En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los doce días del mes de marzo de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **María Elena Nieva de PETTINARI**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 15.519**, **carpeta individual n° 1.526**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Patricia Cárcamo**, y la Sra. Defensora de Confianza Dra. **L. F. M.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

--

Que los días 2 y 3 de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de D. A. B., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y

como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de D. A. B. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente la Dra. María Elena Nieva de Pettinari.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- 1) Llega la causa a conocimiento de esta Alzada en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa particular del imputado D. A. B., Dra. L. F. M., contra la sentencia nº 55/09 de fecha 29 de septiembre 2009 dictada por la Sra. Juez Penal, Dra. Mariel Alejandra SUAREZ que resolvió condenar a su defendido D. A. B., como autor penalmente responsable del delito de Administración Fraudulenta (art. 173, inc. 7mo. del Código Penal), agravada por ser cometida en perjuicio de la Administración Pública (Arts. 174 inc. 5º y Art. 45 del mismo Cuerpo Normativo), por el hecho ocurrido en esta ciudad en virtud de un contrato

de locación de obra suscripto con la Municipalidad de Comodoro Rivadavia en fecha 2 de enero de 2008 durante el período comprendido entre la fecha de ingreso y el día 10 de abril, a la pena de Dos Años de prisión en suspenso y costas del proceso (arts. 26 y 29 inc. 3ro del Código Penal).-

Solicita la Defensa se revoque la sentencia y se dicte el sobreseimiento de su defendido. Haciendo reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la Ley 48) contra todo decisorio contrario a su derecho.

Motiva la Defensa su impugnación en los siguientes agravios:

a) Que la sentencia recurrida se funda en un hecho falso, en tanto afirma la A quo que B. tuvo manejo exclusivo de los fondos, conclusión a la que arriba tras considerar parcialmente las declaraciones testimoniales brindadas en la causa, aún aquellas que han sido totalmente desacreditadas. Al expresar en su voto que de los dichos de U. surge que B. “era el único y desempeñaba la función de cajero pagador ya que había sido contratado exclusivamente para ello.” En idéntico sentido, al sostener la sentenciante que de lo manifestado por S., su defendido “era el único pagador de dichos subsidios”, y de lo dicho por P. “que las funciones de cajero pagador no eran compartidas con nadie”.

Afirma la impugnante, que el hecho mencionados por los testigos, es absolutamente falso conforme emana de la prueba rendida en la causa.

Refiere la Defensa que la testigo A. G., reconoció expresamente haber compartido las funciones de cajero pagador con B. algunos días en el transcurso del mes de enero. Que no obstante la sentenciante omite cualquier análisis al respecto afirmando contrariamente a ello –y refiriendo a B.- que “las funciones la realizó únicamente él”.

Finaliza la impugnante, que el principal presupuesto de la sentencia condenatoria es el “desapoderamiento”, solicita se revoque la sentencia en este sentido.

b) Omite la sentenciante considerar que las funciones de cajero pagador y la custodia de los fondos fue compartida por B. con U. y G. pese a que el hecho se encuentra acabadamente probado en la causa. Afirma la impugnante que ha quedado demostrado que no solo su representado compartió las funciones de cajero pagador con G., sino también que los fondos eran diariamente custodiados por U., única persona con acceso a la caja fuerte en donde permanecían guardados los fondos en cuestión.

c) Tiene por probado el “apoderamiento” por parte de B. cuando, conforme surge de las constancias probatorias de la causa, no

existe ninguna prueba que así lo acredite, fundándose en consecuencia la sentencia en “presunciones” derivadas de las declaraciones testimoniales de personas directamente involucradas en el faltante de los fondos.

d) Se funda en ciertas declaraciones testimoniales, prueba ésta claramente insuficiente y carente de objetividad. Afirma que la sentenciante ha pasado por alto la contradicción evidenciada entre las declaraciones brindadas por las testigos U., S., M., P. y G. con relación al desempeño de esta última como cajero pagador en forma simultánea con B..

e) Se funda la sentenciante en prueba documental **inexistente** como lo son los supuestos arqueos realizados por personal de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia mientras B. cumplió sus funciones. No existe ninguna constancia de su existencia pese a haber sido requeridos a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia conforme surge del oficio. La declaración de algunos testigos en cuanto a su existencia en planillas documentadas no resultan medio probatorio y menos aún cuando dichas declaraciones emanan de personas directamente involucradas con el hecho investigado.

