento del mínimo de la escala penal aplicable, lo cual resulta suficiente para calificarlo como acto jurisdiccional válido.

Frente a esa expectativa de valoración, dentro de la escala penal del tipo penal por el que fueron finalmente condenados, que va de dos a diez años, no puede considerarse desproporcionada con relación a la maniobra desplegada y excesiva la pena de cuatro años de prisión.

En efecto para fundar el monto se tuvo en cuenta la condición de magistrado del imputado Liporace, sin que se advierta una doble valoración de los elementos del tipo penal porque la norma establece la pena en forma genérica para los funcionarios públicos y no la entidad unos y otros, y correctamente la expectativa de seguridad de los fondos públicos es mayor en quien debe administrar e impartir justicia.

Por otra parte, si el perjuicio y la extensión del daño causado por la maniobra en el caso es de un monto considerable que fue inmovilizado y aun no recuperado por la AFIP, más allá de que aún se encuentre en discusión la determinación del monto adeudado al ente recaudador, lo cierto es que \$ 8.544.050,73 fueron los concretamente distraídos en la presente causa.

Respecto a la valoración de su condición social, es cierto que no se advierten atenuantes para quien se encuentra en una situación socio económica que mal puedan justificar la necesidad de hacerse del dinero.

Por otra parte, se tomó en cuenta el tiempo que duró el proceso como un atenuante, por el desgaste emocional que ello significa.

VII.- Distinto derrotero amerita el planteo del Ministerio Público Fiscal, por cuanto el voto de quienes conformaron la mayoría a mi modo de ver es infundado al rechazar el pedido del Fiscal General de la reposición al estado anterior de las sumas distraídas por los imputados Carlos Alberto

Liporace y Guillermo Luis Yoma, de manera individual o solidaria, más los intereses devengados (artículos 29 del Código Penal y 403 del Código Procesal Penal de la Nación, ambos a contrario sensu).

Es que más allá de lo sostenido por mi colega impugnante, considero que existe un principio del derecho que impide aceptar o consentir que el delito rinda beneficios, resulta a todas vistas disvalioso que la sociedad permita “salirse con la suya” al delincuente.

El art. 29 del Código Penal decía: "*La sentencia condenatoria podrá ordenar:....2) la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuera posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere...*" (Rodolfo Moreno (h.) ob.cit. Tº II, pag.156 y ss., de quien extraemos el desarrollo).

Resulta interesante señalar la evolución legislativa que tuvo esta disposición y el fin que tuvo el codificador al introducirla.

En el proyecto del Dr. Tejedor se establecía que toda persona que fuera responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente. Esta última comprendía en primer término la restitución de la cosa. La vía idónea para lograrla era el apremio. Al respecto el mismo Tejedor, siguiendo a Pacheco, sostenía que quien ha robado deberá ante todo restituir; y sólo cuando la restitución no pueda verificarse es cuando tendrá efecto la reparación para suplirla. "La voluntad y el precepto de la ley consiste en que, no sólo respondan a la sociedad los delincuentes por medio de la pena, sino que satisfagan también, y tan completamente como pudiese hacerse, a los ofendidos por medio de la responsabilidad civil. Haciendo a la pena una institución de derecho público no ha olvidado ni podía olvidar el derecho de los particulares".

Ahora bien, como dice Moreno: "Las reglas de tal proyecto fijaban las características del derecho y de la obligación, la que debería ser reclamada ante la justicia civil ordinaria, puesto que nada se decía sobre la jurisdicción de los jueces".

Tanto el proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, como el Código de 1886, siguieron esta suerte, es decir, la separación de jurisdicciones. El mismo Moreno criticaba estas disposiciones consignando que era más lógico entregar a los tribunales del crimen toda la cuestión, es decir, que cuando se trataba de delitos penales, el juez que aplica la pena fija la indemnización. Todo ello con fundamentos de todo tipo, que sería ocioso enunciar ahora.

Es recién en el proyecto de 1891 cuando cambia ese punto de vista pues establecía (art. 47): "La condena penal trae aparejada la obligación de reparar el daño material y moral causado por el hecho punible a la víctima o a tercero, mediante una indemnización pecuniaria, que el juez fijará al aplicar la pena...". Más adelante se preveía "La reparación a que se refiere el artículo anterior comprenderá: 1º La restitución de la cosa obtenida por el delito...".

