En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil diecisiete, la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por la Sra. Juez de Cámara, **Carina Paola ESTEFANÍA**, en su carácter de Presidenta, y las Sras. Juezas de Cámara **Dras. Nelly GARCIA y Mónica RODRIGUEZ**, dictan sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ L., J. C." (NIC N°3780- Leg. Fiscal NUF N°32160)**, en la que tuvieron debida participación el Dr. D. S. en su carácter de defensor particular, el Dr. Fernando Rivarola, en su carácter de Fiscal y el Sr. J. C. L..

---------- **RESULTANDO:** ----------

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día seis de junio del corriente año, en la que el Dr. D. S., en su calidad de defensor ratificó en todos sus términos la impugnación ordinaria oportunamente interpuesta.

En dicho escrito el recurrente adelantó que no se habían probado los hechos enrostrados a su defendido, consideró que el MPF no - probó las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en que se habría producido el ilícito. También sostuvo que tampoco se probó el elemento volitivo del tipo penal escogido y que no había existido perjuicio para el patrimonio municipal ni para el de las víctimas. Además, atacó la calificación legal de Estafa (art. 172 del Código Penal) que no resultaba aplicable. Y adelantó que debió ser falsificación de instrumento público o privado.

A su criterio la sentencia es producto de la íntima convicción del magistrado.

Los agravios fueron presentados en tres ítems diferentes: a) errónea valoración de la prueba; b} falta de los elementos

para la configuración del delito enrostrado; c) exceso en la determinación de la pena.

Con relación al primero de ellos sostuvo que la prueba fue parcialmente valorada. Refirió que el Juez se limitó a reproducir los testimonios y concluir que el imputado utilizó su situación del revisté en la Municipalidad -como responsable del área de tierras fiscales- para desplegar su ardid y engañar a las víctimas en procura de que realicen un desprendimiento patrimonial perjudicial.

Consideró que el juez no dijo cómo se configuró el ardid, cuya definición toma del diccionario de la Real Academia Española.

Sostuvo que no se acreditó que L. se haya quedado con el dinero, y luego afirmó que no se agotó la búsqueda de las personas que L. refiere como destinatarias del mismo.

También mencionó que no era un requisito para el acceso a la tierra fiscal estar inscripto en el registro municipal y que habla al menos tres formas o modos de adjudicación.

Agregó que si bien es cierto que L. no podía recibir dinero para el Municipio si podía hacerlo para un tercero.

Manifestó que ha quedado claro que el pago tenía relación con ocupar el lugar de los adjudicatarios anteriores que cedían sus derechos.

Reconoce que están prohibidas este tipo de cesiones, pero tal cual lo dijo la Escribana P. M., podían ocurrir.

Critica al sentenciante el no haber considerado a favor de su pupilo que las victimas reconocieran que pagaron porque sabían que de otro modo no obtendrían ese lugar, ni que efectivamente recibieron las tierras.

Dijo que era importante que el Juez considerara los dichos del imputado, pero sin embargo el Magistrado no los mencionó y concluyó que apoya la sentencia sólo sobre los testimonios de las víctimas, pero no menciona ni cuándo, ni cómo, ni porqué sostiene que L. los engañó.

Concluye que la sentencia es producto de la elaboración intelectual del Juez y sin sustento real.

Con relación a la calificación legal afirmó que el Juez no justificó ni fundamentó como se acreditaron los elementos

del tipo ni mucho menos el dolo directo. Consideró que, en este punto, la sentencia padece de una ausencia absoluta de fundamentación.

A criterio del recurrente no se demostró que haya existido un engaño o ardid y que la simple mentira no es suficiente para ser constitutiva de tal elemento del tipo penal.

Por último respecto de la pena, indicó que la escala penal prevista es de un mes a doce años. Se refirió al sentido de la resocialización de la pena.

Al analizar los agravantes afirmó que se ha valorado en su contra los antecedentes de familiares y circunstancias no traídas por los acusadores.

Apoya su pedido de reducción de pena en la falta de antecedentes condenatorios, los que no se reflejan en la condena impuesta.

Finalmente solicitó la absolución de J. C. L. y subsidiariamente la reducción de la pena.

El Fiscal General Fernando Rivarola, en la audiencia, al igual que la defensa se limitó a ratificar su responde por escrito.

En su respuesta sostuvo que no se violaron las reglas de la sana critica en la valoración de la prueba, no hay defecto en la calificación legal ni tampoco un exceso en la pena.

Agregó que no es cierto que el Juez hubiera partido desde una posición de prejuzgamiento respecto de la posición de la defensa.

Por el contrario, adelantó sinceramente cual sería el resultado, demostrando el fruto de la necesaria deliberación: a partir del análisis en conjunto de la prueba producida, para luego detallar las razones y argumentos que conformaron su convicción.

Dijo el Fiscal que el defensor pretende que se lo considere a L. como un simple intermediario de un negocio ajeno, olvidando el núcleo probatorio del juicio, que estuvo centrado en la inexistencia de las personas supuestamente cedentes.

Reiteró que L. utilizó personas inexistentes, requirió de las víctimas las sumas de dinero finalmente entregadas, habiendo sido engañadas en tanto consideraron que realmente tenían que pagarlo. De ese modo no sólo se acreditó el ardid empleado, sino también el engaño o error al que fueron inducidos los perjudicados, como también el desprendimiento patrimonial, es decir todos y cada uno de los elementos propios de la estafa.

Solicitó que se rechace el recurso, por no existir motivos para modificar la calificación legal ni la pena, pues considera que los agravantes valorados han tenido la fortaleza que permite sostener sin mayor esfuerzo la fijación del monto punitivo en un modo ajustado con la ley.

Concedida que les fuera la palabra a las víctimas presentes en la audiencia refirieron que confiaban en. la Justicia y, por. último el imputado dijo no tener nada que decir.

----------y CONSIDERANDO: ----------

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo {art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación: **Estefanía- Rodríguez- García.**

La jueza Carina P. Estefanía dijo:

Atenderé los agravios de la parte recurrente, en el orden propuesto, por lo cual comenzaré a dar respuesta a su queja, en cuanto refiere que el magistrado ha efectuado una arbitraria valoración de la prueba.

Han declarado la pareja víctima B. B. y R. Los tres han testimoniado, de manera clara y precisa, respecto de cómo habían ocurrido los hechos aquí investigados.

A. E. R., dijo que en el año 2010 quiso inscribirse en el municipio para conseguir un terreno y en el 2012 hizo un nuevo intento y en esa oportunidad pudo inscribirse, pero le

adelantaron que no había lugar. El quedó anotado en la lista de espera.

Al poco tiempo recibió un llamado del señor J. C. L., quien le comentó que había un terreno. Se presentó en el municipio y L. le habría dicho que "había que pagar una suma, que pedía supuestamente el dueño anterior". Agregó, que tenía unos ahorros y que le pagó lo solicitado en la casa de su mamá, lo cual fue confirmado por la señora A. T..

Aclaró el testigo víctima que en ese momento L. no le hizo recibo pero a La semana siguiente si se lo entregó y que el supuesto dueño era un tal R. G..

Luego sostuvo que el terreno se lo entregaron una semana después que pagara esa suma de dinero. En el lugar no había ninguna construcción, sólo estaban los mojones puestos, la máquina de la Municipalidad trabajando.

No tuvo ningún contacto con R. G., ni siquiera sabe si el dinero que le entregó a L. le habría llegado.

A la semana siguiente fue a ver nuevamente a L. por la mensura y entonces debió pagarle mil doscientos pesos más, respecto de los cuales nunca recibió ningún recibo.

Finalmente dijo que pagó -por caja- la suma de siete mil seiscientos pesos, que le cobró el municipio para el otorgamiento del título de propiedad.

Está agregado como prueba el recibo que reza "Esquel, 3 de junio de 2013. Recibí del señor A. E. R., la cantidad de ocho mil pesos, por concepto de cesión de derecho con mejora en trámite ubicado en Barrio B.. Hay una firma con la aclaración de R. G. y DNI Nro. XX.XXX,XXX. (Evidencia H. fs. 75).

Respecto del segundo hecho declararon D. C. B. y L. B.. Se trata de una pareja con tres hijos de dos, seis y nueve años, que alquilaban y se inscribieron en Tierras Fiscales para obtener un terreno. Estaban primero en la lista de espera.

B. fue a Tierras Fiscales para actualizar su inscripción y al día siguiente recibió un llamado de L., diciéndole que había una persona que se iba de Esquel, que era un pre adjudicatario y que había pagado siete mil pesos por la mensura y era de su interés recuperar ese dinero.