2) En audiencia la Sra. Defensora Dra. F. M. ratificó en todos sus términos el contenido del escrito de impugnación.-

3) El Ministerio Público Fiscal representado por la

Dra. Patricia Cárcamo en la audiencia, oportunamente había contestado la impugnación sosteniendo que debe rechazarse el planteo de la Defensa del imputado B. y confirmarse la sentencia, toda vez que la magistrada luego de una lógica valoración concluye que el imputado retuvo y destinó para provecho propio sumas de dinero pertenecientes a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, cuyo cuidado y manejo se le había encomendado. Respecto de la pena impuesta la Fiscalía afirma que el tribunal valoró circunstancias que hacen tanto a la naturaleza como a la personalidad del imputado, satisfaciendo los requisitos de fundamentación que impone el art. 333 del Código Ritual, existiendo congruencia entre los fundamentos para individualizar la pena, y la concretamente aplicada.

Sostiene el Ministerio Público Fiscal, que en el curso del debate y conforme los testimonios escuchados se demostró sin lugar a dudas la autoría y materialidad del hecho por parte del Sr. D. A. B.. Que durante el juicio quedó claramente establecido que el imputado era el único cajero pagador, que así lo manifestó la testigo U. (Subtesorera del Municipio), porque había sido contratado exclusivamente para ello, así también lo afirmó la testigo S., que era el único cajero pagador de dichos subsidios y por último el testigo P., haciendo referencia también a que funciones de B. como cajero pagador no eran compartidas con nadie.

Respecto al agravio de la impugnante, que la

sentenciante omitió considerar que las funciones de cajero pagador y de custodia de los bienes fue compartido por B. y la testigo G. y diariamente con la testigo U., sostiene la Fiscalía que esto es totalmente incorrecto como lo señalara la Sra. Juez en su resolución, que la testigo G. – propuesta por la Defensa- reconoció que solamente dos días del mes de enero realizó la función de cajero pagador pero que cuando finalizó la tarea realizó un arqueo interno con B. y, que este último convalidó documentándolo en una planilla. Que la Subtesorera U. no tenía responsabilidad de controlar el sobrante de dinero que le quedaba a B., sino que simplemente su función se limitaba a abrir y cerrar la caja fuerte (porque por su cargo tenía las llaves) y B. guardaba el dinero y al día siguiente lo sacaba y que en ningún momento B. formuló queja alguna de faltante.

Respecto al agravio de que la sentenciante se funda en ciertas declaraciones que resultan insuficientes y carentes de objetividad, la Fiscalía responde que la cuestión es que todos los testigos coinciden en que no había otra persona más que B. en poder del dinero de los subsidios como cajero pagador y que no compartió esa función con ninguna otra persona.

Respecto a la inexistencia de arqueos y mucho menos de documentación invocada por la impugnante, señala la Fiscalía que

hasta los testigos G. y M. ofrecidos por la defensa coinciden que se realizaban los arqueos y además conforme los dichos de B. M. el arqueo que se le realizó a B. fue debido a un faltante de un adelanto realizado a una funcionaria municipal.

Finaliza solicitando se rechace la impugnación y se confirme la sentencia.-

II.- Tal como puede advertirse, en base a la reseña precedente, y así fue confirmado por la Defensa en al audiencia del art. 385 C.P.P., el núcleo de su impugnación se vincula a cuestiones atinentes a la valoración de la prueba. Y al respecto, en líneas generales, hemos coincidido en la deliberación que si bien el fallo en crisis exhibe una motivación sencilla, la prueba de cargo allí enunciada aparece lo suficientemente apta, como para haber generado en el juzgador el convencimiento racional sobre la responsabilidad del acusado D. A. B..-

1) En particular, acerca de la merituación de la prueba testimonial, se observa:

a) La convocatoria al personal que cumplía funciones en el ámbito de la Secretaría de Hacienda de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, al momento del hecho –a saber: Contador del Municipio, Tesorera, Sub-tesorera, etc. (testigos E. P., O. S. S., M. L. U.)-, resultaba ineludible, teniendo en cuenta que el hecho motivo de

juzgamiento se refiere a la actividad cumplida por un Cajero-pagador de la repartición comunal, quien está incluido en el organigrama de la Secretaría de Hacienda, con relación y dependencia evidente con los testigos mencionados –por medio de una contratación temporaria, bajo el tipo de la “Locación de obra”-.-

Las alusiones que efectúa la impugnante a la falta de objetividad de los testigos mencionados *ut supra*, y en general cualquier otra posible objeción relativa a la credibilidad de sus deposiciones, carece de base suficiente para mermar los fundamentos de la sentencia. En efecto, no alcanza con la ya referida relación funcional entre testigos y acusado, para de allí en más derivar la conclusión de que aquéllos tienen un interés en el resultado de la causa, y luego hipotizar que han declarado movidos por el ánimo de perjudicar al imputado.-

