En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 27 días del mes de Mayo del año dos mil veinte, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Martín Montenovo, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"A. O. R. P.S.A. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO" (Carpeta 6953 Ofiju Rw – Legajo Mpf Rw 17818)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Particular, Dr. F. G., contra la sentencia dictada en fecha 14/11/19 por el Tribunal colegiado de juicio integrado por los Dres. Marcelo Nieto Di Biase, Mirta Del Valle Moreno y Sergio César Piñeda, registrada bajo el N° 1075/2019.

Mediante la sentencia impugnada el Tribunal declaró a O. A., de demás circunstancias personales obrantes en autos, autor material y responsable del delito de Enriquecimiento Ilícito en carácter de autor (Arts. 268 (2) y 45 del Código Penal), imponiendo en razón de ello la Inhabilitación absoluta y perpetua; Accesorias legales y costas; Prisión de 4 años y seis meses de cumplimiento efectivo; Multa del 100% del valor del enriquecimiento, a determinarse una vez firme el decisorio y Decomiso de los bienes inmuebles señalados como resultantes de la comisión del delito.

De todo ello, **RESULTA:**

Que en la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 12/05/2020 en sede de este Tribunal, intervino el imputado (a través de teleconferencia) y su abogado, Dr. F. G. (de modo presencial); comparecieron por el Ministerio Público Fiscal los Dres. Omar Rodríguez y Alex Williams; Por la Fiscalía Anticorrupción el Dr. Mario B. R. y por la Fiscalía de Estado participó mediante teleconferencia el Dr. M. C.

Durante el desarrollo del acto, cedido en el uso de la palabra por el presidente del tribunal, el defensor de confianza de O. A., Dr. F. G., recordó que oportunamente efectuó su presentación de impugnación en la que explicó los

agravios de la sentencia que dictara el tribunal de juicio concentrados en 5 puntos, a saber: 1-La inconstitucionalidad de la figura del Enriquecimiento ilícito escogida (Art. 268 (2) del Cód Penal; 2-De no prosperar el primer agravio, la inexistencia de requerimiento de justificación del enriquecimiento durante el juicio; 3-La realización del requerimiento por quien no corresponde -autoridad judicial-; 4-Motivación de la sentencia y 5-Sanción impuesta como consecuencia de la valoración de los hechos y de la autoría.

Delineado el contenido de su presentación se adentró en la inconstitucionalidad de la figura, aclarando que la postularía, pese a conocer el criterio de los vocales, para resguardar su intervención profesional en otras etapas procesales.

Previo señalar que su posición encontraba sustento en prestigiosa doctrina y jurisprudencia nacional, efectuó una breve reseña histórica, desde el intento de puesta en vigencia del delito de Enriquecimiento ilícito en el año 1960, frustrado por la intervención de Soler, pasando por la sanción impulsada por Núñez en el año 1964, momento desde el cual el citado tipo permaneció vigente en la legislación nacional, incluso avalado hasta la fecha por dos antecedentes jurisprudenciales de la CSJN que declararon su constitucionalidad, Alsogaray y Rossi, citados de modo recurrente en los procesos penales. En ellos la CSJN ha interpretado que se trata de un delito de comisión, al contrario de la propuesta postulada por el letrado, que invita al encuadre entre los delitos de omisión.

Explicó su posición –que califica el delito como omisivo-, concluyendo en que evidenciaba una inversión de la carga de la prueba que aparejaba el quebrantamiento de principios y garantías que enumeró y explicó conforme registro de audio –vinculándolos, para ejemplificar, a los antecedentes de autos y a otros casos enseñados por D., todo ello magnificado en el sub-exámine, en el que no podía soslayarse la existencia de una acción civil de simulación en trámite, circunstancia que solo fue valorada por un vocal del *a quo*.

En cuanto al segundo agravio, sobre el requerimiento exigido por la figura, lo analizó desde la perspectiva de las tesis omisiva y comisiva, remarcando que no se produjo durante la etapa de juicio como resultaba necesario para avanzar en la acusación; pese a ello a partir de un acta de Aud. De Apertura de investigación solo mencionada, pero nunca incorporada al debate, se lo tuvo por efectuado, llenando así el recaudo de la condición objetiva de punibilidad requerida por la norma, ello enmarcado en la categorización del delito de Enriquecimiento ilícito como tipo omisivo. El acta no fue incorporada por lectura, ni reproducido el audio en el tramo en el que fuera requerido A., por lo que solo pudo conjeturarse que la condición objetiva de punibilidad fue cumplida, impidiendo ello que el proceso pudiese prosperar. Sumó asimismo en su desarrollo, para el caso de considerarse el acta citada como intimación, el cuestionamiento doctrinario existente al requerimiento efectuado por autoridad judicial para cumplir con los recaudos del tipo penal.

Prosiguió con el tercer agravio, la motivación de la sentencia, punto que consideró complejo por contener dos aristas que adelantó, serían escogidas alternativamente como estrategias en beneficio de A.

A) Por una parte A. tiene y justificó el origen de sus bienes, y por otra, si no fue así, ninguno de esos bienes son de su propiedad. Justamente está en curso una acción de simulación debido a que ninguno de esos bienes son de A., sino que pertenecen al acervo sucesorio de la señora S. C. Este punto, señaló el letrado "*… fue planteado con énfasis y seriedad en el alegato final del juicio oral y público, y con prueba que fue traída por el Ministerio Público Fiscal y fue ampliada por esta defensa y no mereció tratamiento por dos miembros del tribunal, concretamente por los dos vocales, la Dra. Moreno y el Dr. Piñeda. Solamente sobre el punto se expidió el Dr. Marcelo Di Biase, y se expidió diciendo que estábamos ante una situación aleatoria que eventualmente podría tener algún efecto futuro. Lo cierto es que ese efecto*

futuro tiene injerencia sobre la situación actual. Comenzaré con la falta de motivación en relación a que A. ha justificado el origen de sus bienes…”

El Ministerio Público Fiscal, recordó el letrado, atribuye a A. haberse enriquecido ilícitamente durante el periodo 2003/2018, mientras se desempeñó en diversos cargos públicos municipales y provinciales, adquiriendo 6 inmuebles –operaciones que describió y explicó detalladamente, contextualizándolas en la situación laboral y personal de su pupilo, donde su pareja C. M. desenvolvió un rol protagónico-

Continuó G. recordando cómo se investigó, incluso interviniendo los teléfonos de la Sra. C. M. y A., corroborando que la nombrada tenía una pluralidad de propiedades; luego se concluyó en que no había elementos para vincular a proceso a M. y se prosiguió únicamente por A. Durante el juicio C. M. explicó justificando suficientemente como había adquirido cada uno de estos bienes en compañía de su marido, solventando en su mayoría de su peculio el precio mediante fondos obtenidos de su actividad comercial y de la venta de otros bienes (detallo bienes vendidos, plazos fijos de su propiedad y produjo prueba). Remató afirmando la nombrada, que por una cuestión comercial interpretó que era mejor que ponerlos a nombre propio, ponerlos a nombre de su pareja.

Hay un bien comprado en el año 2010 y los 5 restantes fueron adquiridos de forma conjunta en el año 2014, en el marco de una operación efectuada de contado e instrumentada mediante escritura pública, que al decir de C. M., resolvió concretar en razón de la conveniencia que la orientaba, dado el beneficio del bajo precio fijado por la vendedora por la relación de amistad que las vinculaba.

En cuanto al informe contable producido en juicio que evidenciaba la incapacidad patrimonial de la pareja A.-M. para adquirir los bienes en tela de juicio, el Dr. G. propuso se relativice, debido a las explicaciones dadas por los nombrados en cuanto a ingresos no declarados de la actividad comercial de la librería de M. y viáticos y liquidaciones finales percibidas por A. que no reflejó, amén de 2 préstamos hipotecarios cuyo destino no pudo establecerse con precisión.

Agregó que el haber de A. se integraba mayormente por viáticos, en tanto acompañaba por toda la provincia al gobernador.

Por todo ello entendió justificado el enriquecimiento atribuido y requirió la absolución, sosteniendo la falta de fundamentación y consecuente arbitrariedad de la sentencia en crisis.

B- prosiguió su desarrollo el letrado explicando según lo adelantado, la segunda posición de descargo, relacionada con el expediente que tramita ante el juzgado civil de la ciudad de Rawson a cargo del Dr. T. Allí se intenta determinar si el contrato de compra venta por el cual A. habría adquirido 5 inmuebles a la Sra. B. T., empleando esta un poder especial otorgado por S. C. -su madre-, fue en realidad un acto simulado –estos inmuebles integran, junto a un 6to, el Enriquecimiento ilícito atribuido a A.-. Explicó el trámite de compra venta impugnando en detalle conforme registro de audio, resaltando el condimento que implicó que el mismo día, tras hacer constar en sendas escrituras la venta de inmuebles apuntada, se confeccionó una tercera mediante la cual A., nuevo titular de los inmuebles, otorgaba poder de administración y disposición sobre ellos al marido de B. T., que no por redundante dejará de resaltarse que era la vendedora. Esto permite sospechar la simulación del acto. Tal situación ameritaba tratamiento en la sentencia y solo lo recibió por parte del Dr. Nieto Di Biase, dando lugar así a un decisorio arbitrario que debe ser declarado nulo como consecuencia natural de lo expuesto, sin mencionar que si se comprobara que la venta apuntada resultó simulada, A. no podría ser reprochado aquí por el delito de Enriquecimiento ilícito.

Como 5to. Punto y para el caso en que fracasen los agravios explicados previamente, cuestionó la sanción aplicada como resultado de la etapa de cesura de pena.

Luego de expresar que la lectura de la sentencia en este apartado conducía a horrorizarse, apuntó que únicamente el Dr. Nieto Di Biase analizó las postulaciones de las partes

en toda su entidad, tarea omitida por los restantes vocales del tribunal.

Discurrió sobre el punto de partida para dosificar la sanción y la pacifica posición imperante al respecto en nuestra provincia; señaló así como punto de partida en concreto, para el delito imputado a su representado, 2 años de prisión, y como tope, los 4 años y 6 meses requeridos por la acusadora. Prosiguió destacando la coincidencia de los sufragantes en la consideración de la falta de antecedentes de A. para atenuar, no evidenciada en la sanción de 4 años y medio aplicada por los jueces Moreno y Piñeda, que se mantuvieron en lo peticionado por el Ministerio Público Fiscal. Aún más, Piñeda contempló el buen concepto como atenuante, sin por ello reducir los 4 años y seis meses de pena de prisión.

Analizó la construcción de la pretensión punitiva fiscal, apoyada en el daño causado (monto del perjuicio calculado por el perito K.), la codicia evidenciada por el imputado, su edad, la circunstancia de ser el único autor del hecho, y de haber mentido. A partir de allí escudriñó los análisis de los votantes en el fallo atacado, señalando discrepancias y coincidencias (todo ello en detalle conforme registro de audio), para peticionar como corolario de su exposición la aplicación de una pena de 2 años y 6 meses de prisión -que relacionó con el art 26 del Cód. Penal-.