Ambos -B. y B.- refirieron que no tenían el dinero y que

la madre de B. pidió un préstamo en el Banco Santander Río para que pudieran pagarlo. Al día siguiente ya lo habían obtenido y entonces le avisaron a L., quien los citó a las cuatro de la tarde en la sede de la Municipalidad. D. B., reconoció que les pareció raro, pero pensaron que se reunirían en ese horario, para estar más tranquilos porque a la mañana en la Oficina de Tierras Fiscales hay mucho movimiento.

Así fue que concurrieron a la Oficina de L. y le pagaron los siete mil pesos. En esa reunión, el imputado les entregó un recibo provisorio y les dijo que A. C.- supuestamente el pre-adjudicatario- seguía de viaje.

Al día siguiente les entregó los papeles del terreno y les cambió el recibo por uno que supuestamente estaba firmado por A. C. -Evidencia A, folio 4-, incorporado por su lectura.

No tuvieron contacto alguno con A. C. y cuando comenzaron a buscarlo, advirtieron que no existía, por eso hicieron la denuncia.

Dijeron que había cosas que les llamaba la atención y que en una reunión de vecinos, en las que participó el empleado R. A., por el tema de los muros de contención, comentaron como hablan obtenido la pre-adjudicación -que no habla sido por listado. Dicho empleado fue quien los alertó de que los empleados municipales no podían cobrar, que todos los pagos se realizan por caja.

Ante ello se dirigieron al Municipio y fueron atendidos por L., S. y A.. La testigo B. recordó "fue desagradable, se tapaban, ponían excusas. Nadie se quería hacer cargo. Les dije que iba a investigar", y S., le habría dicho que "si seguía hablando o investigando les sacarían el terreno".

Por último agregaron las constancias del crédito que le habría otorgado el Banco Santander a la señora N. M. B. {Evidencia B). A fs. 05, surge que en el mes de septiembre de 2013 le otorgaron un crédito de 6983.92 pesos a pagar en doce cuotas.

También depusieron N. B. y A. T., madre de L. B. y de A. R.. Ambas aportaron su testimonio, qué coinciden en todos los términos con el relato de Sus respectivos hijos y nuera. Destaco, que N. B., tal como lo dijo su hijo, fue quien desde

un comienzo advirtió que el trámite era un poco raro y de algún modo los incentivó para que averigüen si las cosas se estaban haciendo bien. Luego, la advertencia que les realizara el empleado R. A., les confirmó la sospecha y desde allí activaron su reclamo.

Con lo expuesto, estoy en condiciones de afirmar que contrariamente a la pretensión del Defensor, el Juez ha valorado correctamente la prueba testimonial, que encuentra apoyo en la prueba documental y presenta absoluta coherencia interna y externa. En este último sentido el acta de acuerdo que obra a fs. 51 - evidencia H- también acredita la versión de las víctimas R. B..

Respecto de la existencia real de los supuestos cedentes - A. C. y R. G.- el MPF demostró que se trata de nombres y documentos falsos, elegidos al azar por el imputado, como parte de la maniobra delictiva. No es cierto que no se haya agotado la búsqueda. Por el contrario, se ha tenido un criterio amplio, pues no -se, circunscribió al nombre o al DNI. Incluso se comunicaron con homónimos, incompletos, que negaron haber vivido o adquirido tierras fiscales en Esquel.

Sobre el particular, debo decir que el Padrón Nacional, es un instrumento legal sobre el que pesan numerosos controles, cuyo margen de error es mínimo. Sería muy difícil sostener que justo las dos personas que cedían sus derechos no figuren en el mencionado registro nacional.

Por otra parte, quedó debidamente probado, que en el Municipio no consta ningún registro de estas personas, sea en la lista de inscriptos o en la lista de pre-adjudícatarios.

Los dichos del imputado, en ese sentido, se presentan solitarios, desmentidos por toda la prueba de cargo y en consecuencia, han sido fundadamente descalificados por el sentenciante.

En otro aspecto, debo señalar que no existe el supuesto desorden administrativo en la Dirección de Tierras Fiscales de la Ciudad de Esquel, que aduce el Defensor. Los testimonios de la Escribana M. y de las asesoras legales F. A. y L. D. de las diferentes gestiones municipales, dan cuenta de lo contrario. En todo caso, las deficiencias que pudo tener el sector en modo

alguno pueden justificar el accionar de L.. No hay un nexo causal entre aquella circunstancia y la decisión de inventar la existencia de dos pre-adjudicatarios y de ese modo la necesidad de una cesión, que además está vedada por las normas municipales en la materia (Ordenanzas Municipales 54-86 y 81-87).

Con relación a la tipicidad, no es cierto que el Juez haya omitido señalar cual había sido el ardid. Sobre este requisito del tipo, él dijo que ha quedado sobradamente probado y consistió en utilizar nombres de personas inexistentes, como supuestas pre- adjudicatarias de terrenos y sobre esas entelequias, les refería la necesidad de realizar una cesión de derechos a título, oneroso, abusando de su cargo de Director de Tierras Fiscales y a sabiendas de la confianza que los ciudadanos, en general, depositan, en los funcionarios públicos.

También quedó acreditado el perjuicio económico de las víctimas. No es cierto que R. haya dicho que no resultó perjudicado. Reconoció haber pagado voluntariamente esa suma de dinero, que oportunamente le fuera requerida por el imputado, pero en ningún momento negó el evidente perjuicio patrimonial.

Agrego que, justamente, en el delito de estafa la víctima participa activamente para que se produzca el desapoderamiento –en este caso del dinero-. Pero esa voluntad de hacerlo está viciada, como consecuencia del engaño.

El ardid tiene ese objetivo, que la víctima, por un error inducido por el imputado, considere que es necesaria y legitima la entrega de ese valor, para obtener, en el caso, un bien inmueble.

Él dolo, también inexistente, o no probado según el Defensor, surge de la propia conducta del acusado, quien con-una misma modalidad, en ambos casos, inventó una situación no real, que utilizó para requerirles indebidamente una suma de dinero. No hay duda alguna que L. los quiso defraudar y que logró su resultado, pues el perjuicio patrimonial también está holgadamente demostrado.

Por último, respecto de este escalafón de la teoría del delito, el defensor insiste que la calificación legal

escogida por el MPF y luego por el Juez del Tribunal Unipersonal, no es correcta y que, en todo caso, correspondía imputarlo el delito de falsificación de documento público.

Sobré el particular entiendo que, si bien es cierto que el hecho pudo ser calificado con esa figura, -pues el ardid contiene la comisión de ese delito- ese tipo penal no desplaza el delito de estafa, sino que concursa de manera ideal con este.

Por último, tal como lo sugiere la Dra. L. D., en el sumario administrativo, por el principio de especialidad, debiéramos admitir que los hechos aquí probados serían constitutivos del delito de concusión (Art. 268, en función del art. 266 del Código Penal).

Sin embargo, ello no obsta a que el MPF, haya seleccionado otro tipo penal más genérico, incluso más beneficioso para el imputado como lo es la figura de la estafa, en el entendimiento que podría probar los elementos objetivos y subjetivos del injusto, sin mayores dificultades.

Todo lo expuesto, me conduce a sostener que -hasta aquí- la sentencia no padece los vicios de argumentación que invoca el defensor, por el contrario, el Juez ha dado buenas razones al rechazar, las. pretensiones de la defensa esbozadas en su alegato final, que - adelanto coinciden en un todo con las desarrolladas en su escrito impugnatorio, reiterado en la audiencia ante esta Cámara.

Distinta será la decisión con relación al quantum punitivo.

Para iniciar el análisis de este último agravio, voy a partir de la pretensión que ha realizado el MPF en su alegato final, distinta de la que formulara en la acusación pública, en la que provisoriamente solicitó una pena de seis años de prisión efectiva.

En el debate redujo dicha pretensión de pena de prisión efectiva a cuatro años, pero solicitó se le aplique una pena de seis años de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos (art. 20 bis del Código Penal).

El fiscal puso especial énfasis en la vulnerabilidad de las víctimas y en el perjuicio patrimonial -como extensión del

daño-, lo cual debe ser valorado en virtud de esa especial condición, de las mismas. Agregó que debe valorarse en su centra que no ha indemnizado a las víctimas ni restituido ese dinero.

También evaluó en contra del imputado su antigüedad en la función pública y su cargo de Director.

Por último solicitó se aprecie como agravante, la ausencia de una necesidad económica o de una situación personal de emergencia, que lo hubiera determinado a obtener dinero a cualquier precio. Agregó que el único móvil que se desprende de su actuación ha sido obtener un enriquecimiento ilegal.

Finalmente, sostuvo que la única atenuante era la falta de antecedentes penales.