Nótese que lo hace obligatorio para el juez penal; todo ello imbuído de principios del positivismo que no vienen al caso en este momento. Quedaba claro pues que en la misma sentencia condenatoria penal, el juez debía fijar la reparación civil, la cual comprendía la restitución de la cosa.

En la misma línea sigue el proyecto de 1906, que establecía "La sentencia condenatoria ordenará: 1º... 2º La restitución a su dueño de la cosa obtenida por el delito..."

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, estudiando el proyecto de nuestro actual Código

Penal, mantuvo las disposiciones vistas en último término, con fundamentos de todo tipo. Pero al pasar al Senado, el doctor Rojas apoyado en oponiones de González Roura y Jofré, dio por tierra con muchos argumentos muy fuertes que se venían invocando, todo lo cual derivó en el cambio de la expresión en el art. 29 "la sentencia condenatoria ordenará", por "la sentencia condenatoria podrá ordenar".

Sobre esta modificación en una parte de la exposición de motivos puede leerse: "Se ha observado, también, que la obligación impuesta a los jueces del crimen para ordenar de oficio el monto del daño material causado a la víctima, a su familia o a un tercero por el autor del delito, podría dificultar la tramitación de las causas criminales, debido al recargo de trabajo de los magistrados. La comisión ha recogido esta observación, y de acuerdo con el parecer de un distinguido miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital, el doctor González Roura cree conveniente substituir en el art. 29 la palabra ordenará por las palabras podrá ordenar. En esta forma, los jueces tendrían la facultad de poder fijar de oficio, en la sentencia condenatoria, la indemnización del daño, sin perjuicio de estar obligados a hacerlo a requerimiento de parte".

Concluyendo, el mismo Moreno explica cuál viene a ser el sistema en el Código actual: "Los tribunales del crimen no tendrán la opción, como podría parecer ante el texto del artículo, pero el alcance de las palabras podrán ordenar está bien explicado en el informe de la Comisión de Códigos del Senado, que hizo la modificación. Eso significa que cuando se pide el pronunciamiento debe hacerse, y que únicamente si el afectado no lo reclama los tribunales del crimen podrán abstenerse de resolver al respecto. En este último caso, la víctima no habría perdido su derecho de concurrir a la

jurisdicción civil. Para los tribunales del crimen el pronunciamiento no es obligatorio, si no se solicita por el interesado".

Finalmente, respecto de la restitución de la cosa objeto del delito, sólo señala que no puede ser materia de discusión, sin entrar en más detalles.

Como indicamos más arriba, el cambio en legislación tuvo como causa la adopción de una determinada filosofía jurídica, de cuya evolución se hace cargo Soler (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tº II, pag. 467 y ss). No era otra cosa que la idea justa de la unidad de lo ilícito: la obligación de indemnizar el daño ex delicto, la de restituir y la coacción directa para reponer un estado de cosas, sirven para el mismo fin que las penas. Son los positivistas Merkel, Ferri, Garófalo, entre otros, quienes sostienen esta tesis identificatoria de las consecuencias civiles y penales. Explicando seriamente las diferencias entre ambas, Soler cita la evolución sintetizada supra hasta llegar al actual, del que dice "Con esta modificación, el sistema consagrado por el art. 29 se aleja, sin duda, de la identificación teórica entre pena y reparación, a que tendían los proyectos anteriores; pero no es dudoso que la ley se ha apartado del principio de la independencia de la acción civil, inconstitucionalmente sancionada por el art. 1096 del C.C. El C.P. ha modificado la concepción estrictamente privada de la acción indemnizatoria, facultando al juez a pronunciarse sobre ello en la sentencia de la condena".

Tal es así que el mismo autor repudia a quienes sostienen que el juez del crimen no puede de oficio pronunciar indemnizaciones.

A todo esto debe sumarse, pues luego vendrá a colación, que el ejercicio de la acción penal interrumpe la prescripción de la acción indemnizatoria (art. 3982 bis C.C.).

Respecto de la restitución, está claro que se realiza por coacción directa del juez, y que es la preferida pues representa el mejor restablecimiento del statu quo.