Sostuvo en relación y bajo el prisma del análisis realizado en relación a la pena de prisión, su pretensión referida a la pena de multa, respecto de la cual resaltó que nada se dijo en la sentencia, proponiendo se aplique el 50% de la escala, sin perjuicio de requerir la nulidad del decisorio en este punto por falta de fundamentación.

Por último, criticó el defensor la derivación hecha por el *a quo* en la aplicación de la multa para el momento en que adquiera firmeza la sentencia, fraccionándola, cuando a su entender adquiere o no tal calidad de forma íntegra, y no por partes. Esta derivación tampoco fue fundada –concluyó-.

En su responde, inicialmente a cargo del Dr. Williams, el Ministerio Público Fiscal expresó que sería, en algunos puntos, más breve que en otras ocasiones, dada la cercanía

en el tiempo con la que fueron sobradamente desarrollados para sostener la posición de la acusadora (alegato realizado sobre el tópico en autos "C., D." NIC 6893-Ofijud Rw ante esta alzada) al menos ante dos de los integrantes del tribunal, los cuales se expidieron a raíz de ello de modo acabado. Luego de aclarar se adentró en el análisis del art. 268 inc. 2 del Código Penal para postular su constitucionalidad (fundó conforme registro de audio citando doctrina y jurisprudencia).

En el orden de ideas expuesto para concluir la constitucionalidad de la figura en danza, explicó que se efectuó la imputación, en la que no se persiguió más que demostrar un enriquecimiento apreciable e injustificado durante el ejercicio de la función pública, hecho que quedó evidenciado a partir de informe del contador V., elemento objetivo no controvertido por la defensa, al menos de modo directo. Analizó la citada prueba en detalle y agregó que sin perjuicio de su posición sobre el tipo (postura del delito de comisión), trataría más tarde el requerimiento que considerara ausente el Dr. G., al cual colocó al margen de los elementos del tipo objetivo.

Pese a lo dicho sobre la innecesariedad del requerimiento para la configuración del tipo, afirmó que se había concretado durante la Audiencia de Apertura de investigación, aclarando que contestaba de modo satelital, solo para ilustrar, en tanto la cuestión no era central para concluir la existencia del delito condenado.

Sobre la arbitrariedad de la sentencia de la que se quejara la defensa también discrepó, efectuando una breve distinción entre el alcance de las actividades de fundamentar y motivar –conceptos que desarrolló-, para afirmar que el decisorio no debía expedirse sobre todos y cada una de los argumentos expresados en el contradictorio. En concreto ejemplificó explicando un pasaje del voto del Dr. Nieto Di Biase, quien -a su entender- refirió al sentenciar "*… fuimos todo el juicio hacia un lado y cuando llegamos al final dice: acá se simuló, esto no es de A.; la plata no sé de donde salió…*". "*… El Dr. Nieto Di Biase le dice que más allá de*

que resulta extemporáneo el planteo, la hipótesis de la defensa se centró en intentar probar infructuosamente que los fondos fueron aportados por C. M.…”. Eso explicó por qué Moreno y Piñeda no se concentraron en la prueba inconducente, que no versaba sobre el origen del dinero, dado que la simulación no fue tema de discusión. Amén de esto, la simulación también resultaba concorde con el derrotero por el que condujo el juicio, por cuanto si bien A. según los títulos era propietario, y al momento de escriturar a su nombre apoderó a un tercero, esto resultó necesario para no darse a conocer como dueño de bienes que su capacidad económica no le permitía adquirir. Por lo explicado la sentencia no careció de motivación –reflexionó-.

En cuanto al agravio sobre la sanción aplicada, en particular en lo que hace a la falta de ponderación de atenuantes que indicara el defensor, retornó a la línea de razonamiento utilizada previamente, en la convicción de que el decisorio contaba con elementos suficientes para arribar a su conclusión, por lo que era innecesario que tratara todos los propuestos.

Finalizando en el uso de la palabra aclaró que, para A., la necesidad de justificar el origen de los fondos con los que adquirió las propiedades descriptas en autos, no resultó perjudicial en la causa en que fue imputado por cobrar sueldos paralelos de modo indebido, en tanto esta última situación resulta posterior al enriquecimiento –al menos en lo nuclear y con excepción de lo invertido posteriormente en la obra de la casa de B° G. Mayo- en estudio en estos folios (las propiedades se adquieren en octubre de 2014 y la estafa por la que fue condenado, ya con doble conforme, parte de diciembre de 2015).

Ya en uso de la palabra el fiscal Rodríguez, volvió sobre el elemento “requerimiento de justificación” para recordar lo resuelto por el Tribunal con cita de De Luca y Casariego, en donde concluyó que el requerimiento debido no era identificable con forma específica más allá del debido proceso legal.

Desarrolló el concepto de verdad correspondencia con cita de F. y lo colocó a tras luz del decisorio, destacando

que a tal punto resultó incoherente con el plexo probatorio la tesis de la simulación propuesta, alternando con la de justificación del enriquecimiento, que fue motivo de remisión de las constancias para que se investigue la posible comisión del delito de falso testimonio en relación a C. M.

Por lo expuesto encontró consistente la sentencia atacada y solicitó sea confirmada en su totalidad.

Por la Fiscalía Anticorrupción, el Dr. R. adhirió a las postulaciones del Ministerio Público Fiscal, acompañando el petitorio de confirmación íntegra de la sentencia impugnada.

El Dr. C., en representación de la Fiscalía de Estado y en dirección de ampliación de su oportuna presentación escrita, requirió la confirmación integra de la sentencia como derivación razonada de los hechos y el derecho de la causa, por ende carente de arbitrariedad.

En cuanto a los agravios de la defensa, los calificó de reiteración de los planteos hechos en juicio, postulando así su rechazo, no obstante tratarlos someramente y adherir en lo concerniente a la graduación de la sanción a la exposición efectuada por el Ministerio Público Fiscal, todo ello para luego requerir la confirmación de la sentencia impugnada –cerrando así su intervención conforme registro de audio-.

Concluyendo la audiencia retomó la palabra el Dr. G., explicando que no obstante comprender los posicionamientos concretados por el Ministerio Público Fiscal respecto de la constitucionalidad del delito de Enriquecimiento ilícito, así como del requisito del requerimiento de justificación, su tarea profesional y su estrategia le imponían efectuar la alegación hecha. Luego de ello desconfió de uno de los pasajes de la alegación fiscal, señalando: "*…no creo que M. diga que el tribunal no tiene que analizar los planteos de las partes, que de alguna manera es lo que dejó entrever el señor fiscal, y ello es un poco lo que yo he manifestado respecto de, por ejemplo, el tema de la simulación…*". Aclaró también, que su estrategia no fue errante, fue el ministerio fiscal quien aportó el expediente de la simulación y la

defensa amplió esa cuestión, poniendo en evidencia la fragilidad de la tesitura acusadora.

Por último señaló el Defensor las dificultades que aparejaba el delito en estudio en su labor profesional, en tanto permitía la existencia de casos como el de A., quien luego de 7 años compró un lote cuyo precio equivalía a 5 sueldos de su trabajo ahorrados, y por no poder justificarlo con papeles, que no todos guardan para el día de mañana, se vio inmerso en esta situación.

Concluida la deliberación se estableció por sorteo el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo DEFRANCO, Martín MONTENOVO y Roberto Adrián BARRIOS.

El Juez de la Cámara en lo Penal Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Se ha condenado en estos folios al Sr. **O. R. A.**, de sus demás datos personales obrantes en la sentencia, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, inhabilitación absoluta perpetua y multa del cien por ciento del enriquecimiento, más el decomiso de diversos bienes inmuebles, por habérselo encontrado autor material y responsable del delito de Enriquecimiento Ilícito (art. 268 (2), Código Penal).

2.- Contra tal decisorio se alza la impugnación de su letrado F. G., motivada en cinco ejes principales que ya han sido exhaustivamente relatados.

En primer lugar ataca la constitucionalidad del tipo penal escogido para subsumir las conductas de su pupilo; luego denuncia la falta de requerimiento de justificación y, sobre esta, solicita la nulidad de aquel, por cuanto la autoridad jurisdiccional no resulta la habilitada para realizarlo, dado que de ser así *"significaría que está prestando una colaboración para completar los requisitos típicos de la figura".*

En cuarto orden denuncia la falta de motivación de la sentencia; en último lugar se agravia sobre la sanción impuesta.

3.- Puesto a resolver sobre el primero de los planteos, la presunta inconstitucionalidad de la figura

seleccionada, entiendo que ha sido suficientemente respondida por los jueces del caso como para tener por rechazada la petición, calificando al tipo legal contenido en el art. 268 (2) como uno doloso de comisión.

En efecto, han acudido a doctrina calificada y rememorado los fallos del máximo Tribunal nacional por los cuales se rechaza la pretendida inconstitucionalidad.

Tal como he sostenido recientemente en **"D. M. C. y otros p.s.a. Asociación Ilícita"**, Carpeta Judicial N° 6893 Rawson, Legajo Fiscal N° 17143 M.P.F., para salvar la legalidad del dispositivo, a pesar de su deficiente redacción, es necesario considerar al *"…núcleo del tipo objetivo del injusto como el enriquecerse apreciablemente, es decir como un tipo doloso activo, descartando así las posibles contradicciones con la Ley de leyes, tesis tan autorizada como otras, pero que, y debe resaltarse, conjuga más adecuadamente con los lineamientos que exige la Convención Interamericana contra la Corrupción que, en su art. IX, dispone que se tipifique, como Enriquecimiento Ilícito, "el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él…".*

"Además, es útil apelar a las ya clásicas páginas de De Luca y Casariego citadas antes, en las que enérgicamente se sintetizan sus críticas a las tachas de inconstitucionalidad (provenientes en particular del maestro Marcelo Sancinetti): *"…no es recomendable para interpretar este delito seguir la voluntad del legislador. El bien jurídico protegido es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración y de quienes la encarnan… No es identificable el "requerimiento debido" con algún acto formal dentro o fuera del proceso penal. No deben confundirse elementos típicos con cuestiones procesales. Justificar es probar que el origen del enriquecimiento es adecuado a derecho. Colocarse voluntariamente en situación de imposibilidad de justificar los delitos de omisión no impide su configuración. El art. 268 [2] no viola la*

cláusula contra la auto incriminación, ya que lo que se valora en contra del imputado no es su silencio sino la existencia previa de un apreciable e injustificable enriquecimiento… Si se considera que la pena del art. 268 [2] es excesiva los jueces podrían declarar su inconstitucionalidad por desproporcionada, pero ella no arrastra al tipo penal. Aquí solamente quisimos poner de manifiesto que las tachas constitucionales de las que ha sido objeto este delito no pueden ser presentadas sin considerar la dinámica de los hechos y de los procesos penales, en las cuales se involucran y funcionan las garantías constitucionales…" (ob. cit., pág. 9)"

Y no puede dejarse de destacar que la reforma constitucional de 1994 equiparó las conductas ilícitas dolosas contra el Estado que impliquen enriquecimiento a los atentados contra el sistema democrático (art. 36, C.N.), sabedor el constituyente de las discusiones que generó la norma del art. 268.2, CP, sobre la posible afectación de garantías individuales.