Dicho esto, el Fiscal señaló que la escala penal aplicable es de un mes a doce años, por tratarse de dos hechos de estafa en concurso real. Insistió que el mejor método de cuantificación de pena era aquel que proponía ingresar por el medio de la escala aplicable, que en el caso es de seis años. Desde allí, luego de sopesar agravantes y atenuantes, y sin dar razones respecto de la necesidad de que la pena sea de cumplimiento efectivo, solicitó la pena de cuatro años de prisión la de seis años de inhabilitación especial para ocupar cargos públicos.

A su turno el Juez compartió en un todo los agravantes solicitados por el MPF como también que el único atenuante que favorece a L. es la falta de antecedentes penales.

Coincido con el magistrado que debe ponderarse como agravante la calidad de responsable del área de tierras fiscales municipales con el cargo de Director.

Aquí he de detenerme para enfatizar en la vulnerabilidad de las personas afectadas, que recurren al Estado para obtener un terreno, a sabiendas que es la única posibilidad que tienen de acceder una vivienda digna.

Entiendo que no desconoce L. - por el cargo político que ocupaba- que la vivienda es una necesidad primordial del ser humano en cuanto tal. Lo exige su propia naturaleza. El derecho a la vivienda no proviene en última instancia de la convención

humana o del consenso. Es fundamental para el desarrollo de la vida digna. Por eso integra el lote de derechos humanos fundamentales que ha sido reconocido por el ordenamiento constitucional y el derecho de las convenciones.

Nuestro país consagró este derecho humano fundamental en forma explícita en la reforma constitucional de 1957, en virtud de la cual se lo incluye en el párrafo tercero del artículo 14 bis: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá... el acceso a la vivienda digna". No es preciso abundar en ello: Sin vivienda, no hay hogar, sin hogar no hay calor para que la vida crezca, no hay pasado ni futuro, no hay memoria ni esperanza.

Por último, argumentó en este sentido y dijo que debía considerarse "la zozobra que hechos de esta magnitud causan en las victimas; y en la ciudadanía en general, cuando quienes como empleados o funcionarios públicos deben velar por el resguardo de la - cosa pública y enaltecer la actividad del Estado, en tanto garante de una Correcta y equitativa distribución de las oportunidades a acceder a derechos esenciales... abusan de su posición en perjuicio de los más desvalidos y vulnerables del entramado social".

Una vez mencionados los atenuantes y agravantes, el juez dijo que la escala de prisión era de un mes a doce años y la escala de inhabilitación de seis meses a diez años.

Y luego refutó el pedido del Acusador Público de ingresar por el medio en el entendimiento que "a poco de analizarlo se verifica su inconsistencia con las garantías del imputado, en especial aquellas que determinan que nadie puede ser privado de un derecho sino por una sentencia fundada, la que deberá ser dictada con resguardo de las reglas del debido proceso y que además se aplique la ley procesal más benigna para el imputado".

En este punto el Juez coincide con un criterio unánime de los magistrados que integran el Colegio de Jueces de Cámara de la provincia, que han dicho de distinta manera y, por. distintos motivos, que. es conveniente ingresar por el mínimo de la escala penal, por ser un método que reduce los riesgos de obtener una pena que no superé el control de

constitucionalidad, desde la perspectiva de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Continuó diciendo el Juez Criado, que lo inconveniente de aplicar un sistema de tasación fija al procedimiento que imponga comenzar por el medio se evidencia del propio planteo del fiscal en este caso.

Se preguntó el A *quo* cómo justificó el Fiscal haber pedido una Pena de cuatro años cuando las circunstancias agravantes le imponen sumar más pena al medio de la escala (seis años) y concluyó que "ciertamente de ninguna manera" e hizo notar al acusador público que "no puede sostenerse que el puro arbitrio judicial sea pernicioso y que el puro arbitrio fiscal sea virtuoso".

No coincido con el Juez en cuanto sostiene que el Fiscal General no ha fundado su pretensión punitiva, con la salvedad ya marcada respecto de que- no lo hizo con relación a la necesidad de una prisión efectiva.

Si surge que el Juez nocomparte la mensura fue el Fiscal hiciera de los agravantes - que para él tienen mayor peso - y la falta de antecedentes menos. Así lo dice.

Ello es más evidente aún si consideramos que el Juez partió del mínimo -un mes- mientras que el Fiscal partió del medio -seis años-, pero sobre la base de los - mismos agravantes y el mismo atenuante, coincidió con el acusador público cual era la pena a imponer.

En definitiva el magistrado tacha de arbitrario el pedido de pena de la Fiscalía, sólo por entender que el acusador se equivoca al minimizar la incidencia de los agravantes y magnificar el- peso del único atenuante. De otro modo, partiendo del mínimo de un mes nunca podría haber justificado su decisión, que coincide en cuanto al monto definitivo con el pedido del Fiscal, quien solicitó se le imponga a L. una pena de cuatro años de prisión efectiva y seis de inhabilitación.

El Juez consideró que los defectos que contenía el dictamen fiscal no eran constitutivos de un obstáculo para cumplir con el mandato legal de cuantificar correctamente la pena, que como he dicho, fue: precisada en cuatro años de prisión efectiva y seis de inhabilitación para ejercer cargos públicos.

Sin embargo, tampoco dio razones sobre la necesidad de aplicar una pena de cumplimiento efectivo ni respondió el planteo del defensor en ese sentido, quien en esta oportunidad se queja por entender que la falta de sanciones administrativas y de antecedentes penales no se ha visto reflejada en la decisión del magistrado.

Adelanto que en este punto le asiste razón al recurrente pues, más allá de la gravedad de los agravantes considerados, el único atenuante valorado, es fundamental a la hora de establecer si es un caso en el que es necesario o no imponer una pena de cumplimiento efectivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho "Es que si bien los jueces... argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo", habiéndose agregado: "Que si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo-obliga "con el fin dé' asegurar una debida defensa en juicio" a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión". (CSJN, "Squilario, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de partícipe primario-moldí, Néstor Leandro s/defraudación especial en gdo. de partícipe secundario",8/8/06).

En autos "García, J. Martín s/ causa n° 97.999", del 4 de mayo de 2010, (con remisión a la opinión del Procurador) expuso que: "en casos donde la condenación condicional podría ser aplicada, la decisión denegatoria debe ser fundada, puesto que de otro modo se estaría privando a quien sufre el encierro de la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable, y los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen (Fallos: 329:3006, considerando 61).

Por último hace falta hacer referencia a la concreta fundamentación que debe darse, según el referido fallo de nuestra Corte por cuanto "la decisión denegatoria debe ser fundada", lo cual denota la clara conexión entre la restricción a un derecho individual y los justificativos que son empleados para ello.

La motivación, entonces, es un requisito indispensable del acto limitativo del derecho. Es que en un sistema fundado en la regla del derecho, la intervención judicial -entendida simplemente como regla de competencia- no es garantía suficiente para los derechos fundamentales.

Es necesario, además, que la resolución judicial que ordena la restricción al derecho fundamental sea fundada. La exigencia bajo el término "motivación" de la resolución judicial dentro del proceso, busca evitar la arbitrariedad y, en su caso, permitir el control por los órganos que tienen la facultad de revisión de tal clase de decisiones. Fuera del proceso, la motivación de las decisiones judiciales cumple una función de prevención general positiva, en cuanto fortalece el convencimiento social de que los Jueces no actúan movidos por criterios arbitrarios, sino sometidos a la Constitución y las leyes, pues en esa fe reposa su autoridad.

Por ende, cuando ciertas resoluciones tienen por efecto la restricción o limitación de derechos, de garantías o de posibilidades de defensa dentro de un proceso, deben provenir de circunstancias externas a la subjetividad del juzgador es decir que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos.

En consecuencia, el juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utiliza deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica.

Asimismo, cabe destacar que "el instituto de la condenación condicional tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios, u ocasionales imputados de la comisión

de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especiar positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional" (Fallos: 329:3006, considerando 71).

Con estos resolutorios vemos que la CSJN, ha cambiado el paradigma tradicionalmente aceptado en la aplicación del art. 26 del Código Penal en cuanto que la pena de ejecución condicional exigía una concreta fundamentación y no así la de efectivo cumplimiento dejando atrás el concepto hasta entonces enraizado de que resultaba una situación de excepción que precisaba de una concreta justificación para hacerse viable.