Adviértase, en apoyo de lo expuesto precedentemente, que el art. 324, último párr., del CPP prescribe respecto de los testigos y peritos durante la sustanciación del juicio, que: “Las partes los interrogarán conforme a lo previsto en el Artículo siguiente y rigen supletoriamente las reglas de los Artículos 186 y siguientes”; a su vez, el art. 325 del CPP establece, en su segundo párrafo, que: “... La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes...”; y finalmente, el art. 192 (aplicable supletoriamente según el art. ya citado 324) prevé, en

su tercer párrafo que (el testigo) “...Será interrogado por separado sobre sus datos personales y cualquier circunstancia que sirva para apreciar su veracidad ...”.-

La evaluación de la prueba rendida en la audiencia de debate, se reitera, no revela que se haya desplegado ninguna actividad en el sentido indicado en el párrafo anterior; y que pudiera permitir -eventualmente- concluir con fundamentos sólidos que a los testimonios de cargo debe restárseles valor probatorio, en virtud de su parcialidad, o mendacidad, o falta de objetividad, etc..-

b) El aporte probatorio de los testigos que se viene refiriendo, ha sido respaldado, además, por la pericia del contador L. A. P.. Sobre esta probanza, merece destacarse que no sólo ha confirmado los datos revelados por los testigos de cargo, sino que también -de modo indirecto- dio cuenta de que en el trámite seguido por los funcionarios municipales, no se ha incurrido en ninguna irregularidad administrativa, ni contable.-

2) Valga ello para responder, también, a otro de los agravios de la Defensa, que ha cuestionado la veracidad de los testimonios de U. y S., en orden a que de manera periódica se efectuaban en el ámbito de la Secretaría, arqueos de caja “esporádicos” y “sorpresivos”. Como adelantáramos, no ha sido puesto en tela de juicio que en el mes de abril

del año 2008 se practicó un control, que reveló la existencia de faltantes de dinero, atribuibles al acusado B. –extremo acreditado por prueba testimonial y pericial contable-; en dicho contexto, la posibilidad de que pudiera haber existido algún déficit en la actividad de contralor –por ejemplo, previamente al descubrimiento del hecho motivo de juzgamiento-, no alcanza entonces para invalidar la prueba de cargo tenida en cuenta por la Sra. Juez penal, para tener por acreditado el hecho de la acusación. En particular, destaco además que el argumento de la recurrente no explica la incidencia o relevancia que aquella hipotética ausencia de contralor, anterior al hecho, habría tenido sobre el suceso que motiva este proceso.-

3) Por último, y tal como lo ha replicado acertadamente la Sra. Funcionaria de Fiscalía en la audiencia del art. 385 CPP, tampoco el argumento defensista relativo a la posibilidad de una autoría del hecho, en cabeza de otros sujetos con desempeño en la órbita de la Secretaría de Hacienda, ha sido acreditado, mediante la correspondiente prueba de descargo, de modo mínimamente verosímil como para que pueda operar el principio *favor rei*, del art. 28 CPP; toda vez que la agente A. G. sólo cumplió tareas de Cajera-pagadora, durante muy poco tiempo, en el mes de enero de 2008; como asimismo otras funcionarias del área, tal como la Sub-tesorera U., no cumplía labores de

Cajera-pagadora, por lo cual en modo alguno pudo haber desplegado una conducta como la que se le imputa al acusado B..-

En efecto, la pretendida “custodia” –diaria- de los fondos, por parte de U. (argumento de descargo de la Defensa), no se ha acreditado que pudiera implicar ningún control –diario- de las sumas de dinero existentes, ni tampoco que B. practicara ninguna rendición de cuentas –diaria-. Por ende, no ha mediado responsabilidad “compartida” entre ambos, ni ninguna otra susceptible de mermar o excluir la del imputado, en su calidad de Cajero-pagador.-