De ello debe concluirse que tuvo el constituyente el inequívoco objetivo de zanjar de una vez por todas la cuestión, mediante un decidido respaldo a la constitucionalidad del referido tipo legal, como un instrumento idóneo para controlar y limitar el ejercicio del poder estatal por parte de sus funcionarios, evitando que la impunidad de la corrupción genere la desconfianza de los ciudadanos en la efectiva vigencia del régimen republicano de gobierno.

4.- Sobre la presunta falta del debido requerimiento:

Acerca de este agravio, la ausencia en el caso del debido requerimiento teóricamente exigido por la norma, sostengo, tal como he sufragado en los folios referidos antes, que siendo que *"…el delito previsto en el art. 268 (2) es un tipo activo doloso (de comisión), en el que la conducta típica consiste en el obrar del funcionario que conduce al enriquecimiento apreciable y desproporcionado frente a la magnitud de sus ingresos legítimos, en el que el fundamento del injusto sería el enriquecimiento, (alternativa adoptada por la Sala IV de la Cámara Nacional*

de Casación Penal en la causa "Alsogaray" y luego por la Corte Suprema, por remisión al dictamen del Procurador, en la sentencia dictada en esa causa el 22 de diciembre de 2008 (CSJN Fallos 331: 2799)), la falta de justificación no sería la que proviene del funcionario cuando es requerido, sino la que resulta de la comprobación "(...)de que no encuentra sustento objetivo en los ingresos registrados del agente", por lo que *"no se castiga en virtud de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado, quehacer que se vincula con los delitos de acción…".*

Además, tal como se establece en la sentencia atacada, conforme el contenido del acta obrante a fojas 92/93 del legajo fiscal, se puede sin dudas comprobar que no solo existió la debida intimación en el acto de apertura de investigación, sino que tanto el entonces defensor de A., como el imputado mismo, trataron de dar explicaciones acerca del incremento patrimonial.

5.- De la presunta falta de motivación de la sentencia:

Denuncia el defensor de A. que dos de los jueces no dieron tratamiento a la teoría de la defensa consistente en la existencia de una acción de simulación, que pondría en duda la titularidad en cabeza del imputado sobre los bienes, y que, además, solo trató el agravio el juez Nieto Di Biase, pero en forma equivocada.

Concretamente, la teoría del caso de la defensa –alternativa, por cierto, y planteada en las postrimerías del debate-, se basaría en la existencia del Expte. 493/2015 caratulado: "T., P. D. c/T., B. A. y Otros s/Simulación", radicado ante el Juzgado Universal de Rawson, en el que tramita una acción de simulación, cuya resolución tendría directa vinculación a este caso, ya que *"…si este elemento probatorio prospera… queda claro que no existió ningún acto de enriquecimiento en cabeza de A. porque evidentemente los bienes no eran de él…"* (dice el defensor en su escrito recursivo).

Si bien es cierto que no ha sido contestado el punto por dos de los magistrados, no menos cierto es que, tal como responde el MPF, la teoría del caso de la acusadora ha sido debidamente acreditada, echando por tierra las excusas esgrimidas durante el debate por la defensa.

A no dudar, sabemos que se encuentra legitimado el imputado a ensayar todas y cada una de las alegaciones que pretenda, y en la oportunidad que lo desee, pero, el ensayar una nueva teoría del caso en el final del debate, cuando la prueba ha sido más que suficiente para acreditar la proposición fiscal, deviene, si bien legítimo, al menos poco verosímil.

Habiendo sopesado los jueces las postulaciones de las partes, exclusivamente las iniciales sobre las cuales se produjo prueba, no deviene necesario expedirse sobre otra que, además, no logra desbaratar la prueba de cargo, ya que, amén de la acción de simulación ensayada por quién aparece como el hermano de la Sra. T., por haber intentado "vaciar" el acervo sucesorio, lo cierto es que en las escrituras traslativas de dominio (Números 628 y 629) el titular registral viene siendo A., documentos públicos que no han sido redargüidos de falsedad.

Contra lo afirmado por el apelante, los jueces del caso han motivado en forma suficiente las razones por las que dan crédito a la teoría del caso fiscal, rechazando la postulación de que el origen de los fondos para las adquisiciones fueron aportados por C. M., su pareja.

Ha indicado el primer votante las razones por las que la testigo no es fiable al contrastarla con los dichos de su ex pareja, R. C. y por el tiempo trascurrido entre los depósitos a plazo fijo y la firma de las escrituras.

Valoró, para acreditar la situación de desfasaje patrimonial, el informe del contador V., material probatorio que pudo ser confrontado (e incluso ofrecerse del mismo tenor por parte del imputado) desde los inicios de la investigación.

También la jueza Moreno valoró la prueba producida para llegar a la misma conclusión: en síntesis, la falta de credibilidad en el intento de justificar el enriquecimiento

de A. durante su paso por la Administración Pública, eje de la imputación fiscal.

El ultimo votante, luego de trascribir exhaustivamente las declaraciones de los testigos, desacreditó motivadamente la versión de descargo, aludiendo al informe del contador y la falta de capacidad de ahorro, concluyendo que M. no tenía capacidad de respuesta económica.

De todo ello, debo colegir que, contra los embates del defensor, se aprecia una fundamentación adecuada por parte de los jueces, todo de conformidad con las pruebas producidas y las premisas fácticas puestas sobre la mesa hasta ese momento del juicio.

6.- Es sobre la última batería de agravios del defensor, donde me detendré con mayor esfuerzo a fin de, adelanto desde ya, declarar la ausencia de suficiente motivación en la estimación de la pena a imponer a A.

Ha denunciado el apelante que *"únicamente el Dr. Nieto Di Biase analizó las postulaciones de las partes en toda su entidad, tarea omitida por los restantes vocales del tribunal";* señaló que hubo coincidencia de los sufragantes en la consideración de la falta de antecedentes de su pupilo como atenuante, pero no se evidenció en la sanción de 4 años y medio aplicada por los jueces Moreno y Piñeda, manteniéndose en el monto peticionado por el Ministerio Público Fiscal; que el Juez Piñeda contempló el buen concepto como atenuante, sin por ello moverse del monto impuesto; solicitó, en definitiva, la aplicación de una pena de 2 años y 6 meses de prisión,.

Respecto de la pena de multa, remarcó que nada se dijo en la sentencia acerca de su pretensión y propuso se aplique el 50% de la escala, sin perjuicio de requerir la nulidad del decisorio en este punto por falta de fundamentación, agregando que tampoco fue fundada la derivación para la aplicación de la multa al momento de la firmeza de la sentencia.

7.- En efecto, de la lectura de los sufragios de la sentencia, surge diáfana, salvo en lo que hace al voto del Juez Nieto, una evidente falta de fundamentación.

Así, la Jueza Penal Mirta Moreno, si bien cita doctrina y jurisprudencia atinada en lo que hace a la graduación de la pena de prisión, al momento de mensurar la sanción de este caso concreto se refiere, en forma genérica, a la *"naturaleza, modalidad de la acción, la magnitud del injusto y la gravedad del hecho…"*, sin especificar en qué consisten esas peculiaridades y sin mensurarlas concretamente.

Tiene en cuenta –dice- el modo de realizarlo y los medios utilizados, sin detallarse a qué modalidades o instrumentos se refiere; pondera el deber de garante entre el autor y el bien jurídico, lo que a mi criterio es el mismísimo fundamento de la existencia del tipo legal en cuestión; si tiene en cuenta, como atenuante, la falta de antecedentes.

Por su parte, el Juez Piñeda, considera como morigeradores de la sanción la falta de antecedentes y el buen concepto que le merece el imputado, pero finaliza aplicando la misma pena que su colega anteriormente citada; tiene en cuenta como agravantes *"el accionar ligado directamente con el cargo de funcionario en ejercicio de sus funciones"*, lo que, repito, es un elemento del tipo objetivo sistemático; agrava la sanción, asimismo, por la valuación económica del "daño", el que según el ingeniero K. ascendería a 53 millones de pesos, contradiciendo la estimación de su colega Nieto Di Biase, quien limitó el enriquecimiento a los valores consignados en las escrituras públicas.

Nada contestan, tal como ajustadamente lo realizara el primer votante a fojas 31, destinando a la sazón una atinada crítica hacia la actitud temeraria de los representantes del MPF, acerca de la aplicación o no de toda la lista de agravantes peticionadas por la vindicta pública, empero, a pesar de ello, comparten la pena solicitada. La nulidad es manifiesta.

8.- En cuanto a la pena de multa, la Jueza mencionada, reconociendo a fojas 85 que el valor del enriquecimiento no está aún determinado y que será necesaria su estimación *"una vez firme la presente"*, expresa que por la extensión del daño

causado (que no determinó aún, repito), decide imponer una multa equivalente al valor total del enriquecimiento.

Evidentemente, la falta de determinación de la extensión del daño impide la estimación del porcentaje que se intente aplicar, salvo pareceres subjetivos e incontrolables para el lector.

Además, sabido es que para la graduación de la pena de multa, si bien uno de los elementos útiles resulta la extensión del daño causado, en el caso particular de esta sanción aparece como de mayor relevancia la situación económica del imputado, sobre lo que nada se dice en la sentencia en crisis.

El colega votante en último término, se limita a manifestar *"…la imposición de la multa del cien por ciento, una vez firme del valor del enriquecimiento al momento de su ejecución…"*, no expresando motivo alguno para fundar su sufragio.

9.- Reitero. Para la determinación de la multa aplicable a cada caso concreto, si bien el art. 268 (2) se limitaba a establecer un porcentaje que iba desde el 50 al 100 por ciento del enriquecimiento, ello no significa que puedan obviarse las mandas del art. 21 del C.P. que expresamente ordena que, además de las causas generales del art. 40 -41 debiera decir-, ha de tenerse en cuenta *"la situación económica del penado…".*

En definitiva, *"es necesario limitarla a la capacidad patrimonial del penado, además de guardar su proporción con el injusto y la culpabilidad…"* (ZaffaroniAlagia-Slokar, *Derecho Penal Parte General,* Ediar, 2000, pág. 931).

Y a partir de estas notas, fundaré mi sufragio sobre la pena que debe imponérsele a A., en un todo de acuerdo con garantías constitucionales básicas, sin apelar al instituto del reenvío por razones de economía procesal y de no retrotraer el proceso a etapas anteriores injustificadamente.

10.- En efecto, ha sido condenado al pago de una multa del cien por cien del monto del enriquecimiento ilícito, que

no ha sido mensurado adecuadamente en la sentencia, salvo, claro está, la motivada apreciación del juez Nieto.

Ello invalida por su nulidad evidente la estimación de la sanción.