La penaren suspenso también es un medio de prevención, como elemento que la sociedad pone en juego para anticiparse al delito evitando su comisión y que se ejerce respecto del beneficiario mismo. En efecto, la libertad que se le concede no es absoluta. Está sujeta a una condición resolutoria que es la comisión de un nuevo delito. Desde tal punto de vista, no puede negarse que la prevención se ejerce de manera inmediata, pues el beneficiario se cuidará de cometer un nuevo delito, cuyas resultas serían o la acumulación de lasdos penas o la imposibili

No debemos soslayar que la condenación condicional es una verdadera sentencia condenatoria, definitiva e irrevocable; pero que se caracteriza porque la ejecución de la pena impuesta se suspende bajo condición que, cumplida, excluye definitivamente esa ejecución y que, por el contrario, no cumplida, vuelve ejecutable la condena.

Entiendo que el artículo 26 del Código Penal se adscribe al criterio que conceptúa a la pena como esencialmente resocializadora y dirigida a laprevención especial, pues la condenación condicion

Entonces la idea que subyace a este instituto es que las penas privativas de libertad de corta duración carecerían de poder correctivo.

Si la sociedad se encuentra en presencia de un sujeto para el cual basta la reprobación moral y la amenaza del castigo, no debe vacilarse en detener la ejecución de éste y concretarse a las medidas anteriores.

En cambio, si el magistrado encuentra que el delincuente

no ofrece seguridades, si entiende que la sanción moral y el castigo en expectativa no bastan, suspenderlo puede ser perjudicial por el peligro siempre posible de la reincidencia.

.

Queda en evidencia de esta manera que en el texto actual el criterio determinante es la conveniencia o inconveniencia' de la aplicación de la privación de libertad, ya que el legislador ha querido dar un beneficio al hombre que, con carácter ocasional, ha caído en el ámbito del derecho penal.

En el caso concreto J. C. L. es un infractor primario, que durante toda su trayectoria como empleado y funcionario municipal no ha incurrido en hechos contrarios a la ley, circunstancias que no explican cuál ha sido la razón de estas conductas que se presentan como aisladas, más allá de la gravedad que las mismas contienen, conforme lo he señalado ut supra.

Tengo en cuenta además que la pena de inhabilitación impuesta tiene una función especial positiva dirigida a evitar la reiteración delictiva que complementa la pena de prisión de tal forma, que ambas -la pena de prisión en suspenso sujeta a una condición resolutoria con más la pena de inhabilitación- resultan ser suficientes a la hora de sostener qué abarcan de manera equilibrada los diferentes objetivos que contiene una sanción penal.

Según mi criterio, el equilibrio existirá en la medida que de la pena impuesta no se desprenda que ha prevalecido el sentido de la prevención general por sobre el sentido constitucional que tiene relación con la necesidad o no, de acudir al encierro como método de resocialización.

Por todo lo expuesto, conforme hemos acordado en la deliberación corresponde reducir a tres años la pena de prisión, que deberá ser dejada en suspenso y mantener en seis años la pena de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos. Deberán imponerse al imputado las siguientes reglas de conductas: no cometer nuevo delito, fijar domicilio -debiendo comunicar cualquier cambio que realice- y someterse al control de la "Agencia de Supervisión" de la Oficina Judicial Penal, a la que deberá concurrir en forma trimestral, durante el plazo de tres años de la pena de prisión, (art, 26 y 27 bis

del Código Penal).

Respecto de los honorarios del Dr. D. S. en un treinta y cinco por ciento (35%) de los fijados en el Punto II) de la sentencia de primera instancia. Ese es mi voto.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1) Inicialmente la Defensa en su escrito de impugnación afirma que el Magistrado del juicio ha violado las reglas de la sana critica racional en la valoración de la prueba, omitiendo indebidamente la aplicación del *in dubio pro reo.* Cuestiona, asimismo, la calificación legal, indicando que ha forzado en extremo los hechos para amoldarlos a la figura penal aplicada. Por último, dirige su queja al monto de la pena impuesta, considerando que la aplicación resulta excesiva.

2) En punto a la primera critica, sostiene el recurrente que los hechos no fueron como los describe el fallo. Cabe aclarar que si bien el letrado, en el juicio, señaló algunas diferencias entre la descripción contenida en la acusación y el alegato final en el debate (identidad del número de documento de los cedentes y lugar de la entrega del dinero de parte de R. a L., no ha reiterado tal planteamiento en esta instancia por lo que nada cabe señalar al respecto.

Entrando al análisis del recurso puedo liminarmente decir que si bien la defensa propone una lectura diferente de los hechos, en el desarrollo dé la crítica no arrima ninguna razón de peso que permita de soir los argumentos tenidos en cuenta por el Juez para arribar a la condena.

El razonamiento anterior podría tildarse de decisionista si acaso pretendiera erigirse en fundamento suficiente para dar por concluido el asunto. Es claro que resulta necesario dar razones y eso es lo que intentaré hacer seguidamente.

No obstante, esta introducción se vincula con el primer cuestionamiento que hace el recurrente, ya que el Juez del caso siguió un. procedimiento similar al redactar la sentencia, esto es, anticipar-que inclinarla la balanza a favor de la hipótesis fiscal para, luego, avanzar a través del análisis del material probatorio producido en el juicio.

Nada de censurable tiene adelantar la conclusión y fundarla después. El sesgo acusatorio de nuestro actual procedimiento penal requiere que el juez no esté implicado en

la investigación de los hechos y dicha circunstancia tiene, justamente, el sentido de que adquiera su conocimiento del caso a través de la actividad dialógica y controversia de las partes en el juicio. Entiendo que así ha construido, el sentenciante su razonamiento en el caso.

La solidez o consistencia de los fundamentos -que habrán de analizarse- es lo que permitirá saber si la conclusión se basa en prejuicios, como sugiere el recurrente o si, por el contrario, es el resultado de una ponderación correcta de la prueba.

3) No habré de seguir estrictamente el orden en que han sido planteados los agravios. Es sabido que los fundamentos fácticos están muy vinculados a las conclusiones jurídicas y, por ende, analizarlos por separado podría producir innecesarias reiteraciones.

El Defensor ha dicho que el análisis probatorio fue parcializado y que la decisión fue tomada en base a la íntima convicción del Magistrado, en lugar de hacerse a partir de la aplicación de las pautas de la sana critica racional. Dijo, además, que no tuvo en cuenta los dichos del imputado.

Discrepo con el impugnante en cuanto sostiene que el Juez decidió según su íntima convicción, limitándose a transcribir los testimonios sin valorarlos. Las citas textuales de un testimonio en la sentencia, parciales por lo general, tienen el sentido de explicitar la fuente del convencimiento, extremo contrario - justamente— a la pretensión de quien mantiene en su fuero intimo el origen de las inferencias.

Asi, ha ponderado como verosímiles los dichos de los damnificados y tenido por ciertas las coincidentes declaraciones de los funcionarios y empleados municipales, analizando su coherencia, la ausencia de contradicciones y el anclaje de los relatos pon prueba objetiva, tal por caso los documentos acompañados. Tampoco ha dejado de lado arbitrariamente los dichos del acusado. Los valoró y los descartó por insinceros, en tanto fueron desvirtuados en lo sustancial por los elementos de convicción que arrimó la Fiscalía.

He accedido a los audios completos de la audiencia de

juicio y considero, como el Juez, que no sólo han resultado verosímiles los testimonios de las víctimas sino, también, aquellos brindados por los funcionarios municipales que depusieron en el caso.

Y a pesar de cierto recelo planteado por el Defensor acerca de algunas actitudes de los denunciantes -que se abordará-, no se ha dado un solo argumento que permita dudar de la veracidad de esos relatos.

En cuanto a los dichos de los damnificados B., B. y R., entiendo que las declaraciones han fluido espontáneas y creíbles. Más allá de la coherencia interna que exhiben, todas sus afirmaciones han podido ser corroboradas por los dichos de los demás testigos -sobre cuya objetividad no ha pesado sospecha alguna- y por la prueba documental arrimada al proceso.

4.) Sostuvo el Defensor que no se valoró porqué los testigos B. y B. no quisieron conciliar y solo se limitaron a requerir una abultada suma de dinero. Señaló que tampoco se preguntó el Juez porqué la denuncia se hizo dos años después de ocurridos los hechos.

Entiendo que nada agrega ni quita al cuadro probatorio del caso la existencia de las referidas pretensiones resarcitorias de las víctimas. Ninguna entidad pueden tener para modificar hechos consumados pues aunque el acusado hubiera accedido a abonarlas, no podrían tomarse como un desistimiento activo respecto del delito que se le atribuye.

Considero, a su vez, que la demora en realizar la denuncia -mencionada con suspicacia pero sin arrimar prueba que permita suponer un móvil espurio- aparece como el resultado del peregrinar de las víctimas cuando, una vez alertadas del engaño, comienzan a investigar y a reclamar. De las propias actuaciones administrativas surge que existieron reclamos y que hasta hubo una reunión con el secretario de obras públicas del Municipio. La testigo narró el "mal momento" que pasó en ese encuentro pues le dijeron que si seguía investigando podía perder el terreno, lo que da cuenta de la asimetría de poder sufrida en ese contexto.