III.- La calificación legal del hecho también merece homologarse, teniendo en cuenta que no ha mediado agravio por errónea aplicación de la ley material. No obstante ello, entiendo pertinente dejar a salvo mi opinión en el punto, en el sentido que podría ser cuestionable el criterio de la magistrada, en cuanto a que B. haya reunido la condición de autoría, explicitada como una “posición legal de poder”, que constituye la base de la figura de Defraudación por administración fraudulenta, del art. 173, inc. 7 del CP; y ello, teniendo en cuenta que según ya quedara establecido, el marco jurídico de la relación del acusado con la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, fue el de un contrato de locación de obra, sumado a la aplicación del Organigrama funcional propio de la Secretaría de Hacienda, todo lo cual apuntaría a un ámbito de actuación

bastante limitado en cuanto a autonomía de decisión –que es uno de los requisitos distintivos de la figura de la Administración fraudulenta-, por lo cual tal vez hubiera sido más acertado encuadrar el hecho en la Defraudación por retención indebida, del art. 173, inc. 2, CP (cfme. Carrera, Daniel Pablo: "Administración fraudulenta. Deslealtad de resguardadores de patrimonio ajeno", edit. Astrea, Bs. As., año 2002, págs. 158/159).-

Enseña este autor: "Objetivamente considerados, los tipos de retención indebida y administración fraudulenta se aproximan, sobre todo cuando la primera se fundamenta en la custodia de bienes ajenos. Por consiguiente, la diferenciación entre ambos delitos está dada por el **ámbito real del accionar autónomo que fundamenta la autoría** por administración fraudulenta, y del que carece el responsable de retención indebida... También se suele entender que en la administración fraudulenta el confiamiento de bienes es global y no versa, como en la retención indebida, sobre determinada cosa o bien" (el destacado me pertenece).-

Sobre esto último, leemos en Millán (cfme. su obra: "Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados", págs. 27 y 28) que: "...el derecho moderno se ha orientado con firmeza al sistema de la discriminación de lo que es rectamente

diferente: la singular, objetiva y descarnada retención indebida y la administración infiel o fraudulenta genérica, sin vestigio alguno de casuismo. Es el caso ...de nuestra reforma penal, a raíz de la cual han quedado bien delineadas la retención indebida en el artículo 173, inciso 2º, y la administración fraudulenta en el inciso 7. En el primero el sujeto pasivo ha hecho entrega no sólo a título de administración sino en depósito, comisión u otro título que produzca obligación de entregar o devolver de **uno o más bienes muebles, perfectamente determinados**, que se encontraban anteriormente en su poder y pasaron a manos del sujeto activo a título precario, de indisponibilidad. En la administración fraudulenta, en cambio, no se trata de un objeto singular sino de un conjunto de cosas y bienes ....incluyendo bienes muebles e inmuebles....” (el destacado me pertenece).

Acerca de los distintos requisitos de la autoría, en la retención indebida y la administración fraudulenta, resulta de interés también en apoyo de cuanto se viene exponiendo, la comparación que efectúa De Luca, sobre la base del caso jurisprudencial de una empleada jerarquizada de una sociedad civil sin fines de lucro, inclinándose por la primera de las figuras (cfme. aut. cit.: “Una abreviada absolución por administración fraudulenta”, comentario a fallo, publicado en LL, 2000-E, 304). Finalmente, también abona la posición adoptada, la reseña

jurisprudencial en esta materia de la obra “Defraudación por retención indebida” de José Licinio Scelzi, DIN editora, págs. 203 y ss..-

IV.- Propongo al Acuerdo, en base a las consideraciones expuestas, se resuelva de modo negativo esta primera cuestión.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso en función de la reseña de los mismos efectuada por el colega que me precedió en orden de voto, por lo cual ingresaré directamente a lo que considero el núcleo de la cuestión a tratar.

El art. 369 del CPPCh. atribuye competencia al Tribunal de Alzada solo en cuanto a los motivos en los que el impugnante ha fundado los agravios contra la resolución en crisis, excepto en cuanto al control de constitucionalidad.

Aquí los agravios han sido planteados de la siguiente manera: a) Se ha sostenido que B. no tenía el manejo exclusivo de los fondos bajo su “guarda”, sino que detentaba una custodia compartida, extremo que la Jueza omitiera; b) no se ha probado que B. haya “desapoderado” a la Municipalidad de los fondos en cuestión, aserto que la Sentenciante presume a partir de declaraciones testimoniales insuficientes y carentes de objetividad; c) la Sentencia se funda en prueba

documental inexistente como los supuestos “arqueos de caja” que se realizaban periódicamente, cuando ello en realidad, no ocurría.

En resumidas cuentas, y sin decirlo expresamente, la impugnante critica la lógica del fallo en cuanto a la apreciación probatoria, deduciéndose de su enfoque que la solución correcta hubiese sido la absolución, mediante la aplicación de la regla del “dubión” (art. 28 CPPCh.).

Tal resulta el marco en el que debe recaer este pronunciamiento.