Pero además, adviértase que ha sido castigado el imputado con el comiso de todos los bienes adquiridos con los dineros espurios, bienes que son recuperados para la sociedad; ha sido condenado A. a la pena de inhabilitación absoluta perpetua, por lo cual jamás podrá acceder a un cargo público, con los efectos que ello encierra desde el punto de vista de la prevención general y especial sobre el condenado; a todo ello, debe sumarse una pena de prisión, sobre la que luego me explayaré, para que se cumplan sobre el reo los postulados de la resocialización.

¿Cuál sería el fundamento de aplicar a más de todo ello una pena de multa? La única respuesta razonable parecería ser la mera retribución exorbitante rayana en la confiscación republicanamente inadmisible (art. 17, CN).

Si se le decomisan todas las propiedades adquiridas ilegítimamente, cuyo valor de mercado supera con creces la estimación posible del monto imponible, ¿Qué efecto plausible se pretende buscar con otra imposición económica sobre quién es despojado –válidamente- de todos sus bienes y no podrá acceder a empleo? ¿No resulta el comiso suficiente reparación del daño causado?

Las respuestas a todos los interrogantes me inclinan a sugerir al pleno la no aplicación de la pena de multa en este caso.

11.- Respecto a la pena de prisión estimada en el caso, sin dejar de resaltar otra vez que resulta a todas luces inmotivada, tanto por la falta de fundamento en dos de los votos y por no existir coherencia entre los tres sufragios a la hora de la justipreciación de agravantes y atenuantes, es necesario advertir sobre el eje central de la cuestión.

Tal como acertadamente estima el Juez Nieto, es justo partir del mínimo de la escala penal y tener en cuenta a su vez el fin resocializador pretendido, para a partir de allí

considerar las circunstancias agravantes y atenuantes que permitan determinar la pena (ver hoja 28 de la sentencia).

Ello así, bueno es recordar que el mínimo de sanción previsto por el dispositivo seleccionado es de dos años de prisión.

Por lo tanto, la primera estimación que debió realizarse al momento de calcular la sanción era la de, precisamente, considerar si los efectos de prevención especial positiva declamados podrían lograrse necesariamente con el encierro o, tal como sugiere la base de la escala, pudiera ser aplicable una sanción en suspenso.

Tales son, a no dudar, las enseñanzas del fallo "*Squilario*" de la CSJN, tantas veces traídas a colación por este Tribunal revisor.

12.- Admitida tal posibilidad, partiendo del mínimo legal, sopesando las atenuantes válidas, y puesto a considerar las posibles agravantes (de las cuales solo podrán ponderarse las resaltadas por la sentencia a fojas 29, rechazadas todas las alegadas por la Fiscalía), ellas son la madurez mental suficiente y la extensión del daño, lo cual me inclina a decidir que la sanción no puede despegarse en mucho del mínimo (recordar la estimación del primer votante en torno a los tres años y seis meses), por lo que entiendo que la pena justa es la de tres años de prisión en suspenso, habida cuenta que es la primera condena a pena de prisión (art. 26, CP), no advirtiéndose causal alguna que obligue a que la misma sea de efectivo encierro.

13.- Por todo ello, estimo que corresponde confirmar parcialmente la sentencia venida en apelación, en lo que a materialidad y calificación jurídica se refiere, rechazando las postulaciones de inconstitucionalidad de la figura, confirmando el comiso de los bienes individualizados, la pena de inhabilitación perpetua y absoluta, suprimiendo la de multa y condenando en definitiva a A. a la pena de tres años de prisión en suspenso, debiendo debatirse en la instancia de origen ante un nuevo Tribunal (cabiendo la posibilidad que fuera unipersonal) las condiciones del art. 27 bis.

14.- Propongo a mis colegas Imponer las costas del presente proceso al condenado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular a cargo del Dr. F. G. en el monto de VEINTICINCO (35) JUS, así como los de las Querellantes Fiscalía de Estado, representada por el Dr. M. C. y Fiscalía Anticorrupción, representada por el Dr. B. R., en DIECIOCHO (18) JUS respectivamente, todo ello en atención al mérito y extensión de la labor profesional desarrollada en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-N° 4, antes decreto ley 2.200).

Así lo voto.

El Juez de la Cámara en lo Penal M. Montenovo dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, posturas de las partes, ni términos de la Sentencia, remitiendo a tal fin, salvo en lo estrictamente necesario reproducir a los efectos expositivos, a la completa reseña que luce al principio de este acto.

También, a modo de advertencia preliminar, debo decir que coincido en líneas generales, pues ello ha surgido de la deliberación, con el criterio de mis distinguidos colegas preopinantes, pero como la Carta Magna provincial nos obliga a fundar inclusive aquello con lo que coincidimos, solo me limitaré a expresar lo más brevemente posible, las razones de tal coincidencia.

II.- El Dr. G., conforme el orden en que propuso los agravios contra la Sentencia de condena, ha colocado en primer término el tema vinculado a la constitucionalidad del precepto de fondo (art. 268 (2) del CP), por el cual ha sido responsabilizado el Sr. A. en carácter de autor.

De acuerdo al orden en el tratamiento de temas de la deliberación establecido legalmente (art. 329 del CPPCh.), por allí hemos comenzado, no obstante, en este caso dirimir tal acertijo impacta, como veremos seguidamente, en la suerte del recurso integralmente, pues conforme como se interprete el dispositivo, será que se evalúe la intimación en él

prevista, se valore la prueba e incluso se calibre la sanción, en definitiva se revise la decisión del A-quo.

Mis colegas han invocado sus propios precedentes al respecto, criterio que en general comparto, y otras fuentes jurisprudenciales y doctrinarias, al igual que los Sres. Jueces de grado, por lo cual no he de reproducirlas, ni de abundar al respecto.

Solo he de agregar lo reseñado por Jorge Buompadre (Código Penal comentado, Ed. Hammurabi, Tomo 10, págs. 861 y ssgts.), quién sin perjuicio de compartir la tesis de la colisión de la norma con principios constitucionales troncales, como el estado de inocencia, garantía y a su vez parámetro de interpretación de la ley y de la prueba, reseña en lo sustancial, los argumentos de la discusión que propone el Sr. Defensor de confianza, en sus dos posturas.

Considero que la declaración de inconstitucionalidad de una ley opera como última razón de los pronunciamientos judiciales, pues previamente se impone un esfuerzo de carácter interpretativo, de base hermenéutica, que logre hallar una versión de la norma compatible con la Constitución, y todo el vértice superior de legalidad.

Únicamente si es imposible encontrar tal versión, cabe tacharla de incompatible con las normas superiores. No debemos olvidar que subyace a la cuestión la división de poderes, otro pilar constitucional, y que si los Jueces livianamente, y constantemente, identificáramos leyes contrarias a las normas superiores, nos encontraríamos legislando, lo cual, en un sistemas republicano de gobierno, no es posible.

Entonces, en tren de hallar una versión compatible del art. 268 (2) del CP., con el orden constitucional, comparto los argumentos de quienes así lo entienden, aunque me he de permitir agregar algunos conceptos, y a la luz de ello, de la versión válida de la norma, se impondrá la solución del caso en estudio.

Primero, los delitos contra la Administración Pública, han sido resignificados en los últimos tiempos, y merecido decisiones de política criminal diversas, que se han derivado de la trascendencia que en la Sociedad ha adquirido la lucha contra la denominada "corrupción". Remito a los instrumentos internacionales, por caso los citados por el primer votante de la Sentencia en revisión a efecto de ejemplificar que el tema, también, se encuentra en el plano superior de la pirámide normativa.

Aunque, claro está que el Derecho Penal ni empieza ni termina allí, y que mucho se podría decir en cuanto a la trascendencia que se le atribuye a la cuestión a veces en desmedro de otras problemáticas axiológicamente igual de relevantes, lo cual no es del caso aquí.

Lo concreto es que tal imperativo de sancionar la corrupción no nos puede llevar a superar indebidamente vallados constitucionales concretos, que no deben desnaturalizarse, en ningún caso, ni siquiera en el supuesto de Funcionarios públicos desleales en su compromiso con la Sociedad.

Luego, el Enriquecimiento Ilícito resulta un delito de comisión, pues el Funcionario ingresa a la función pública con un determinado patrimonio, y en su transcurso o cuando se retira de ella, dicho patrimonio se incrementa considerablemente, de manera desproporcionada con los ingresos propios de un servidor público.

La conducta prohibida radica entonces en enriquecerse de tal modo. Es decir, tal lo dicho, un delito de comisión pero también de peligro concreto, pues el Legislador ha diseñado el precepto, o al menos así corresponde interpretarlo, identificando tal irregularidad, y la imposibilidad de atribuirla con otras conductas, constitutivas de otros ilícitos, cohecho, negociaciones incompatibles con la función pública, exacciones ilegales, malversación de caudales etc.

De esa forma, se advierte el peligro concreto para el bien jurídico, en situaciones en que el mecanismo de enriquecimiento no pueda determinarse.

No es la única modalidad de protección anticipada, o colateral de bienes jurídicos. La Tenencia o Portación de armas de fuego, estupefacientes, la agresión con armas también lo son, su constitucionalidad o no resulta una discusión superada, en la medida en que se tenga claro que bajo ningún concepto se los tome como herramienta superadora de la duda razonable derivada de la apreciación probatoria sobre lo que no ha podido saberse, pues allí sí, confrontan evidentemente con más de una garantía fundamental.

Entonces, la conducta tipificada consiste en el enriquecimiento "apreciable", es decir, desproporcionado con los ingresos tarifados de un servidor estatal, lo cual, a priori, significa un peligro concreto para el normal funcionamiento de la Administración pública. Un nivel de protección del bien jurídico de mayor intensidad que otras regulaciones del capítulo, aunque viable constitucionalmente.

Entonces, así conceptualizado, el precepto compatibiliza con las normas superiores, aunque reitero, también ello posee consecuencias, las que enunciaremos más adelante.

El agravio, por tanto, debe ser rechazado.

III.- La que es ostensiblemente desafortunada, es la redacción del art. 268 (2).

Comenzar por una pseudo obligación de "justificar" el incremento patrimonial apreciable por parte del sujeto activo, luego de una intimación sobre la que poco se precisa, resulta un B. fácil para aquellos que sostienen que se invierte la carga de la prueba y el Funcionario debe acreditar su inocencia, y si no lo logra o no lo hace en términos exitosos, será penado. Desde ya que, si se entiende al precepto de tal modo, su colisión con varias garantías legales resulta evidente.

Pero propusimos otra forma, y de ella deriva que la intimación bien puede realizarse antes del proceso, en su comienzo, en la apertura de investigación, o aún la solicitud

de ella hace las veces de intimación. Lo que queda claro es que el imputado no está obligado a responder nada, pues lo ampara el estado de inocencia, y que, si el Estado no logra la certeza requerida en cuanto al crecimiento patrimonial apreciable, e intencional, saldrá airoso del reproche.

Por el contrario, si entendemos dicha intimación como un acto formal, y previo, al proceso penal, a la manera de una condición objetiva de punibilidad, lo cual la norma no dice, caeremos en la cuenta que el intimado debe justificar su patrimonio, concretamente probar su inocencia, y si no lo hace, será perseguido penalmente, es decir un camino circular que nos conduce igualmente a la violación del estado de inocencia.