Podemos concluir pues, que si la condena entre sus fines tiene la restitución de la cosa objeto del delito (idem. art. 1083 del C.Civil), nada obsta a que durante la tramitación del proceso el juez de oficio o a pedido de parte, realice las medidas pertinentes para hacerse de dichos bienes, y entre las que pueden encontrarse el embargo y el secuestro. Es decir, puede constituir su fundamento.

Así surge del inc. 1 del art. 29 texto según ley 25.188, *“La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1) La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”*

Ello refuerza la teoría según la cual no encontramos ante supuestos diversos y en caso de “reposición al estado anterior a la comisión del delito” no cabe sino interpretar que aunque la restitución pueda ser demandada por el interesado mediante una acción civil, ello no impide que el tribunal penal la decida aún en casos en que dicha acción no ha sido ejercitada, ya que se trata de una medida que procede de oficio, máxime tomando en cuenta que la reposición al estado anterior no excluye el pago de los daños que la privación del bien haya determinado, caso en que deberá ejercer la acción resarcitoria el actor civil, lo que difiere de lo dispuesto por el inc. 1.

En cuanto al alcance de la restitución evidentemente el objeto del delito que nos ocupa fue dinero, que es una cosa fungible. De modo tal que habiendo perdido su individualidad se podría argumentar que no cabría su restitución, sino una indemnización, pues no es la misma cosa la que se intenta recuperar.

Al respecto Clemente Díaz trata ejemplos similares: "La preexistencia en los hechos que comportan la eliminación, sustracción o desaparición de cosas tiene por objeto superar la inexistencia del corpus criminis, v.gr. al hurtar una moneda, el delincuente la mezcla con otras monedas de su propiedad, de tal manera que el objeto hurtado no puede distinguirse ni individualizarse. En este caso la cosa sobre la cual se ejerció la actividad delictuosa del delincuente pierde su individualidad al confundirse con otras de su mismo género... En los casos de estos ejemplos, el corpus criminis debe reputarse inexistente, y sin embargo, puede fundarse válidamente una sentencia de condena, a pesar de no existir el corpus criminis, en tanto se determine la preexistencia del mismo" (Clemente Díaz, "El Cuerpo del Delito", Abeledo-Perrot, Bs.As. 1965, pag.43/4).

Solamente se podría considerar comprendido el dinero en el concepto de cosa a restituir, cuando pudiera ser individualizable. Por ejemplo, los billetes marcados que se entregan al extorsionador, o al autor de una exacción ilegal, etc., y luego son secuestrados en su poder; o bien el que es dado en un cofre cerrado, etc. como los ejemplos prevé el art. 2188 del C.C.

Pero el concepto puede ser ampliado sobre este aspecto Mosset Iturraspe señala: "El dinero puede ser el bien jurídicamente protegido en los delitos de hurto, robo, estafa, malversación de caudales públicos, apropiación de cosa perdida, usura, etc.; el art. 1093 en la amplitud de sus términos permite englobarlos a todos. Sanciona al que despoja o priva a su legítimo propietario de una suma de dinero con el pago de los intereses de plaza desde el día del delito", sin perjuicio, claro está, de la restitución o entrega del dinero y de indemnizar los daños materiales y morales en relación causal adecuada" (Mosset Iturraspe, Jorge; "Responsabilidad por Daños", edit. Ediar, Bs.As. 1981, TºII B, pag.266 y ss.).

Esta construcción puede aceptarse pues el dinero es un bien que representa un valor, algo inmaterial, distinto del propio de la moneda o billete -metal o papel-. Al acreditarse fehacientemente mediante un asiento contable su incorporación a un patrimonio (p.ej. un depósito en una caja de ahorros, cuenta corriente, plazo fijo, etc.) su individualidad no se pierde y resultaría irrazonable -mediante una interpretación gramatical de las disposiciones del Código Civil- considerar que deben devolverse los mismos billetes o monedas, obstaculizando así su restitución.

De modo tal que podríamos establecer una regla, independiente de las establecidas para la ley civil, que contemple situaciones en el ámbito penal: cuando el dinero puede individualizarse tanto materialmente -lo tiene el ladrón en la misma bolsa del banco que acaba de sustraer-, como idealmente -lo depositó en una cuenta bancaria- debe considerársele sometido al mismo régimen de las cosas muebles no fungibles.