II.- En la Sentencia, el A-quo ha valorado la prueba partiendo de la documental, de la que se desprende el vínculo contractual mantenido en desde la última parte del año 2007 y los primeros meses del año siguiente entre el acusado y la Municipalidad de esta ciudad, “Locación de Obra” destinada a que B. oficie como “Cajero pagador” en la Sub tesorería Municipal.

También, que conforme a las expresiones del perito contable en Juicio, Contador P., de los documentos que tuvo a la vista inherentes al arqueo “sorpresivo” del día 10/4/08, existió un faltante de dinero entre las sumas existentes y las abonadas efectivamente, todo ello respecto del período que transcurrió entre el 2/1/08 y el día referido.

Ya en cuanto al plexo testimonial, la Sentenciante

valoró el testimonio de la Sra. U., Sub Tesorera, quien depuso que el acusado recibía diariamente dinero, efectuaba pagos, y el remanente lo "ponía en una caja" que ella ingresaba en la caja fuerte; que cada tres meses se producía un arqueo, y en el del 10/4/08 se constató un faltante. Que el imputado realizaba tal tarea con exclusividad.

En igual sentido, conforme el auto en crisis, pero con diferencias de enfoque derivadas de las distintas funciones que cumplían en el Municipio, declararon la Tesorera V., el C. P., y la Sub Tesorera M..

La empleada G. fue la única que se apartó parcialmente de los extremos sostenidos por el resto, al recordar que a mediados de Enero de 2008, y durante un par de días, compartió el rol de pagador con B., pero que hicieron un arqueo juntos al final de dicho período, y no hubo faltante alguno. Pero que antes, y luego, de tal lapso, el que efectuaba los pagos con exclusividad era el acusado.

El núcleo del razonamiento de la Sentenciante radicó en que desde tales testimonios, en tanto durante los últimos tres meses al acusado le fueron encomendadas sumas de dinero para efectuar pagos, con exclusividad, y habiéndose constatado un faltante, solo él debió realizar tal apoderamiento indebido.

Debo reiterar un concepto, consistente en que el orden adjetivo vigente participa de las características de los sistemas llamados

“acusatorios” y/o “adversariales”, y en ellos, siempre partiendo desde la ocurrencia de un hecho de la realidad, los Jueces deben decidir sobre la base de las alegaciones y actividad, fundamentalmente probatoria, que las partes realizan.

Así, la mentada actividad resulta trascendente, por lo cual lo que otrora era el cometido prioritario de la Judicatura, la búsqueda de la verdad “real”, ahora se ha convertido en la decisión sobre un hecho que conocemos desde la actividad de las partes, es decir, una verdad real pero desde un prisma “dialéctico”.

Tal labor consiste en alegar, pero también en probar, fundamentalmente el Ministerio Fiscal quien es el que debe vencer la vigencia del estado de inocencia, y para la Defensa el cometido es, además de postular, controlar tal prueba, y en su caso, objetarla, hacerla “caer” en cuanto a su validez, o su mérito.

Aquí conviene detenerse. Coincido con la Sra. Defensora de confianza en que, a priori, los testigos de cargo podían ser objetados en cuanto a su imparcialidad, dado que algunos funcionalmente prestaban tareas en el sector donde se produjo un faltante de dinero.

Es más, hasta sería posible hipotizar que resulta poco habitual, en términos de experiencia común, uno de los parámetros de la sana crítica racional, método impuesto adjetivamente para valorar la

prueba (art. 25 CPPCh.), que un “cajero pagador” (al menos contractualmente, ese era el rol de B.), pudiera tener un control absoluto y exclusivo de las sumas de dinero que le eran confiadas, sin una supervisión más estricta, por ejemplo diaria, contando el Funcionario a cargo del sector las sumas que devolvía el acusado al final de la jornada, a la caja fuerte.

También podemos mencionar que el vínculo contractual aludido no comenzó en enero del año 2008, sino a mediados del año anterior, y fue renovado posteriormente, por lo cual en el período anterior el acusado no hubo de incurrir en irregularidad alguna que justificara la extinción del vínculo.

Pero, los testigos de cargo fueron examinados por la Defensa en el Debate, y su versión definitiva fue la que valoró la Magistrada, además de la documental, y si bien el esquema de razonamiento de la Sentencia puede ser descripto como “lineal”, se compadece con la prueba rendida, por lo que no puede ser calificado como “arbitrario”.

Dos cuestiones relacionadas. El Tribunal de impugnación puede confirmar por sus propios fundamentos el auto en crisis, a pesar que los mismos no se encuentren dentro de las razones expresadas por el Sentenciante, o el impugnante.