Las condiciones objetivas de punibilidad solo pueden admitirse sin mengua del principio constitucional de culpabilidad, en tanto reduzcan el campo de lo prohibido penalmente, pues no existe la responsabilidad penal objetiva, y fundamentalmente, no requieren que el sujeto activo las pruebe, allí están, de manera notoria.

Aquí es posible percibir tal lo adelantado, que la interpretación del precepto incide notoriamente en lo relacionado con la intimación, pues esta pierde relevancia si se enfoca la conducta prohibida del modo propuesto.

En suma, la imputación penal vale por intimación, el acusado nada está obligado a acreditar, solo debe poder defenderse en Juicio, y eventualmente callar, pues el silencio lo ampara, en la medida en que el Estado no acredite los extremos incluidos en la norma, interpretada en términos compatibles con el bloque de legalidad.

Ahora bien, si el Estado comprueba el crecimiento patrimonial desproporcionado en comparación con la retribución al trabajo público, e intencional, sí estará el acusado en situación de explicar tal realidad, y acreditar el origen lícito de su riqueza, para evitar ser sancionado.

A través de tal prisma corresponde valorar los elementos de convicción reunidos en el plexo.

IV.- Otro punto de agravio remite a la problemática en torno a qué debe entenderse por prueba, y qué no.

Partiendo de la base que, en última instancia, el Código adjetivo regula el modo de ingreso de la información al proceso, siguiendo la lógica que a mayores recaudos formales menor esfuerzo de mérito, y viceversa, lo que ocurre en las Audiencias judiciales, si ha de interpretarse como hechos sujetos a comprobación empírica, lo cual no comparto en absoluto, posee formas de registro variadas, siendo una las actas, por lo cual si allí se dice lo acaecido en el acto, que se desarrolla delante de un Magistrado, partes e incluso público, a ellas cabe estar sin perjuicio que otros modos de resguardo fallen, como las grabaciones, lo cual resulta, lamentablemente, moneda corriente en nuestro sistema.

Pero los actos procesales no pueden ser catalogados como prueba, pues ontológicamente no lo son, más allá que existan algunos mediante los que ingresa información al proceso, como los registros domiciliarios, para lo cual deben observarse los recaudos de la diligencia a efecto que dichos datos, a la postre, se conviertan en elementos de convicción en condiciones de ser valorados por los Jueces.

No sería lógico, además de contar con la Acusación por escrito, tener que probar que fue confeccionada por un Fiscal, si este cumplió los recaudos del art. 291 del CPPCh. y la suscribió, más allá que no se cuente con la grabación de la Audiencia Preliminar en la cual la reprodujo.

En última instancia, los actos procesales pueden ser objetados en su validez, sus formas, y aquí la Audiencia en la cual se intimó al Sr. A. no lo ha sido, sin perjuicio de lo expuesto en cuanto a qué el proceso seguido en su contra vale por tal intimación.

Por ende, tampoco el agravio vinculado a lo reseñado ha de prosperar.

V.- Sobre la apreciación probatoria y la cuestión sustancial en sí.

Los Acusadores lograron probar que A. cumplió el rol de Director de Ceremonial afectado a la Unidad Gobernador, previo trabajo en el Ministerio de Coordinación de Gabinete, desde fines del año 2003 a fines del año 2011, y nuevamente desde fines de 2015 hasta comienzos del año 2018 en la Unidad Gobernador. En el interín, cumplió tareas en el Instituto Provincial de la Vivienda.

Lo hicieron a través de documentación, no enervada por la Defensa, y las declaraciones de los testigos T., A. y L.

Cabe aquí poner de resalto que, en cuanto a la Unidad Gobernador, sitio al que el encartado fue "ascendido" en carácter de hecho notorio, por ende exento de necesidad de acreditación, derivado ello de la experiencia común, uno de los principios fundantes de la sana crítica racional (art. 25 CPPCh.), la carga de trabajo en cuanto a lo horario deriva de las actividades del primer mandatario provincial, las que se sabe, poseen una amplitud notoria, por lo cual sus colaboradores de ceremonial deben estar a su disposición todo el día, e incluso asistirlo en los viajes.

Por ende, les resulta virtualmente imposible dedicarse a otra actividad que no sea esa, lo que les impide atender asuntos propios, en la medida que no sea telefónicamente, o por delegación.

Si a ello se suma que conforme lo obtenido del Tribunal de Cuentas, y el testimonio de R. P., tampoco cuestionados, el acusado presentó solo dos declaraciones juradas en dicho lapso, en los años 2007 y 2008, de las que se desprende que poseía autos, y deudas con el Banco del Chubut únicamente, su situación patrimonial no podía mejorar ostensiblemente hacia 2010 ó 2011, pues percibía solo los reducidos ingresos de los empleados estatales.

No obstante, los Acusadores también lograron probar que desde el año 2010, A. comenzó a adquirir inmuebles en la localidad Balnearia de Playa Unión y en la ciudad de Rawson, de acuerdo con lo informado por el Registro de la Propiedad respectivo, y con los testimonios del Sr. C. y del preventor B.

Incluso, el edificio de la calle G. M. de Rawson se encontraba en construcción, destinado a locales comerciales, y los testigos y arquitectos G. y F. D. calificaron a la misma como de calidad media a alta. A su vez, en el período, A. y su pareja, C. M., realizaron obras de mejora en la vivienda de la calle M. en Rawson, conforme lo expuesto por los testigos, Sres/ras Q. L., B. y C.

También la prueba de cargo se compuso por lo declarado por el notario J. C. L., ante quién fue otorgada la escritura mediante la que el encartado adquirió los inmuebles en Playa Unión, y su par, instrumento público a través de la cual lo hizo respecto de las propiedades de Rawson, incorporada en calidad de convención probatoria.

El ingeniero K. efectuó una estimación a precios de mercado, del valor de las unidades aludidas, las que no he de detallar nuevamente pues han sido identificadas en los votos precedentes, concluyendo en cifras muy por encima de los montos de las escrituras.

A su vez, el contador V. realizó un informe preliminar cotejando datos documentales asociados a los patrimonios tanto de A. como de M. en el período y definió que con sus ingresos no podían haberlos adquirido, ni construido en los mismos, como lo hicieron.

Aquí corresponde tratar dos temas, el primero vinculado con el carácter de la labor del Contador y el segundo respecto a los precios de compra de los inmuebles.

Lo que hizo V., quién declaró sobre su producción en Debate y salió del trance airosamente, no fue una pericia, pues no pudo ser controlado por la Defensa ni hubo chances de recusación del experto, aunque de allí a que tal producción carezca de valor probatorio existe un extenso trecho, pues vale así sea en calidad de indicio, que lo ha sido y coincidente con el resto de las piezas del plexo, ello derivado del principio de libertad probatoria del art. 165 del CPPCh., como bien argumentaron los Jueces de grado.

Otro tema resulta el éxito de la medida evaluada desde los intereses perseguidos por los Acusadores, sobre lo cual referiré más adelante. Pero desde lo formal, el informe no resiste objeción alguna.

En cuanto a los precios de adquisición de los inmuebles, se impone nuevamente recurrir a la experiencia común. Sabemos que en el período en estudio, especialmente entre 2003/2015, se verificó una expansión de la demanda agregada, que derivó en una recuperación de la economía luego de la recesión del año 2001, que potenció el valor de los inmuebles, tanto como un constante ascenso de la cotización del dólar, moneda en la cual se expresaron los mentados valores inmobiliarios en el lapso, todo lo que derivó en serias dificultades de acceso a la vivienda por parte de, especialmente, los sectores de ingresos fijos, entre los que se encontraba, al menos formalmente, A.

Pretender que los adquirió en la cantidad que figura en los instrumentos resulta una ficción, que posee explicaciones múltiples, quizás por ejemplo evitar mayor tributación.

Aquí estamos para reconstuir la verdad histórica, lo que nos debe llevar a afirmar que lo hizo por valores muy superiores a los consignados en las escrituras, representados a efecto de lograr una dimensión de lo gastado, en las cotizaciones, y los ingresos de los empleados estatales, actuales, por más que no se sepa la cuantía exacta de las erogaciones.

Ello posee efectos de atribución de culpabilidad para el imputado respecto de aquello por lo que fue acusado, aunque otros beneficiosos en el rubro punibilidad, como veremos oportunamente.

Es que la postura de los Acusadores consistió en identificar el crecimiento patrimonial apreciable de A. desvinculado de sus ingresos en el período en estudio con los inmuebles adquiridos, de hecho, así calcularon el monto del mismo.

Y lograron acreditar que mediante sus ingresos y los de su pareja, su nivel de ahorro no era apto para adquirirlos, ni refaccionarlos, todo desde pruebas directas y especialmente indicios de primara generación derivados de aquellas, y también, de lo que indica la experiencia común.

Alcanzó para superar el límite del estado de inocencia, aplicado al precepto de fondo invocado, en los términos en que hemos interpretado corresponde hacerlo, coincidentes en líneas generales con lo elaborado por el Tribunal de Juicio y los colegas que me preceden en orden de sufragio.

Era una apuesta arriesgada, pero lo lograron. Y allí surgió la necesidad para el imputado de generar un cuadro de descargo eficiente. Pero no lo consiguió.

Primero, porque su situación patrimonial individualmente apreciada no podía generar recursos a efecto de adquirir dichas propiedades en la cantidad, calidad y escaso tiempo de ahorro en que ingresaron a su economía, y luego ya que la de su pareja, M., tampoco, la cual adujo poseer bienes provenientes de una relación anterior y/o negocios propios, lo que no pasó de constituir meras alegaciones. En definitiva, invocó ingresos cuyo origen tampoco pudo acreditar.

Así entendida la imputación, sintéticamente en que ni el encartado, empleado público que no podía dedicarse a otra actividad rentable, ni su pareja, pudieron ahorrar lo suficiente para adquirir los inmuebles, varios, costosos, especialmente los ubicados en una villa balnearia, en un lapso relativamente corto, y que al adquirirlos dieron cuenta del dolo directo requerido por la figura, pues derivaron el resultado del enriquecimiento hacia propiedades, con aptitud de resguardarlo, sino ampliarlo, las exigencias típicas del art. 268 (2) del CP., estaban cumplidas.

Por último, una supuesta compra mediante un acto simulado, no solo no confronta con lo expuesto, sino que no podría negar, en una eventual Sentencia que así lo establezca, a título de verdad contradictoria, y de

“estrépito en el foro”, los hechos fijados en el acto que aquí se revisa.

En tales condiciones, el agravio atinente a la arbitrariedad en la apreciación probatoria también debe ser rechazado.

VI.- En cuanto a la sanción impuesta, la norma prevé cuatro clases de penas; la prisión, la inhabilitación, la multa y el decomiso, este último de evidente carácter sancionatorio en virtud de los términos del art. 23 primer párrafo del CP.,

Respecto de la inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer cargos públicos dispuesta por el A-quo, no ha merecido objeción, ni podría haberla merecido, por lo cual nada cabe expresar al respecto.