5)El cuestionamiento que realiza el impugnante sobre los hechos no hace eje en su negación sino, básicamente, en tratar de demostrar que existe una lectura diferente y posible de los mismos, como se dijera más arriba. Esto lo lleva a decir que el Magistrado omitió indebidamente aplicar el principio beneficiante de la duda en el caso.

Señala el letrado que el imputado sólo quiso ayudar a los damnificados, que jamás les dijo a B. y B. que el dinero requerido era para gastos de mensura sino que siempre sostuvo'' qué era para un anterior ocupante del terreno, A. C..

Que en los dos casos investigados las supuestas víctimas sabían que el dinero no era para el Fisco, Que no existió perjuicio patrimonial pues los pagos les reportaron un "beneficio de posicionamiento" para la obtención de los lotes y que hasta accedieron a créditos del IPV, que era lo que pretendían. Afirma que su defendido cumplió un rol de mero intermediario en una cesión de derechos entre los denunciantes y los anteriores adjudicatarios de la tierra fiscal.

Sin embargo, esto es así sólo en apariencia, pues en el caso logró acreditarse que las personas en cuya representación dijo actuar L. jamás fueron adjudicatarios de los lotes en cuestión, ni ejercieron derecho alguno sobre los mismos. Sencillamente se probó que se trataba de personas inexistentes: los nombres y números de documento fueron inventados y utilizados para consumar el engaño.

Dijo el impugnante que el hecho, de no haber sido identificadas estas personas no es suficiente y que no se evacuaron todas las posibilidades de encontrar a los individuos mencionados por su cliente.

Sin embargo, considero que es correcto asumir -como lo hizo el Sentenciante- que resulta suficiente como para descartar la versión del acusado el relevamiento realizado en los datos del Padrón Electoral, apuntalado por los dichos de los funcionarios de la Brigada de Investigaciones de la Policía local, J. A. R. y A. E. C.. En sus relatos e informes {evidencias F y D,

respectivamente ambos dieron cuenta de las gestiones realizadas, así como que no lograron ubicar a las personaste A. C. y R. G., pues algunos homónimos encontrados fueron descartados ya que se trataba de personas que no reunían las características de las buscadas.

También resulta de relevancia en este aspecto el aporte de los funcionarios y empleados municipales que depusieron en autos, coincidentes todos ellos al señalar que no existe constancia alguna en el Municipio que demuestre que los nombrados C. y G. hayan sido adjudicatarios de los lotes. Debe tenerse en cuenta, además, que se, trapaza de parcelas que recién se estaban entregando y que los damnificados pudieron confirmar que nunca antes habían sido ocupadas esas tierras.

Asi, quedó demostrado que en uno y en otro caso el acusado invocó similares justificaciones para requerir dinero. Tanto a B. como a R., con diferencia de unos meses, les dijo que podían acceder a un lote fiscal porque sus adjudicatarios -A.- C. en el primer caso y R. G en el otro-"debían ausentarse de la zona y querían ceder sus derechos sobre la tierra. Sabedor de que las personas no suelen conocer con precisión las normas y procedimientos legales, les manifestó que los adjudicatarios pretendían obtener dinero a cambio de la cesión y esto fue tenido por cierto, legal y hasta legitimo por los damnificados. En el caso de la Sra. B., por ej., dijo que le pareció bien, porque pensó que, si se trataba de una persona de escasos recursos económicos, como ellos, era justo pagarle.

6) Ha sido, además, correctamente valorada en el fallo la circunstancia de que el acusado ocupara una posición relevante en, el elenco de funcionarios municipales del sector de Tierras Fiscales. Por un lado, pues dotaba de mayor credibilidad (si cabe) al requerimiento, pero, por otro, porque como Director del área no sólo conocía la reglamentación aplicable, sino que manejaba el concreto funcionamiento del sistema de

adjudicación de lotes.

Sabía perfectamente, pues, el acusado cuál era el legítimo modo de "ayudar" a las personas para que accedieran al derecho de obtener una parcela, siendo por ende implausible la hipótesis- propuesta por la Defensa.

7) El Defensor dijo que el Juez, al afirmar que L. no estaba legalmente habilitado para recibir dinero, omitió considerar que fue la Escribana M. quien declaró que en algún momento se cobraban las mensuras en la propia oficina de Tierras.

Sin embargo, los dichos de la citada testigo al respecto refuerzan la posición contraria y han sido valorados acertadamente en la sentencia. M. dijo en el juicio que en cierta ocasión "antes de que ocurrieran estas cosas"- los empleados del sector habían comenzado a efectuar cobros correspondientes a gastos de mensuras, fue terminante al señalar que cuando ella se enteró dio inmediatamente la orden de suspender dicha modalidad.

Detalló la testigo que un día llegó de vacaciones y vio que "le estaban haciendo un recibito a una persona por el pago de una mensura" y que si bien vio que se trataba de algo que se hacía de buena voluntad, inmediatamente dijo "cómo van a recibir dinero aquí ...no se puede manejar una cuestión de dinero aquí".

Al concluir su relato sobre el episodio la Escribana indicó que "fue una cuestión como si dijera, uno pagó 100 pesos, el otros 200 pesos", dejando en claro que se trató de una única oportunidad y de sumas mucho menores a las involucradas en este caso.

8} Sostuvo el Dr. S. que para merituar la conducta de su defendido no se analizó debidamente la existencia de un verdadero caos administrativo en el ámbito municipal. Dijo que el Magistrado descartó que fueran tres o más los modos de adjudicar tierras fiscales y que no era imprescindible- estar inscripto pues- en ocasiones se adjudicaba la tierra a otros ciudadanos que indicaba el Intendente. Finalmente, que, si bien podía ser una situación irregular ceder tierras sin mejoras, ello solía hacerse en la Municipalidad.

Las explicaciones dadas por el esforzado Defensor acerca de cierto caos administrativo reinante en el Municipio o de irregularidades que en ocasiones se cometían, a lo sumo agrega datos periféricos de contextualización, pero en modo alguno permiten contradecir el claro sentido de los hechos atribuidos.

Ciertamente el desorden y la falta de transparencia en los mecanismos de adjudicación de la tierra pudieron favorecer el manejo discrecional de los listados. Es claro que el "posicionamiento" de los solicitantes podía manipularse. Prueba de ello son los casos que nos ocupan. Pero esto nada dice en favor de la situación del acusado frente al caso, sino todo lo contrario.

Fue clara la Escribana cuando dijo que en ocasiones las personas llegaban al Municipio habiendo previamente acordado cesiones, permutas o ventas, pero que ella siempre aconsejaba que fueran a una escribanía o que contrataran privadamente, por lo que los acuerdos siempre se hacían afuera.

9) En cuanto al encuadramiento jurídico sostuvo el Defensor que el acusado actuó sin voluntad de estafar, que nunca estuve en su ánimo perjudicar a estas personas, agregando que la conducta no configuró el ardid o engaño que exige la figura. En relación a este último extremo -uno de los requisitos básicos de la figura legal- indicó que el Juez confundió el ardid o engaño con el beneficio que lograron las supuestas víctimas.

Entiendo en cambio, como lo señala el Juez, que L. desplegó una conducta tendiente a que las victimas creyeran una falsedad y que, en base a ese error, produjeran una disposición patrimonial perjudicial.

Partiendo de considerar acreditado que en ambos casos los supuestos precedentes no existían, resulta claro que tanto el relato de L. a los damnificados como la documentación con la que pretendiera reforzarlo demuestra que no fue una cesión prohibida sino una cesión simulada.

Ninguna relevancia tiene, entonces, ni el desorden

administrativo ni las irregularidades que a veces podían cometerse al respecto.

Resulta acertada,pues, la conclusión de tener por configurado el ardid que exige la figura de estafa. La actividad desplegada, en ambos supuestos, resulta de entidad suficiente como para inducir a error a las víctimas, quienes se condujeron en la ocasión del modo en que de ordinario se manejan las personasen la celebración de este tipo de operaciones.

La idoneidad del engaño viene dada, también, por haber sido tres las personas embaucadas B. y B. en un caso, R. en otro- con el ilegal requerimiento de pago, lo cual da la pauta de que se trató de una *mise en escéne* que, considerando la posición funcional del acusado, generó confianza por su verosimilitud.