Luego, regresando a la actividad de las partes, lo

concreto es que la Defensa no logró por las razones expuestas, argumentalmente en el recurso, torcer un cuadro que le fue adverso en la Audiencia.

III.- Por todo ello, tampoco concurre la competencia de la Alzada que emerge del supuesto de “control de constitucionalidad”, oficioso, del art. 369 del rito.

La Sentencia, al no ser arbitraria, supera tal control, e incluso, sin perjuicio que omite la fijación de reglas de conducta en los términos del art. 27 bis del CP, consecuencia obligatoria de la imposición de una condena condicional, tampoco podemos expedirnos sobre el punto pues tales reglas en definitiva resultan una carga para el condenado, y el señalado art. 369 impide la posibilidad de lo que se ha dado en llamar “reformatio in pejus”.-

En lo que sí coincido, se impone ingresar, tal como lo hiciera el colega que me precedió en orden de voto, es en la cuestión atinente a la calificación jurídica, sin perjuicio que tampoco formó parte de los agravios, al igual que la pena.

La dosificación se halla fundamentada en la Sentencia, por lo cual tampoco corresponde atribuirle carácter de decisión inmotivada.

Pero a modo de “obiter dictum”, la subsunción en el

tipo de los art. 173 inc. 7mo. y 174 inc. 5to del CP., parece inapropiada al sustrato fáctico, ya que quien fuera contratado como “cajero pagador”, no posee atributos de manejo, cuidado o administración de bienes ajenos, sino solo dispone de un control “material” sobre el dinero, una simple “guarda” que no es comparable a ninguno de los tres supuestos que se incluyen en el tipo (conf. Edgardo Donna, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-B, pag. 415, Ed. Rubinzal Culzoni).

Pero sin abundar demasiado, existe una correlación entre la condena dictada y los tipos penales alternativos al seleccionado por la Magistrada, por lo cual, y más allá de la ausencia de crítica en cuanto al punto, tampoco corresponde el ingreso del Tribunal al análisis exhaustivo de la cuestión desde el control de constitucionalidad ya referido.

IV.- Por todo ello, considero que corresponde confirmar la Sentencia en crisis. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Que los motivos de la impugnación deducida han sido suficientemente detallados en el voto del Señor Juez que lidera el acuerdo, por lo cual me remito a su lectura para evitar reiteraciones innecesarias.

Que la Defensa ha encarrilado sus agravios con fundamento en: a.- que la Juez Aquo se ha fundado en un hecho falso,

como es que su pupilo **B.** tuvo el manejo exclusivo de los fondos por no haber compartido sus funciones con otras personas; b.- que también ha omitido considerar que las funciones de cajero pagador y la custodia de los fondos, fue compartida con U. y G., pese a que el hecho se encuentra acabadamente probado en la causa; c.- que da por probado el "apoderamiento", por parte de **B.**, cuando, conforme surge de las constancias probatorias de la causa, no existe ninguna prueba que así lo acredite, fundándose en consecuencia la sentencia en "presunciones" derivadas de las declaraciones testimoniales de personas directamente involucradas en el faltante de los fondos; d.- se funda en ciertas declaraciones testimoniales, prueba ésta claramente insuficiente y carente de objetividad y e.- que se ha fundado en prueba documental inexistente como lo son los supuestos arqueos realizados por personal de la municipalidad de Comodoro Rivadavia, mientras **B.** cumplió sus funciones.

Que el Ministerio Público Fiscal, al responder el emplazamiento que se le cursara en la ocasión prevista en el art. 384 del ritual, solicitó el rechazo de la impugnación deducida por la Defensa en todos sus términos, respondiendo a cada uno de los puntos de agravio.

Que en oportunidad de celebrarse la audiencia del artículo 385 del ritual, las partes mantuvieron sus respectivas posturas.

Que con fundamento en las pautas delineadas en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681- CSJN - 20/09/2005”, se impone el tratamiento de la cuestión recurriendo a la “teoría del máximo esfuerzo” allí consagrada al sostener que el Tribunal adquem al examinar una vía recursiva, debe hacerlo teniendo en cuenta que se “ ... *habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas... ”*.

Formulada tal disquisición, habré de avocarme al tratamiento de la cuestión de fondo, con expresa aclaración de que he procedido a escuchar atentamente el audio en el que han quedado plasmadas las alternativas del debate.