Un inconveniente, como bien han expresado mis colegas, se presenta con el decomiso y la multa fijada.

Los Jueces de grado han aplicado el art. 23 del CP. ya mencionado, y han ordenado el decomiso de los inmuebles adquiridos por el Sr. A., pues el Ministerio Fiscal allí ha identificado el monto del Enriquecimiento ilícito.

Es decir, su crecimiento patrimonial desproporcionado en relación con sus ingresos se vio reflejado en propiedades, perfectamente detalladas, así fue acusado y condenado.

Por ende, además del decomiso de ellas, multarlo por la misma conducta, implica volver a penarlo en el rubro económico por un idéntico hecho, lo cual no es posible sin mengua del principio constitucional que prohíbe la persecución penal múltiple.

Entiéndase que lo que esta Cámara decide no es la inconstitucionalidad de la multa prevista en la norma, sino su inaplicabilidad al caso pues sus fines retributivos se encuentran satisfechos por el decomiso de los inmuebles, ello así por el modo en que fue construida la imputación, la cual en definitiva de esa manera prosperó.

De allí que los Jueces de grado hayan tenido serios inconvenientes en determinar el monto de las multa, y del

enriquecimiento ilícito, pues fue cuantificado en propiedades inmuebles, por lo cual el problema se trasladó a determinar el valor de las mismas, más allá del irrisorio monto nominal que en los instrumentos de adquisición se consigna.

Por ende, así sea por aplicación del control oficioso de constitucionalidad del art. 369 del CPPCh., en este caso la multa debe ceder, ser revocada, por tanto, y subsistir el decomiso.

Considero que las penas temporales resultan la última razón del sistema penal, y que si las finalidades retributivas, preventivo generales o especiales, conforme la teoría que se siga, pueden cumplirse sin recurrir a ellas, así debe decidirse en virtud del imperativo que se desprende del principio “pro hómine”, presente en toda la normativa aplicable a la cuestión.

Aquí lo que corresponde, es que el Sr, A. se aleje de la Administración pública y reingrese aquello acopiado ilícitamente. Ambos extremos se logran con la inhabilitación y el decomiso, que además colman las finalidades de la pena, cualquiera de ellas.

Insisto con que el respeto estricto al principio de legalidad y con él de la conceptualización del Derecho Penal como de último alcance, rigen para toda clase de injustos, más allá de lo que cada persona pueda opinar respecto de la relación de la conducta atribuida al imputado, con la crisis actual de la economía provincial, o especular en función del origen concreto del enriquecimiento reprochado, todo lo cual queda fuera de la imputación formulada, e ingresa en otros campos, ajenos a lo que debemos decidir.

Nada obsta entonces a que la condena sea dejada en suspenso en orden obviamente a la pena temporal, sobre todo tratándose de la primera.

Las penas efectivas de corta duración no concilian del todo con el tratamiento carcelario, base del fin

resocializador que en definitiva, es el único consagrado expresamente en la ley, en el art. 18 de la CN.

Por ende, así hemos coincidido decidir en cuanto al punto, fijando el monto en tres años de prisión, aplicando el art. 26 del CP., y reenviando a la instancia anterior a efecto que se discutan las reglas de conducta que deberá observar el imputado (art. 27 bis. del CP.), las que no han sido discutidas, para lo cual tendrá que intervenir un nuevo Magistrado, ya que los que actuaron hasta aquí han preopinado (art. 77 inc. 2 CPPCh.).

Considero que el limitado cometido del reenvío se satisface con la intervención de un solo Juez de grado, diferente a los que ya han actuado como se dijo.

Nada de lo fijado en este acto implica una reforma en perjuicio del impugnante, cabe decir. Basta para ello con observar el tenor original de la condena revisada, y los términos de esta Sentencia para advertirlo.

Por último, y en lo demás, honorarios y costas, remito a lo expresado por mis colegas, dejando en claro mi conformidad con ello.

Así voto.

El Juez de la Cámara en lo Penal Roberto Adrián Barrios dijo:

Desarrollados en esta sentencia los antecedentes del caso encuentran, corresponde dar los fundamentos de la decisión venida en revisión.

1. Sobre el pedido de inconstitucionalidad de la figura del Enriquecimiento ilícito.

El doctor F. G. instó la declaración de inconstitucionalidad del delito, título de éste acápite, por ser violatoria de los principios de legalidad, de inocencia, *nemo tenetur*, del debido proceso, de la defensa en juicio y del estado de inocencia.

1.1 Corresponde controlar cada uno de los votos que componen este fallo en punto al pedido.

El juez penal Marcelo Nieto Di Biase lo ha rechazado, por no advertir en la norma una contraposición manifiesta con la Constitución, evocando para ello el contenido de su

artículo 36, jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, y una cita doctrinaria.

El último votante, el juez penal Sergio Piñeda, se valió de la misma cita constitucional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Cámara Nacional de Casación Penal para coincidir con la decisión.

Fue la jueza Mirta del Valle Moreno la más exhaustiva en el desarrollo de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que catalogan a la corrupción de funcionarios públicos como delitos constitucionales, y así poder afirmar que con los argumentos expuestos en ellos, se ha puesto fin a la controversia.

Consideró que hay una clara discrepancia en la pretensión del defensor, sobre la inteligencia e interpretación de una norma de derecho común.

En acápite seguido analizó uno por uno los agravios sobre cada garantía constitucional que se dicen violentadas, y también con evidente estudio sobre el tema, dio argumentos para el rechazo de cada uno.

1.2 Como el mismo solicitante lo previó, coincido con la decisión del Tribunal, en este tramo de la decisión que se ha recurrido.

Creo que claramente los jueces Moreno y Piñeda se han inclinado a considerar el delito enriquecimiento ilícito como del tipo comisivo, que permite justificar en su letra, un apego a todas las garantías constitucionales que se acusan vulneradas.

Como voté a idéntico planteo, desarrollado en el voto de la causa "D. M. C. Y OTROS P.S.A. ASOCIACIÓN ILÍCITA" Carpeta Judicial N° 6893 Rawson, Legajo Fiscal N° 17143, considero que la falta de justificación entre los ingresos del funcionario público en torno a su cargo y el incremento de su patrimonio, es una condición objetiva de punibilidad.

La interpretación constitucional de la figura puede arribarse si su lectura se hace en contexto a la normativa emanada de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción,

como así también con la Ley I N°231 de ética y transparencia en la función pública.

En el reciente precedente citado, he dicho que la conducta reprochada en el tipo penal cuestionado es sin dudas, la del que se enriquece en función de su rol en la función pública, quien aumenta su patrimonio a expensas del Estado.

Por supuesto que es posible que una persona pueda aumentar su activo por motivos que pueda justificar, como el cobro de una herencia, por ejemplo; más como dijo la jueza Moreno, la aceptación de un cargo que implica la función pública, le impone a esa persona el deber de dar las explicaciones pertinentes cuando este tipo de situaciones acontezcan.

Es que la transparencia y el deber de rendir cuentas, resultan ser obligaciones para el ciudadano que asume esa responsabilidad.

Ello así, considero que se ha fundado acabadamente el rechazo al pedido de inconstitucionalidad de la figura, y voto por confirmar esa decisión.

2. Falta de requerimiento de justificación y nulidad del realizado por la autoridad jurisdiccional.

2.1 La defensa se ha agraviado que los sufragantes encontraron satisfecha la exigencia legal, con la audiencia de apertura de investigación del 30 de julio de 2018, y con las explicaciones dadas por el imputado, a través del acta de página 92/93 del legajo de pruebas del Mpf que da cuenta de su celebración en aquella oportunidad.

Sostuvo el recurrente que la única prueba válida y con aptitud a ser considerada por el Tribunal de juicio, es aquella que expresamente se produzca en la audiencia de debate.

Analizada la cuestión en clave a los votos que integran el fallo, se advierte tres cuestiones que determinan a no hacer lugar a la petición de la defensa.

La primera, el acta que los jueces han considerado como prueba, y que acreditó el requerimiento estatal mencionado en el tipo penal.

Tras su lectura, se identifica la intimación de la cual, el defensor de A. en esa etapa por donde tramitaba el proceso, dio las explicaciones pertinentes y se comprometió a producir prueba de descargo.

La segunda cuestión, es que en el juicio, específicamente en la audiencia del día 28 de octubre de 2019, vigente aun la etapa de producción probatoria, la acusadora pública incorporó como prueba documental el acta referida, *"…cumplimentado soporte digital…",* según constancia que documentó la diligencia, y la defensa no se opuso a esa incorporación. Así con acierto lo hizo constar en su voto el juez Nieto.

La última cuestión tiene que ver que con la interpretación que se ha tenido con respecto a este tipo penal. Esta última cuestión no lleva al tercer agravio del recurrente, que preferí tratarlo conjuntamente.

2.2 En punto aparte de su memorial, sostuvo que la autoridad jurisdiccional no resulta la válidamente habilitada para realizar el requerimiento de justificación, dado que de ser así *"…significaría que está prestando con su actividad una colaboración necesaria para completar los requisitos típicos de la figura."* Aseguró que al tiempo de la audiencia de apertura a la investigación, se convocó a una persona sin contar con elementos suficientes para hacerlo.

Este agravio tampoco ha de prosperar.

Si el tribunal considera la figura del artículo 268 (2) del código penal como una especie de delitos de comisión, cual lo estima también este juez revisor, el núcleo del reproche es justamente el enriquecimiento, y no la falta de justificación del acrecentamiento patrimonial.

En esto ha sido muy claro el último votante, cuando dijo que *"el delito de comisión se considera consumado al momento en que se produce el enriquecimiento, sin influir el requerimiento de justificación patrimonial y ausencia de justificación, por cuanto son condiciones objetivas de punibilidad ajenas a la estructura típica".*

Volviendo al voto que emití en el precedente ya citado, considero que el enriquecimiento ilícito cual obra previsto en el código penal, no se consuma por la falta de justificación ante un requerimiento estatal sea jurisdiccional o de otro organismo. Al igual que gran parte de la doctrina, tengo para mí que la acción típica de la figura es la del actuar del funcionario público "*enriqueciéndose*", aumentando apreciable e injustificadamente su patrimonio.

Las garantías consagradas por el bloque constitucional incumben justamente la de defensa en juicio, en donde el ciudadano ante cualquier intimación, puede ejercer el derecho a defenderse, lo que en la funcionalidad de esta figura, alcanzaría con dar las razones de un crecimiento patrimonial en el periodo en que ejerce (o ejerció) la función.

La posibilidad de justificar esa circunstancia, está ínsita en todo proceso que merezca catalogarse de legalmente válido.

La imputación estatal en causa judicial importa una instancia en la cual se da la posibilidad a cualquier persona acusada de un delito, a dar las explicaciones que considere sirvan a su defensa. En el caso traído a análisis se traduce en las justificaciones de las acciones que A. tenga para efectuar. De hecho, las dio. No hay quebrantamiento al proceso en este caso ni vicio que provoque nulidad.