10) El recurrente señala que el hecho de no haber sido identificada una persona no implica que haya habido ardid, ya qué no se evacuaron todas las posibilidades de encontrar a los individuos mencionados por su cliente. Por ende, sostiene, debió aplicarse el principio beneficiante de la duda. Discrepo con el recurrente también en este punto. La noción de certeza absoluta -inalcanzable- ha cedido terreno al concepto de "certeza más allá de toda duda razonable", criterio más realista en términos epistemológicos, que exige la configuración de dudas serias, concretas y relevantes para que cobre operatividad aquel principio. Es una noción que no se satisface con la mera invocación de dudas hipotéticas, conjeturas o cabos sueltos, pues ante tal situación corresponde asumir jurisdiccionalmente la hipótesis fiscal acreditada como se ha hecho en el caso.

11) El Defensor sostuvo que no habla mediado perjuicio en el patrimonio municipal. Sin embargo, es sabido que esto último no configura un requisito del tipo legal atribuido; si asi hubiera ocurrido otra hubiese sido la calificación legal. Entiendo que no cabe profundizar en la cuestión, asi como tampoco entrar en el análisis de otros posibles encuadramientos jurídicos, en virtud del marco de competencia atribuido al Tribunal por

la impugnación deducida.

12) Dijo también el letrado que no existió perjuicio patrimonial en el caso, pues tanto la pareja B.B. como R. querían acceder a un terreno fiscal y lo lograron. Indica que los primeros, incluso, no accedieron a una conciliación por pretender una indemnización mayor.

Sin embargo, es claro que el perjuicio quedó configurado con el pago a L. de sumas que no reconocían justificación legal alguna. R. acreditó haber pagado nuevamente la suma de Siete mil seiscientos cuarenta y nueve pesos con noventa centavos ($ 7.649,90) al Municipio, además de los Ocho mil pesos ($ 8.000) entregados al imputado, con más los Mil doscientos pesos ($ 1.200) en concepto de mensura. Lo mismo ocurre con los damnificados B. y B., quienes debieron asumir el costo de capital más intereses de un crédito bancario y, hasta hoy -a pesar de lo pagado a L.- no han podido abonar legalmente porque el Legajo fue remitido a esta Sede.

Por lo expuesto, considero adecuado el encuadramiento legal de la conducta atribuida, que fuera tipificada, como delito de estafa -dos hechos en concurso real- previsto y reprimido por el art. 172 del Código Penal debiendo, por ende, confirmarse el resolutorio impugnado en punto a la responsabilidad penal del acusado en ambos sucesos.

13) Antes de abordar la cuestión de la pena considero útil hacer una salvedad, vinculada al principio de la carga de la -prueba en el proceso penal. Ello por cuanto el Magistrado sostuvo en la sentencia que en el sistema de procedimiento de Chubut adversarial y de corte acusatorio- quien realiza una postulación positiva debe acreditarla, señalando que se trata de una exigencia dirigida a todos los litigantes en general, cualquiera sea su rol en el proceso.

Sin embargo entiendo que esto no es así Nuestro esquema constitucional consagra el principio de inocencia en materia penal, por ende no podría legítimamente regir -ni en éste ni en ningún otro código procesal penal del país- un sistema de carga dinámica de la prueba como en el proceso civil.

El principio de igualdad procesal o "igualdad de armas" citado no se refiere a cargas probatorias sino, podría

decirse, al contrarío pues consagra una igualdad formal que ha sido predispuesta -justamente- para garantizar los derechos y facultades de las partes en el proceso y allanar todo obstáculo derivado de la desigualdad o debilidad en que pueda encontrarse en cualquiera de ellas (obviamente se refiere a las partes en sentido *sustancial).* Por ende, no podría invocarse este principio para restringir, limitar derechos o, menos aún, deducir del mismo alguna consecuencia gravosa para el acusado.

Es sabido que una de las derivaciones sustanciales del principio de inocencia es, justamente, el denominado onus *probandi,* del cual se desprende que imputado nada debe probar puesto que no es él quien debe construir ese estado que lo ampara. Esto significa que le basta con presentar una versión plausible respecto de cualquiera de los requisitos típicos del delito solo plausible, y si la acusación no logra refutarla, debe prevalecer su posición en virtud del principio de la duda, obviamente acotado a la noción de *"duda razonable"* como se dijo.

La regla de la carga probatoria en materia penal no se ha modificado un ápice a partir de la adopción del nuevo Código, ya que tanto el sesgo acusatorio -como modalidad de investigación y de adquisición de prueba- como la litigación adversarial son reglas de juicio establecidas para asegurar la imparcialidad del juzgador en la obtención de la verdad.

Insisto, y sin que ello implique merma alguna de la garantía a la tutela judicial efectiva de la víctima, ninguna carga probatoria corresponde -ni cabe atribuir- al imputado en un proceso penal. Más allá de las amplias facultades en materia de prueba que tienen las partes, es la acusadora la que debe acreditar todos *y cada uno* de los extremos de la imputación para que pueda aplicarse una pena.

La condena en el caso ha sido resultado, de la "abundante y contundente prueba de cargo que la Fiscalía ventiló en este debate", para decirlo en los términos empleados por el Juez. No podría, en cambio, ser consecuencia de ningún déficit o incumplimiento probatorio de la Defensa, más allá del sentido -positivo o negativo- de su posición frente al caso.

14) En cuanto a la individualización punitiva, el

impugnante dijo que el Magistrado realizó una errónea valoración de las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal. Solicitó que, para el improbable caso de que se confirme el fallo de condena, se aplique el mínimo legal J., de la pena, a cumplir en las condiciones previstas por el art. 26 CP.

La Fiscalía requirió una pena de Cuatro años de prisión y Seis de Inhabilitación para ejercer cargos públicos (art. 20 bis CP). Para dicha solicitud tuvo en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas, los medios empleados para cometer los ilícitos, la ausencia de necesidad económica en el acusado, la función pública que desempeñaba y la no reparación del daño a las victimas. Como atenuante valoró la falta de antecedentes penales del imputado.

En el fallo el Magistrado admitió como agravantes la ausencia de necesidad para delinquir, el abuso en la posición de un cargo público y la vulnerabilidad de las víctimas. Consideró agravantes también la elección y despliegue de los medios utilizados y la extensión del daño causado, aludiendo al perjuicio patrimonial sufrido por personas de escasos recursos. Como el Fiscal, valoró una única atenuante, la falta

de antecedentes penales condenatorios de L.
Es llamativo comprobar como el Fiscal, quien dijo que preferiría, del término medio de la escala, computando numerosas circunstancias calificantes y un solo atenuánte, fijó el monto solicitado en Cuatro años de prisión. Y el Juez, partiendo del mínimo de la escala penal, valorando similares agravantes y un único minorante, llegó al mismo monto de pena que la Fiscalía. Esto da la pauta del amplio margen de discreción que reina en el tema y, por ende, de la necesidad de ser extremadamente restrictivos a la hora de individualizar una pena.
Cabe en principio, señalar que la escala penal en este caso concreto tiene un mínimo de un mes y un máximo de cuatro años de prisión, límite este último dado por el pedido fiscal de pena (según el criterio sentado en el caso "Amodio" por la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

El impugnante ha requerido a este Tribunal la disminución de la sanción impuesta, dejando planteada la posibilidad de su ejecución condicional, como autoriza el art. 26 del Código Penal, por lo que resulta imperativo expedirse al respecto.

Reiteradamente he sostenido que la función limitadora del derecho penal aconseja una interpretación restrictiva de la habilitación de poder punitivo, que ubica al intérprete en los márgenes' menores de la escala penal para, a partir de allí, ponderar los parámetros mensurativos que enumera la ley. Este criterio, reitero, ha sido sostenido por el juez Criado en su sentencia.

Partiendo de esa pauta hermenéutica, es preciso analizar si realmente se han acreditado circunstancias tan gravosas en los hechos que obliguen a apartarse sustancialmente de ese limíte inferior. Así, si bien no encuentro incorrecto el sentido dado por el Juez a los agravantes enunciados más arriba, considero- que aún dimensionándolos con todo rigor no tienen entidad suficiente, en cantidad y calidad, como para trasponer la barrera de los tres años de prisión, punto de inflexión en la escala según las mandas del art. 26 CP.

No se invocaron en el caso -menos aún acreditaron- extremos que permitan sostener la necesidad o conveniencia del cumplimiento efectivo de la pena de prisión. Digo esto pues la

modalidad de cumplimiento de la pena no fue debatida, pese a que estamos en presencia de una escala penal que admite la condicionalidad de la ejecución.