En primer término, entiendo que el primero de los agravios esbozados por la recurrente carece por completo de sustento. En efecto, resulta de toda evidencia que no es falso que **B.** tuviera el manejo exclusivo de los fondos por no haber compartido la función con otras personas, como lo alega la Defensa. Ha quedado palmariamente probado

que el nombrado cumplía funciones de cajero pagador en la caja de la Subtesorería de la Municipalidad local -organismo dependiente de la Secretaría de Hacienda de dicho ente corporativo-, en virtud de un contrato de locación de obra de carácter temporario suscripto el 2 de enero de 2008 entre el imputado y el Municipio local. Para el cumplimiento de su tarea, que básicamente consistía en el pago de subsidios y becas, **B.** recibía una determinada suma de dinero con un listado de los beneficiarios a quienes estaban destinados los planes.

Que con sustento en la prueba producida en el debate, ha quedado acreditado también que en el período comprendido entre la fecha consignada y el 10 de abril del citado año, el imputado se apoderó -desempeñando tal actividad- de: 1°) la suma de pesos setecientos ($ 700,00), destinada al pago de becas talleristas ordenadas por resolución N° 480/08 del mes de marzo de 2008; 2°) del monto de pesos un mil seiscientos veinte ($ 1.620,00), que debía abonarse en concepto de PREMU -período noviembre 2007 a febrero 2008-; 3°) de pesos ochocientos ($ 800.00) provenientes de los fondos destinados al pago del rubro premio personal planta permanente; 4°) de pesos dos mil seiscientos noventa y ocho con treinta y cinco centavos ($ 2.698,35) destinados a subsidios varios dispuestos mediante resolución 70/08 y 402/08, lo que hace un total de pesos cinco mil ochocientos dieciocho con treinta y cinco

centavos ($ 5.818,35).

Que en abono del primero de los extremos que se tienen por acreditados -esto es el vínculo laboral entre **B.** y la subtesorería municipal, como así también las funciones que cumplía-, han de destacarse los dichos testimoniales del personal que cumplía funciones en el ente, a saber M. L. U. -Subtesorera-, O. S. S. -tesorera- y E. P. -contador-, quienes han sido contestes en afirmar, tal como lo ha consignado la Señora Juez *Aquo* en su sentencia, que “ ... *D. A. B. cumplía funciones de cajero pagador, que dichas funciones no son comparables a las del cajero que percibe dinero en un comercio ya que este cajero sólo se limita a per4cibir el dinero y a rendirlo diariamente cosa que no ocurre en el caso bajo examen, que su tarea era específica se le asignaban sumas de dinero las que poesía un período de no menos de tres meses bajo su custodia y manejo a los fines de dar pago a determinados subsidios que le eran indicados mediante órdenes de pago y que dichas órdenes se confeccionaban en virtud de resoluciones que emitía el municipio, que dichas funciones las realizó únicamente él, que dos días del mes de enero según la testigo G. ella compartió con él dichas funciones pero que realizaron arqueos tanto al recibir la caja como al entregárselas, arqueos que B. presenció y convalidó documentándolos en una planilla, situación que no le quitó la custodia y el manejo de fondos*

ya que los tuvo bajo su poder e incluso realizó arqueos con quien compartió las funciones, que al hacerle entrega del dinero que B. manejaba y cuidaba se le encomendaba una orden de pago de diferentes subsidios los que tardaban en ser pagados aproximadamente 3 meses dependiendo esto de las personas beneficiaras del subsidio ya que se demoraban en ir a cobrarlo, que todos los días B. guardaba el dinero en una caja de seguridad cuya llave la poseía la subtesorera U., que al día siguiente B. contaba el dinero y nunca reclamó ningún faltante; que diariamente se rendían las órdenes pagadas pero no el dinero, que el dinero repito se rendía aproximadamente cada 3 meses lo que le daba a B. manejo y cuidado del mismo; que se realizaban arqueos sorpresivos y en forma esporádica; que durante el curso del mes de abril de 2008, se realizó un arqueo al Sr. B. del cual surgió un faltante de dinero que éste no pudo justificar; que en el arqueo estuvo presente el Sr. B., la testigo U. y la testigo M. ... ”.