En este convencimiento, interpretando la norma en el contexto que nuestra Constitución Nacional prevé, de acuerdo a los principios que la Jurisprudencia de nuestra Corte Suprema fue marcando para quienes la debemos interpretar para aplicar a casos concretos, los ataques ensayados a su respecto deben ser rechazados.

3. <u>De la falta de motivación de la sentencia</u>.

3.1 La defensa afirmó que su cliente A. justificó sus bienes.

Que los fondos para las adquisiciones que se le reprochan fueron aportados por su pareja, C. M., a quien no se la imputó de delito alguno, y concurrió al juicio como

testigo en donde argumentó suficientemente como había adquirido cada uno de estos bienes en compañía de su marido.

Veamos.

El juez Nieto, tras evocar las afirmaciones de la testigo, indicó claramente los puntos que el testimonio carece de credibilidad, tales como el monto inicial de dinero aportado para las compras, su origen, y el prolongado tiempo que existe entre las fechas de los depósitos y el de las escrituras traslativas de dominio. Para descreer de lo declarado, hizo un racconto de la prueba producida, tal como la de su ex pareja, señor R. C. y con la del propio imputado, que resta coherencia externa a la versión de M.

Tampoco alcanzó la declaración de B. T. para reforzar los presupuestos facticos que se pretendieron acreditar en la teoría de la defensa, por cuanto fueron también descartados: "*…no resulta creíble que se hayan abonado las sumas que constan en las escrituras",* concluyó el juez.

En cuanto al informe presentado por el contador José Luis V., sin reconocer su carácter de pericia, le dio trascendencia probatoria, marcando que sus conclusiones pudieron haber sido contrarrestados con otro informe de igual tenor producido a instancias de quien recurre, cosa que no se hizo.

La doctora Moreno valoró la prueba en forma conglobada, que incluyó la perspectiva descargada por A., catalogando a M. como la *"socio capitalista"*, y con iguales fundamentos que el primer votante, coincidió en su falta de credibilidad.

Sin filtros, considero que M. mintió en el origen de los plazos fijos, la titularidad de los mismos, el destino que les dio, la forma en que los renovaba; que lo guardaba en su vivienda, y que ninguna de sus afirmaciones fueron acreditadas con alguna otra constancia que las permita tener por ciertas.

Agregó que los viáticos que se dice fueron ahorrados a lo largo de los años, pusieron de manifiesto una conducta desleal del acusado, que debió devolver los dineros no utilizados por ese asiento, y no retenerlos.

El último votante transcribió las versiones de los testigos ya mencionados, y las comparó con la de descargo. Consideró las conclusiones de V., quien dio un completo informe en donde concluyó sobre la falta de capacidad de ahorro por parte de A. y de su falta de posibilidades de realizar inversiones conforme a sus ingresos formales, como así también que M. no tenía capacidad de respuesta económica, ya que el giro comercial de su negocio no le aportaba ingresos suficientes para su subsistencia, con patrimonio neto negativo.

Con ello conformó la unanimidad en la decisión del Tribunal.

Tras el control de los votos de los jueces, se evidencia un razonamiento pormenorizado de la prueba de cargo aportada por las acusadoras, que justifican el estadio de certeza arribado. Y también se advierte una correcta ponderación de la prueba de descargo.

Han valorado en detalle cada extremo del esquema de defensa en función al descargo del imputado, en un intento de justificar el crecimiento económico que tuvo durante el lapso temporal en que fue funcionario público. Y con argumentos que se comparten, descartaron razonablemente la principal teoría de defensa positiva.

No encuentro el agravio que se identifica en el título de este acápite, sostenido en la falta de fundamentación y consecuente arbitrariedad de la sentencia.

La motivación se reconoce en el fallo, mediante argumentos que se basaron en evidencia producida en el debate, por lo que voto por rechazar el pedido de absolución.

3.2 La defensa también dijo que dos de los jueces no dieron respuesta alguna a un planteo ampliamente desarrollado en el alegato de cierre.

El mismo tiene que ver con que ante el Juzgado Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería con asiento en Rawson en el Expte. 493/2015 caratulado: "T., P. D. c/T., B. A. y Otros s/Simulación" con ingreso el 31 de Julio de 2015, tramita una acción de simulación, cuya resolución tendría directa vinculación a este caso.

El día 27 de octubre del año 2014 se celebraron las escrituras 628 referidas a las matrículas X — X — X — X; y la escritura X, referida a la matricula X, en las cuales B. T. como apoderada de su madre, la señora S. C., transfirió los bienes a O. A. en el Registro Notarial número Setenta y tres ante el escribano J. C. L.

Lo trascendente para la defensa, es que, en esa misma escribanía, se confeccionó la escritura número X (correlativa de la X y X) por la cual su cliente, O. A. otorgó un Poder Especial de Administración y Disposición a favor de W. Orlando M. (marido de B. T.), sobre los bienes inmuebles contenidos en las Escrituras X y X.

El esquema, alternativo al principal, supondría considerar que no existió ningún acto de enriquecimiento en cabeza de A., porque los bienes adquiridos a través de esas escrituras, en realidad no serían de él.

Controlado el fallo, se ha de confirmar que solo el juez Marcelo Nieto Di Biase dio respuesta concreta a este planteo.

Sin perjuicio de ello, analizado el agravio, entiendo que no le asiste razón.

En primer lugar, se interpreta claramente que la idea fuerza del temperamento del mencionado juez, es que la existencia de esa demanda en nada afecta a la solución del presente caso, de momento, en la instancia de este proceso penal.

La existencia de una pretensión materializada en una acción civil que a la fecha no ha tenido resolución jurisdiccional, no alcanza a desestabilizar los pilares de la acusación penal tenidos por acreditados en el debate.

Cuando Nieto Di Biase dijo que el planteo es extemporáneo, se refirió justamente a inoportuno por impropio en el tiempo en que se hizo, y en ello le doy la razón.

Que las propiedades se encuentren inscriptas a nombre del aquí condenado, lo ponen en carácter de propietario, y solo una sentencia firme del fuero correspondiente podría acreditar certeza sobre el

presupuesto factico de la defensa positiva, reitero, alternativa, que en instancias finales del debate, el defensor ensayó en su teoría del caso.

Y digo defensa positiva alternativa de la defensa, porque como dijo también el magistrado, la hipótesis principal se centró en intentar probar que los fondos con los cuales se efectuaron las operaciones que se incluyen en la acusación, fueron aportados por la concubina del acusado, C. M.; teoría del caso que como se analizó en el punto 3.1 de este voto, fue correctamente descartada.

Y aquí considero que la nulidad que pretende el defensor no puede prosperar.

Considero que la jueza Mirta Moreno y el juez Sergio Piñeda no se hayan expedido concretamente sobre el planteo que estamos tratando, no invalida la decisión final.

Cual dijo en su vista la fiscalía, los doctores Moreno y Piñeda no se concentraron en prueba inconducente, es decir, sobre la que no versaba sobre el origen del dinero, dado que la simulación no fue tema de discusión en el debate.

Es más, aun teniendo como razonable la posición de la acusadora publica, en cuanto a que el poder que otorgara A. a M., resultó una maniobra para no darse a conocer como dueño de bienes que su capacidad económica no le permitía adquirir, existe en la prueba producida, un detalle que fuera marcado por el juez Piñeda, en la transcripción de una prueba.

Al momento de ponderar los dichos de B. T., esta refirió que A. le hizo un poder a su esposo, ya que su mamá S. C. (propietaria de los bienes vendidos) le dijo a C. M. que había algunas cosas que restaban finalizar, como el tema de la luz y el gas, *"…y como W.* (M.) *tiene gente conocida le podía terminar el trámite."* Es más, dijo T. que escuchó que en la escribanía, A. le preguntó a su marido si tendría algún problema, así le podía hacer esos trámites, respondiendo su marido que no tenía ningún problema.

Esta interpretación del motivo del poder conferido, luego de aplicar el denominado test de la superposición, pone

en evidencia la debilidad del presupuesto factico que incumbe la escritura 630 de la escribanía L.

Con y por todo esto, he de votar por no hacer lugar a la impugnación en éste punto.

4. De la pena.

La recurrente supletoriamente ha instado que la sanción impuesta sea corregida, que nada se dijo en la sentencia respecto de la pena de multa, y que solo la doctora Moreno ha intentado una fundamentación aparente de la procedencia del decomiso, lo cual torna infundada la sanción impuesta a su cliente.

4.1 Como venimos procediendo en el recurso que nos convoca, debemos comenzar con el control del fallo.

Comencemos con la pena privativa de libertad.

En este punto, solo el primer votante ha hecho un detallado análisis de las circunstancias que en la instancia de cesura fueran sustanciadas. Con prolijidad que se destaca, justificó cada uno de los parámetros que pretendieron fundar una pena gravosa, detallando los motivos por los cuales algunos prosperaron y otros no.

La jueza Mirta Moreno enumeró variables a las que le dio consecuencias agravantes al reproche, tales como *"naturaleza, modalidad de la acción, la magnitud del injusto y la gravedad del hecho…",* sin darles contenido.

Tal es así que cuando se refirió al modo de realizar el delito y los medios utilizados, se limitó a indicar que fue comprobado en la causa y que denota una falta total de motivación en la norma y trasunta sentimiento de impunidad.

El tipo penal cuya acreditación en materialidad y autoría se confirma en este fallo, se refieren al enriquecimiento apreciable no justificado, ocurrido con posterioridad a la asunción del cargo público que detentaba el acusado. El modo en que lo realizó y los medios que utilizó, debieron de ser acreditados, aun en la etapa de cesura, para que, debidamente valorados desde la jurisdicción, puedan operar como una variable de la dosis que merezca confirmarse. El voto revisado omitió el desarrollo de estos fundamentos.

Por otro lado, se ha querido justificar mayor reproche por el grado de afectación al bien jurídico que pretende proteger la norma, más el argumento con que pretendió completar su idea no llega a sostenerla.

Decir que el accionar de A. lesionó la confianza que la sociedad deposita en funcionarios públicos, es considerar una circunstancia que ya está ínsita en el tipo penal de la condena, y que justifica su existencia.

Así sin dudas, ha realizado una doble valoración en cuanto a la condición de funcionario público y las consecuencias de sus actos, lo que no puede compartirse.

Lo mismo ocurre con el apetito desmedido en el acopio de bienes, que como presupuesto legal, integra aquello de *enriquecimiento apreciable no justificado,* contenido en el artículo 268 (2) del Código Penal.

El Juez Piñeda, transitó por el mismo camino.

Consideró como agravantes "*el accionar ligado directamente con el cargo de funcionario en ejercicio de sus funciones, incrementó su patrimonio de una manera exorbitante*", mereciendo por lo tanto, la misma critica (doble e indebida valoración) y en consecuencia, debiendo correr la misma suerte.

En cuanto a la extensión del daño causado, fue relacionado directamente con el monto del enriquecimiento acreditado, lo que no tiene directa vinculación con el bien jurídico protegido por el tipo penal.