Es sabido que el paradigma de que sólo la ejecución condicional debe fundarse, cual, si fuera una excepción al encierro, ha sido modificado por el señero fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso "Squilario". Hoy no caben dudas acerca de que la opción inversa, es decir, la que desecha su utilización en un caso donde podría ser aplicada, también requiere de una concreta y expresa fundamentación.

De acuerdo a nuestro marco constitucional el castigo no puede prescindir de su sentido de prevención, es

decir, no puede ser pura retribución. Así surge de modo. expreso del art. 18 de la Constitución Nacional y, en idéntica dirección, de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), en cuanto enseñan que el encierro efectivo debe aplicarse sólo cuando una medida alternativa a la prisión no sea posible.

En el mencionado fallo la Corte ha dicho que "... el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios y ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas' de hasta, tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional".

Si partimos de una pena mínima de Un mes de prisión como respuesta posible y consideramos que el acusado es un hombre de más de sesenta años que no tiene antecedentes penales, poco margen queda -a partir de los agravantes valorados- para fundar sólidamente la necesidad de aplicar, una pena de encierro efectivo. Al contrario, considero que hacerlo afectaría el principio de proporcionalidad en la respuesta punitiva ya que se trata de una primera condena.

No encuentro razones suficientes para descartar la condicionalidad y su función de *advertencia* a partir de reglas de conducta; pues no- ‘cabe olvidar que las penas de corta duración tienen comprobados efectos negativos, tanto físicos como psíquicos, que no alcanzan a contrarrestarse por aquellos llamados resocializadores.

El acusado no es un individuo que aparezca como necesitado de resocialización y, considerando su edad y su larga trayectoria, los episodios del caso parecen más bien llamativas excepciones en su conducta de vida.

Por ello entiendo adecuado formular un pronóstico favorable, dejando en suspenso la ejecución de la pena de prisión. Tal decisión respondería a las cuatro razones posibles que señalaba De la Rúa como criterios a considerar: a) peligro de encierro breve (razón tradicional); b) mínima suficiencia (si la advertencia basta, no es necesario el encierro); c) razón práctica de descongestionar las cárceles; d) la introducción de amplias condiciones compromisorias por el art. 27 bis (ley 24.316) como medidas de prevención especial (DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino, De palma, 1997, pág, 382).

Comparto, pues, la necesidad de reducir la pena impuesta y fijarla en Tres años de prisión en suspenso, debiendo mantenerse la inhabilitación aplicada en tanto no ha sido motivo de agravio ni aparece como irrazonable en el caso.

Corresponde, asimismo, imponer al acusado en esta instancia -nada justificaría un reenvío para decidirlo-, por el término de tres años, las siguientes condiciones: fijar domicilio debiendo comunicar cualquier cambio que realice; no cometer nuevos delitos; someterse al control de la Agencia de Supervisión de la OJ Esquel, a la que deberá concurrir en forma trimestral por el mismo plazo que el de la condena. Todo ello bajo apercibimiento de lo dispuesto en el último párrafo del art.- 27 bis del Código Penal.

16) Adhiero al voto de la Magistrada que guía el acuerdo en lo atinente a costas y honorarios profesionales en esta etapa del proceso. Así voto.

La Jueza Nelly N. García dijo:

El Defensor como primer agravio, sostiene que el Juez valoró erróneamente la prueba. Y se queja que inicia la sentencia afirmando que adhiere al caso de la Fiscalía, y de ello deduce que condiciona su visión de los hechos.

Para responder a este agravio, tengo en cuenta que el magistrado durante el desarrollo del debate, presta especial atención a los tópicos relevantes para decidir,

que le resaltaron las partes al presentar sus casos.

Una vez que termina el debate con los alegatos, si es un tribunal colegiado, los jueces deliberan. entre ellos, y si es un tribunal unipersonal, el juez también lo hace, pero es un proceso intelectivo, de conocimiento de la información que entró con la prueba, y valorativo al confrontar los hechos con las normas aplicables y finalmente toma una decisión.

Recién cuando tiene resuelta la solución del caso, pasa a escribir para fundar su sentencia, por lo que no tiene ninguna incidencia, que diga al principio o al final del considerando, que entiende probada la materialidad infraccionaría y la responsabilidad plena de L.

Tampoco se deduce de esa forma de expresión., que haya decidido por íntima convicción y que después trate de justificar la decisión.

En otro tramo del escrito recursivo, el Defensor refiere que el caos administrativo en la adjudicación de tierras fue la causa de los hechos que se le imputan como delito.

No surgió de la prueba que se trate de un error. El problema no fue la cesión de tierras sin mejoras. El problema es una cesión simulada para que los damnificados entreguen una suma de dinero que no correspondía, situación ajena a cualquier desprolijidad administrativa.

La Defensa también alega que el pago de derechos de cesión no les causó perjuicio patrimonial, sino que los benefició para posicionarlos para la obtención del preciado lote fiscal, que A. E. R. no denunció y no se explica porque B. y B. denunciaron dos años después.

Considero que las víctimas sufrieron un perjuicio patrimonial, ya que en el caso del Sr. Ángel E. R. tuvo que pagar dos veces, primero le pagó a L. $8.000 por cesión que no correspondía y días después $1.200 por mensura, que no se cobraba, y con posterioridad la Municipalidad le cobró por la adjudicación. del terreno, la suma de $7.600.

En el caso de B. y B. le pagaron a L. $7.000 por una cesión que no correspondía.

Está probado el perjuicio con los recibos agregados al legajo, que corroboran lo dicho por los testigos B., B., R. y D..

Las victimas B. y B. hicieron el reclamo al Municipio, que originó una investigación administrativa y como resultado de la misma la Dra. L. D. a cargo de la Asesoría Letrada, remitió copia al Ministerio Público Fiscal, denunciando los hechos, por eso la apertura de la investigación se hizo el 6 de julio de 2016.

El Dr. S. refirió que el error en los números de los documentos de C. y G. no permitió ubicar lo que genera una duda sobre la existencia de estas personas.

Efectivamente el Fiscal en su alegato, refirió que hablan dos errores en la acusación que tenía que corregir, primero que el número del documento de C. y G. no era el misino, sino que repetían los mismos guarismos en orden distintos y que R. le pagó a L. en el domicilio de su madre la Sra. T. en el Barrio D. B. y no en el B. B.

El magistrado consideró que el error material en los números del documento de identidad de A. C. y de R. G. fue corregido cuando se exhibieron los documentos de la carpeta administrativa, que se trata de una circunstancia secundaria y sin relevancia, ya que se probó que A. C. y R. G., no existen.

Comparto la conclusión del Dr. Criado por cuanto se probó con los datos del Padrón Electoral y los informes de la Brigada de Investigaciones a través del testimonio de A. E. C., que A. C. y R. G. no fueron ubicados y se descartaron los homónimos encontrados.

Al mismo resultado llegaron la Asesoría Municipal y las víctima B. y N. M. B., que también se ocuparon de ubicación

A todo esto, agrego que es otro indicio de inexistencia de estas personas, el hecho de que en lo Registros de la Municipalidad no existan datos y que

aparezcan como adjudicatarios de algún lote, que explique la necesidad de hacer una cesión de derechos.

Al finalizar el debate el imputado dijo que en los catorce años que trabajó en el área de tierras fiscales de la municipalidad nunca quiso perjudicar a la gente que viene de una familia humilde del Barrio Ceferino y que el dinero lo recibió y se lo entregó a C. y G.

Esta declaración no aporta nada para probar la identidad y existencia de estas personas ni que el dinero fue efectivamente remitido.

Considero que la prueba es abundante y que fue correctamente valorada y no queda margen para la duda.

Como segundo agravio, el Defensor se queja que la calificación legal, no corresponde, que no se probó el dolo, que la intención de L. no era perjudicar a estas personas sino ayudarles a que obtengan un terreno fiscal, ocupando el lugar de un tercero adjudicado. Que el engaño o ardid no era idóneo ya que la familia B. B. tiene., el mismo, nivel intelectual que L. Y que R. no denunció; porque entendía que no lo habían perjudicado.

Considero que el matrimonio B. - B., y que A. R. obtuvieron la adjudicación de un lote en el barrio B. II, que los benefició para lograr el sueño de acceder a la vivienda propia. Sin embargo, quedó claro que la cesión de derechos realizada no correspondía, ya que nadie puede ceder derechos que nunca tuvo, ni vender mejoras que no hizo, y lo más grave es que no se puede contratar con personas inexistentes.

L. desde su cargo de Director -de Tierras; y con la experiencia de trabajar en el área desde hace muchos años, primero como empleado y después como Jefe, les informó a las víctimas que habían dos lotes con adjudicatarios que teman interés en cederlos, que había que hacer un contrato de cesión, que tenían que pagar una

suma de dinero y a A. R. además le cobró una mensura.