Si bien la sentencia impugnada no es generosa en una clara discriminación sobre como se llega a detectar el apoderamiento por parte del encartado del dinero que, como cajero pagador, tenía, no obsta a que su contenido traduzca incongruencia o falta de fundamentación que permita afirmar que fuera arbitraria. Es por ello entonces que el agravio de la impugnante al afirmar que su defendido no ha estado en exclusividad

en el rol que suscribiera en el contrato sino que lo ha compartido con A. G., es dable estacar que la citada testigo en forma clara, durante el debate, aclaró que participó en sólo dos oportunidades y dejando expresa constancia de su actuación con la venia del encartado dando por aprobado su ayuda. Amén de ello, el cuestionamiento de que se hicieron arqueos sorpresivos y que de ello la municipalidad de esta ciudad no ha contestado el oficio que la defensa solicitara dando hipótesis a que los testimonios que se han escuchado en el debate de aquellas personas que he nombrado y que en forma jerárquica tuvieran un rol específico dentro del organigrama municipal y a los que la defensa los cataloga como testigos contradictorios, echando un halo que su defendido se encuentra con un plus de minusvalía respecto de sus dichos, he de decir en primer término que la presente causa se investiga precisamente a raíz de un faltante de un adelanto a una funcionaria municipal; que el perito contador, L. A. P., a fin de verificar si tal afirmación es la correcta, recibe la documentación respaldatoria para determinar en ese ***arqueo*** producido que los funcionarios jerárquicos municipales no han incurrido en ninguna irregularidad administrativa ni contable sino que surge y como ya lo he detallado ut supra la personal intervención del encartado en el hecho traído por la acusación.

En tal sentido “... La especial fuerza probatoria del

testimonio en el régimen de la oralidad, donde los testigos son oídos directamente por los jueces encargados de juzgar, se extrae no sólo del contenido sino también del modo en que responden al interrogatorio, y demás circunstancias que son especialmente apreciables por el tribunal de mérito en tanto no se demuestre que el juzgador ha caído en absurdo o en infracción a las reglas de la sana crítica ...” (CNCasPen., sala II, 31-8-07, “Romero, Rubén Edmundo s/ recurso de casación”, causa 7320, reg. 10481.2, Magistrados: David, Mitchell, Fégoli).

Dicho esto, no resulta con sustento legal irrebatible los fundamentos de la agraviada ya que no se ha demostrado el hecho de decir que se hicieron arqueos periódicos y luego no se pudieron “encontrar”, que resulta falso que su pupilo estuvo siempre solo, o que se infiriera un complot de personal jerárquico para perjudicarlo. Hemos visto que quien detecta el faltante detallado es el perito contador P. (pericia que no fue impugnada), también quedó demostrada la mínima intervención de la testigo G. y del cual el imputado **B.** no la sindicó en ningún momento de haber sido quien gestara la causa en su contra y mucho menos de hipotizar que el hecho de tener la subtesorera U. la llave de la caja fuerte donde guardara al finalizar la jornada laboral las planillas de los subsidios junto con el dinero, en una caja de cartón, al día siguiente cuando retomaba su labor habitual, al obtener nuevamente la caja con los elementos ya

referidos se quejara de que en la misma le faltase dinero.

Por último, en punto a la significación jurídica asignada al hecho juzgado, más allá de no haber sido objeto de impugnación, y tratándose literalmente de un contrato de locación de obra, la figura penal seleccionada si bien ha de homologarse, entiendo como bien lo ha explicitado el Señor Juez que lidera el acuerdo, tiene condimentos muy específicos en otro injusto que corresponderían al título 6, capítulo 4° del Código Penal.

Como colofón la pretensión de la agraviada de instalar una duda razonable a favor de su asistido, para que se revoque la sentencia y se dicte el sobreseimiento de su pupilo, fundada en prueba testimonial insuficiente y poco objetiva, no ha de tener acogida votando para que se confirme en todos sus términos la sentencia recurrida.

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado D. A. B. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria nº 55/09.-

Corresponde además imponer las costas al condenado y regular los Honorarios Profesionales de la Dra. L. F. M. por su labor como defensora de confianza del acusado en la presente etapa de impugnación de

condena. Por tales motivos, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500).- (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8 y arts. 239, 241, 247, 250 y ccs. del CPP).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento al resultado arribado no debe hacerse lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado B. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria nº 55/09.-

Asimismo coincido con los dichos del Sr. Juez que vota en primer término en cuanto a la regulación de honorarios y costas a imponer.- A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

De acuerdo al resultado al que hemos llegado no debe hacerse lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado B. y en consecuencia corresponde confirmar la sentencia condenatoria nº 55/09.-

Asimismo coincido con los dichos de los Sres. Jueces que votan en primer término en cuanto a la regulación de honorarios y costas a imponer.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

-

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. A. B., contra la sentencia condenatoria Nº 55/09 dictada en fecha 29 de septiembre de 2009 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 55/09, con costas al condenado (arts. 239, 241, 247, 250 y ccs. del CPP).----------

3º) TENER presente la reserva de caso federal.----------

-

4º) REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. L. F. M. por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos mil quinientos ($1.500).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

-