Esta interpretación es posible porque los criterios normativos del derecho penal y civil son distintos, como cuando el primero considera cosa mueble -susceptible de robo o hurto- a un documento público, un artefacto adherido a un edificio, etc., y el segundo no -ej. escritura traslativa de dominio- (arts. 2315 a 2317 del C.C.).

Si ese criterio de transportabilidad no implica una interpretación analógica o extensiva de la ley penal, no se advierte obstáculo legal alguno para hacerlo en una materia que tiene solamente implicancias civiles -la restitución- y procesales -el secuestro o el embargo- (Conforme, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, causa nº 2992 "Sumario av. secuestro extorsivo de Juan y Jorge Born, -incidente de embargo-", Secretaría Penal nº 1, resuelta el 4/5/92, registro 2489).

Teniendo en cuenta que el ejercicio de la acción penal tiene por objeto promover la averiguación de un hecho que la ley penal reputa delito y luego determinar la responsabilidad que en él hubiesen tenido los autores, partícipes, etc., no puede quedar exenta de esta actividad procesal el aseguramiento de todos los efectos de ese delito, con fundamento en que debe procurarse el cese del fruto del delito.

En otras palabras, como un efecto procesal remanente, accesorio y derivado de la actividad principal, puede el juez de oficio o por impulso fiscal la restitución de aquellos elementos que son objeto del delito, en el caso el monto de \$ 8.544.050,73. Para ello, en nada influye la conclusión de alguna etapa procesal, ya que nada obsta a la realización de medidas cautelares luego de la sentencia cuando el condenado sustrajo de la acción de la justicia los objetos obtenidos mediante el delito (art. 29, inc. 1) del C.P.).

Volviendo a nuestro ejemplo, se advierte que la cosa sustraída es objeto de una orden de secuestro tácita (si fueran billetes marcados o su numeración conocida, seguramente esa orden sería expresa) y resulta natural que cuando sea habida se incaute.

Más claridad pueden dar ejemplos de cosas registrables o de fácil individualización, como los automotores o un cuadro o joya famosos, que al ser sustraídos al dueño y dada intervención al juez penal o autoridad policial, nace sobre ellos una orden de secuestro que no es levantada hasta ser hallados y que vive o pervive independiente del trámite dado a la causa donde se juzga el delito.

Este es, a nuestro modo de ver, el fundamento por el cual debe procederse a ordenar la restitución del dinero cuyo destino se distrajo por el peculado, es decir el botín, pues como ya se dijo, el delito no debe beneficiar

ni mejorar la situación de quien lo comete, ni el derecho puede tolerar un premio a su destreza para ocultar el fruto de su accionar ilícito.

Ello señalado no puedo sino coincidir con el voto disidente en cuanto a que no se trata de la reparación del daño, sino que los responsables reintegren el dinero mal habido.

Por otra parte adquiere mayor importancia la restitución del dinero cuando como en el caso de maras nos encontramos ante delitos de corrupción, materia en la cual el Estado ha suscripto instrumentos internacionales que obligan a evitar el beneficio, sea cual fuese, de los imputados por el dinero que obtuvieron en forma ilícita.

Ello, aunado a los argumentos expuesto por mi colega en su recurso del que surge que la Sala a la que me dirijo ha sostenido que *“A esta altura, es pertinente diferenciar la restitución de la suma en juego como objeto del delito de la que, eventualmente, pudiera corresponder, en concepto de indemnización. Pues, si bien ambas medidas comportan la reparación del perjuicio ocasionado por el delito, la “restitución” no alcanza para su completa satisfacción, sino tan sólo para hacer cesar los efectos del delito, mediante la reposición de las cosas al estado anterior. Mientras que la “indemnización”, con sus distintos rubros componentes, sí lo hace.”* (causa Nro.12.181 del registro de esa Sala IV, caratulada: "COSSIO, Ricardo Juan Alfredo s/recurso de casación", rta. el 18/08/2010; Reg. Nro. 13763.4) me convencen de la falta de fundamentación del rechazo de la pretensión del Fiscal General en el debate.

VIII.- Por todo lo expuesto considero que se deben rechazar los recursos de las defensas y hacer lugar al recurso del Ministerio Público Fiscal.

Fiscalía, de agosto de 2015.-