El ardid "es entendido como el empleo o utilización de medios artificiosos para • deformar la realidad,sea simulando aquello que no existe u ocultando lo que existe" (Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal, parte especial", segunda edición actualizada, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, tomo II-B, página 341).

En estos casos, armar una cesión simulada, fue el ardid o engaño desplegado, determinante para que las victimas paguen lo indebido y de esta forma sufrieron un perjuicio económico concreto.

En ese momento rio- estaban en condiciones de advertir irregularidades, se dieron cuenta que los hablan engañado cuándo B. y B., se. enteraron que sus vecinos no habían pagado nada. Y A. R. cuando el Municipio lo citó para cobrarle la adjudicación del terreno.

El imputado en sede administrativa dijo que su finalidad era ayudarlos a conseguir un terreno y en esto insiste el Defensor como falta de dolo, que no lo hizo con el fin de engañar y de obtener un beneficio indebido.

Al respecto tengo en cuenta, que D. C. B. dijo que el pagó de los $7.000 se lo hicieron en la oficina municipal en horario de tarde. Y A. R. dijo que le pagaron en la casa de su madre la Sra. A. T. en el Barrio Don Sosco, lo que fue planeado para evitar la presencia de otros empleados o funcionarios municipales.

Y también en forma adrede, no dejó constancia de otros datos de los cedentes, como por ejemplo nombre de los padres, estado civil, el nombre de la pareja, existencia de hijos, en que trabaja, domicilio real, todos relevantes para acceder a una vivienda social y que hubieran facilitado la identificación de C. y G.

Entonces estoy en condiciones de afirmar que no fue un simple error ni una mentira inocua, ya que por su rol de funcionario público, con competencia para realizar el acto administrativo, tenía el deber de informar con veracidad sobre las condiciones esenciales del contrato de cesión.

El dolo es conocimiento y voluntad, L. conoce el procedimiento legal y la práctica del manejo de las tierras fiscales del Municipio, y lo hizo con plena voluntad, sin coacciones indebidas.

La asiste razón al Defensor que no se hizo una pericia Caligráfica que pruebe la falsificación de las firmas de G. y G., en los recibos agregados a los legajos de B. y R. Al respecto el Fiscal aclaró que no se hicieron porque no existen firmas indubitadas de estas personas.

Por ello, probada la inexistencia de estas personas físicas por otros medios, no hace falta probar la falsificación de firma en el recibo, ya que el acto completo fue simulado con apariencias de real.

En consecuencia, considero que las conductas reprochadas a L. encuadran en la figura de la estafa genérica, prevista en el art. 172 del C. Penal, que la falsificación de documento privado -recibos- fue parte del ardid, que podría encuadrar como concurso ideal.

En el caso se han probado todos los elementos objetivos y subjetivos de la figura y entiendo que el Ministerio Público Fiscal escogió la calificación jurídica más leve, descartó otras también posibles, pero más graves.

En tercer lugar, el Dr. S. cuestiona el monto de la pena por excesiva.

Alega que no corresponde valorar como agravante la condición de funcionario público, y por esa misma condición, aplicarle la pena de inhabilitación.

Afirma que no se cumple con el principio de racionalidad y razonabilidad, y que al fijar el monto no se contempló, la falta de antecedentes.

El magistrado ponderó como agravantes la calidad de responsable del área de tierras municipales, porque abusó de su posición de Director, donde tenía poder de decisión, se aprovechó de víctimas de los sectores más vulnerables, la elección y despliegue de medios utilizados para el hecho, la más acabada maquinación, al diagrama crear personas falsas, fraguar documentación de la carpeta administrativa y darle un

marco de aparente legalidad, la extensión del daño causado a personas de escasos recursos, el motivo de procurarse un beneficio económico ilegal, la reiteración delictiva dos hechos. Y como única atenuante, valoró la falta de antecedentes penales.

En primer lugar, advierto que el Dr. Criado cuestiona el método propuesto por el Sr. Fiscal, que parte del medio de la escala, seis años en este caso y solicita una pena de cuatro.

años de prisión, en atención a los agravantes y a la atenuante de no tener antecedentes, ya que, por el peso de los agravantes, la pena debería ser superior a los seis años.

Sin embargo, el magistrado, no da razones que expliquen cómo hace para ilegal al mismo monto, partiendo de un mínimo cada mes, queda como una contradicción lógica no resuelta en la sentencia.

Comparto que son agravantes que deben ponderarse, el aprovechamiento de víctimas muy vulnerables por su condición social y con la imperiosa necesidad de acceder a una vivienda, que su condición de Director de Tierras le facilitó la maniobra, la reiteración, dos hechos en pocos meses, el motivo para delinquir, procurarse un provecho injusto. Y la extensión del daño, el requerimiento de $7,000 en un caso y $9.200 en el Otro; era una cifra menor en el año 2013, y fue una disposición importante con relación al patrimonio de las víctimas.

La calidad de funcionario público, hay que ubicarla en su justo valor, ya que por un lado aumenta el desvalor del injusto, y por el otro al aplicarle la pena de inhabilitación, se tiene en cuenta el abuso en el ejercicio del cargo público, según lo dispuesto por el art, 20 bis del C. Penal. Y los seis años de inhabilitación especial, no es una pena menor.

A mi criterio, no corresponde valorar como agravante porque integra el tipo, el despliegue de los medios utilizados en él ardid, la acabada maquinación, crear personas falsas y fraguar documentación. Es parte del ardid, que debe ser creíble, idóneo para hacer creer como verdadero

lo que es falso y así generar el error en las víctimas.

En cuanto al atenuante de falta de antecedentes, considero que en este caso adquiere mayor valor, por tratarse de una persona que desde que alcanzó la mayoría de edad hasta la fecha, durante cuarenta años no tuvo conflictos con la ley penal, ni sanciones administrativas en su larga trayectoria en
La administración pública.

Considero que los hechos cometidos son graves y reprochables, pero que en la pena debe prevalecer el fin re socializador sobre el principio de retribución por el mal ocasionado, conforme lo dispuesto por el. art. 18, de la Constitución-Nacional, 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCP.

En ese sentido, a los fines de la prevención especial, no se justifica imponer una pena de ejecución efectiva a un primario de sesenta y un años de edad, que nunca delinquió y que cometió un delito sin violencia a las personas.

Considero más que suficiente y razonable la imposición de una pena de tres años de prisión en suspenso y que durante el lapso de tres años, fije residencia y se someta al cuidado de un patronato. (art. 26 y 27 bis C. Penal). Así lo voto.

Confirmo la pena de seis años, de inhabilitación- especial para desempeñar cargos públicos, ya que no fue cuestionada y no resulta abiertamente arbitraria.

En cuanto a los honorarios del Dr. D. S. en su carácter de defensor particular de J. C. L., deberán ser fijados en el 35% de los regulados en primera instancia, en virtud del resultado obtenido. Ese es mi voto.

- Por todo ello la Cámara, en lo Penal, con asiento en la Ciudad de Esquel, por unanimidad,

Por todo ello la Cámara en lo Penal, con asiento en la Ciudad de Esquel, por unanimidad realice- y se someta al control de la "Agencia de Supervisión" de la Oficina Judicial Penal, a la que deberá concurrir en forma trimestral, (art. 26 y 27 bis del Código Penal)

----------RESUELVE----------

1) **Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria** interpuesta contra la sentencia dictada el 27 de abril de 2017, registrada bajo el Nro. 734-2017.

2) **Fijar la pena que corresponde** imponer a J. C. L., cuyos datos personales obran en los presentes actuados, en tres años de prisión en suspenso y seis años de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos como autor penalmente responsable del delito de Estafa dos hechos en concurso real ocurridos en Esquel, el 3 de 6de 2.013 y el 11 de septiembre de 2013, en perjuicio de Á. E. R, D. C. B. y L. A. B. (arts. 45, 55, 172 Y 20 bis del Código Penal)

3) **Fijar como reglas de conductas** a cumplir en el plazo de la pena de prisión, que el imputado no cometa nuevo delito, realice- y se someta al control de la, "Agencia de Supervisión" de la Oficina Judicial Penal, a la que deberá concurrir en forma trimestral. (art. 26 y 27 bis del Código Penal).

4) **Tener presente la reserva del caso federal.**

5)**Regular los honorarios** del Dr. Daniel SANDOVAL, en un treinta y cinco (35%) de los fijados en el punto II) de la sentencia de primera instancia.

6) **vuelva a la OFIJU a sus efectos. (art. 75 CPP).**

Frdo: Dra. Mónica Rodríguez – Dra. Nelly García – Dra. Carina Estefanía. Ante mi María Cecilia Bagnato