Si acaso el delito por el que A. hubiera sido acusado y luego condenado, hubiera sido de los que protegen la propiedad, el daño causado sí tiene directa vinculación y así es más lógico que fuera valorado.

No siendo ese el bien jurídico que protege la figura del enriquecimiento ilícito, es necesario que los jueces justifiquen con mayor esfuerzo cual es el daño causado, y porqué la extensión del monto económico del enriquecimiento incide en la sanción privativa de la libertad.

También el juez Piñeda consideró la falta de antecedentes como atenuante, y le adicionó el buen concepto que le merece el imputado a personas que declararon en el juicio; es decir, sumó una variable disminutiva de la

sanción, pese a lo cual igualmente llegó al mismo monto que la jueza que lo antecedió, sin fundamentos que expliquen la operatoria mensurativa.

Ninguno de los dos últimos votantes se expidieron por si prosperaban o no las variables que Nieto descartó. Ello así, interpretando que si prosperaron de cara a imponer la pretensión punitiva solicitada por las acusadoras, se colige lo infundado de sus votos en este punto.

Pasemos a la pena de multa.

Dentro del libro primero del Código Penal, el titulo segundo se encarga de regular las penas previstas en la ley, y en dicho marco, el artículo 21 establece que "*La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado".*

No se advierte que la sentencia contenga las previsiones que justifiquen la aplicación de esta sanción.

El juez Piñeda no argumentó sobre las condiciones generales referidas en la ley, ni justificó los motivos que lo determinaron a imponer el mayor porcentaje de la escala sobre el monto que siquiera se encuentra establecido, con el cual incumplió también con la manda que ordena determinar en la sentencia la cantidad de dinero que el condenado debe pagar.

La doctora Moreno consideró *adecuado a derecho* la imposición del 100 % del valor del enriquecimiento, cuyos montos se establecerán una vez firme el valor del enriquecimiento, con idéntico vicio al de Piñeda.

El doctor Nieto Di Biase fue quien justificó el porcentaje a imponerse en la sanción, en consideración a que, de acuerdo a los precios de mercado de los inmuebles, es una suma irrisoria si se tiene en cuenta el valor de lo efectivamente acreditado en el juicio.

Ninguno de los tres jueces consideró la situación económica del imputado, cual también lo exige la ley (artículo 21 del código penal).

En este punto, la defensa instó se aplique el 50% de la escala en concepto de multa, o directamente la nulidad del decisorio por falta de fundamentación.

Del decomiso.

Cual afirmó el impugnante, solo la doctora Moreno en el punto 10 de su voto, justificó el instituto del decomiso de los bienes, como una consecuencia accesoria a la pena principal.

4.2 ¿Qué debemos resolver sobre este agravio?

Si bien los defectos enumerados y analizados podrían habilitar una declaración de nulidad parcial del fallo, estimo que es posible en este caso, asumir competencia positiva y evitar el reenvío.

Así es, en cuanto a la pena de prisión, sabido es que la previsión de las pautas mensurativas del código penal, sirven de orientación para la determinación judicial de la pena, que no es otra cosa que la imposición de *"…la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada…" (*ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *"Derecho General. Parte Genera/",* Ed. Ediar, 2a edición, Buenos Aires, 2002, página 993).

En la norma no se otorga una valoración prefijada a cada presupuesto, por ejemplo, en el artículo 41 del código penal no identifica cuales son las circunstancias agravantes o atenuantes. Es por ello que en la decisión judicial de esta etapa del proceso, se le exige al magistrado fundamentación explícita, que permita interpretar la razonabilidad del reproche, y posibilitar con ello el control crítico de la decisión.

En dicho sentido Ziffer dice que resulta *"imprescindible que se haga explícito* si se *valora* a *favor* o *en contra, y en segundo lugar, por qué, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabilidad moral de ese aspecto de la conducta". (*ZIFFER, Patricia S., *"Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena* ", en *"Determinación judicial de la pena* ", compilador Julio B. J. MAIER, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 107*)*

Como se dijo más arriba, fue el doctor Nieto Di Biase quien analizó correctamente las posiciones de las partes, y valoró en su conjunto todas las alternativas que la contradicción le puso en la mesa de decisión.

Su ajuste de la sanción partió del mínimo de la escala, método que diversa jurisprudencia, por supuesto incluida la de esta Cámara Penal, viene sosteniendo.

Ello así, también debemos decir que la adición y sustracción de tiempo de pena en la valoración de atenuantes y agravantes desde esa base, surge atinada. Incluso fue acertada su decisión de no aplicar algunas variables sugeridas por la acusadoras, lo que llevó mesura y prudencia en su labor, al punto de afirmar que esa serie de supuestas agravantes, "…*lejos de tener sostén jurídico, parecerían que solo intentan justificar su rol ante la comunidad, poniendo, una vez más, en cabeza de los jueces, la responsabilidad de hacer saber a dicha comunidad que la pena a imponer debe ajustarse al derecho aplicable.*"

Así las cosas, como en cualquier revisión de sentencia, ante un fallo por mayoría en esta instancia correspondiente a la sanción, es posible confirmar el voto del juez que ha quedado en minoría. Por ello el reenvío puede ser evitado.

Solo lo que no justificó el magistrado, por el monto final de tres años y seis meses fijado, fue determinar si la pena, atento la escala prevista en la ley, merece o no ser de efectivo encierro.

Deliberada profundamente la cuestión con los distinguidos colegas de esta Cámara Penal, coincidimos en que la respuesta es no lo merece.

Siendo como es, que esta constituye la primera condena del encartado, cuyo tipo penal parte de un mínimo de dos años, a los que se puede sumar y restar tiempo de encierro en función de agravantes y atenuantes, considero que una pena de tres años de prisión en formato condenación condicional es posible de ser dictada, y cumplida mediante estricto control de las pautas de conducta que regirán en el máximo plazo establecido en la ley.

Lo que si deberá sustanciarse e imponerse en la instancia anterior, son justamente esas reglas de conducta a la que será sometido A., bajo apercibimiento de revocar el beneficio y transformar el reproche en cumplimiento efectivo.

Esto debe ser interpretado con lo que sigue.

He dicho que la jueza Moreno ha justificado razonablemente la decisión del decomiso de los bienes que han sido obtenidos por el imputado. Sus colegas tomaron la misma decisión, sin dar sus fundamentos.

Al igual que en el punto anterior, no será necesario resolver la nulidad ni ordenar un reenvío.

Estimo que cual acertadamente la jueza ha dicho, el decomiso es una pena accesoria de una pena principal, que en este caso, es la privativa de libertad.

Y cual también ha justificado la magistrado, es claro el objeto y razón de su existencia, lo que llevado al caso que nos ocupa, determina a dar toda razón cuando afirma que *"…las cuatro parcelas de terrenos ubicados en Playa Unión como las dos parcelas sitos en Rawson, asi adquiridos en tanto constitutivas de ese incremento patrimonial apreciable e injustificado, resultan claramente abarcadas por el artículo 23 del Código Penal."*

Este fundamento de naturaleza accesoria del instituto, y de directa vinculación a la pena principal, justifica su aplicación y con ello, su ratificación en esta sede.

En cuanto a la multa, como se dijo más arriba, no ha existido en ninguno de los votos de los jueces, una fundamentación clara y concreta que haya explicado las razones que llevaron a establecer la necesidad de su imposición, ni una determinación de su cantidad.

El fallo que impone una multa del cien por cien del monto del enriquecimiento ilícito, no aparece como una derivación razonada de la prueba producida en la causa, sino más bien, una imposición subjetiva e infundada.

Por ello, en cuanto a esta sanción, no existe otra opción de la declaración de su nulidad.

Finalizando: O. R. A. fue acusado del delito de enriquecimiento ilícito, y esa condena implica una sanción.

Esa sanción, tras esta revisión, importa: estar inhabilitado absolutamente y de por vida, es decir jamás podrá volver a detentar ningún cargo público; se ha de decomisar los inmuebles adquiridos y tenidos por espurios, que serán recuperados en su totalidad e ingresados al Estado; y finalmente, se le ha de imponer una pena de tres años de prisión, que deberá cumplir en forma efectiva si no cumple en debida forma con las reglas de conducta que se le han de imponer.

Adicionar una pena accesoria más como lo sería la multa, resultaría no solo una pena evidentemente exorbitante y de imposible cumplimiento, sino una flagrante violación al principio constitucional que prohíbe la persecución penal múltiple.

Vale aclarar que no se declara la inconstitucionalidad de la multa: se estima nula la decisión judicial por los vicios advertidos, y se concluye su inaplicabilidad en este caso.

Es por estas razones que adhiero a lo sugerido al pleno por el señor presidente de este Cuerpo, y en este punto final, voto por hacer lugar parcialmente a la impugnación, imponer a O. R. A. la pena de tres años de prisión en suspenso, inhabilitación perpetua, y la confirmación del decomiso de los bienes detallados por el A Quo. En consecuencia, disponer el reenvío de la causa al juez penal que corresponda, para que se sustancien e impongan las reglas de conducta que ha de cumplir el condenado, bajo apercibimiento de la revocación de la condicionalidad de la pena ante el menor incumplimiento.

5. En punto a las costas y honorarios en esta instancia, adhiero a lo decidido por el colega que lidera esta sentencia.

Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal **S E N T E N C I A:**

1) Rechazar parcialmente la impugnación ordinaria deducida por el Dr. F. G., Defensor de confianza de O. A., de demás circunstancias obrantes en autos;

2) Revocar parcialmente la sentencia N° 1075/2019 OJRw dictada en fecha 14 de Noviembre de 2019 en lo que hace a la pena de multa y prisión de efectivo cumplimiento por el término de 4 años y seis meses impuesta en primera instancia;

3) Condenar a O. A., de demás circunstancias personales obrantes en autos, en definitiva, a la pena de 3 años de prisión bajo modalidad de ejecución condicional e inhabilitación absoluta perpetua y proceder al decomiso de los bienes descriptos como constitutivos del enriquecimiento ilícito reprochado en autos;

4) Imponer las costas del presente proceso al condenado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular a cargo del Dr. F. G. en el monto de VEINTICINCO (35) JUS, así como los de las Querellantes Fiscalía de Estado, representada por el Dr. M. C. y Fiscalía Anticorrupción, representada por el Dr. B. R., en DIECIOCHO (18) JUS respectivamente, todo ello en atención al mérito y extensión de la labor profesional desarrollada en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-N° 4, antes decreto ley 2.200);

5) Reenviar los presentes actuados a la Oficina Judicial Rawson a efectos de que, previo designar nuevo magistrado ajeno al conocimiento de estos folios, se discutan e impongan las pautas del art. 27bis adecuadas al presente caso;

6) Regístrese, protocolícese y notifíquese, fecho, devuélvase a la Oficina Judicial Rawson.

Roberto Adrián Barrios Alejandro Gustavo Defranco

El Dr. Martín Eduardo Montenovo no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede mediante correo electrónico oficial.

Registrada con el Nro.: 33/2020 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

O. Pablo Bastos
Secretario de Cámara