

Ref. autos: "MIRANDA, Oscar E. - THAMM, Alfredo C. s/Peculado - REC. CASACIÓN".-

[Expte. Nº 3996, pág. 69, L. IV, Año 2011 - Jurisd.: Cámara I, Sala II, Paraná]

///-C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintinueve días del mes de febrero del año dos mil doce, reunidos los señores Miembros de la Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidenta, Dra. CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK, y Vocales, Dres. CARLOS ALBERTO CHIARA DÍAZ y DANIEL OMAR CARUBIA, asistidos por el Secretario autorizante, Dr. Rubén A. Chaía, fue traída para resolver la causa caratulada "MIRANDA, Oscar E. - THAMM, Alfredo C. s/Peculado - REC. CASACIÓN".-

Practicado el sorteo de ley a fs. 863, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. MIZAWAK, CHIARA DÍAZ y CARUBIA.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala postuló las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: *¿Es procedente el recurso de casación interpuesto en esta causa?*

SEGUNDA CUESTIÓN: *¿Qué cabe decidir en materia de costas causídicas?*

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. MIZAWAK, EXPRESÓ:

I.- Vienen estos obrados con motivo del recurso de casación deducido a fs. 818/830 vlt. por los Dres. JOSÉ CANDELARIO PÉREZ y RÁUL ENRIQUE BARRANDEGUY -en sus respectivos roles de defensores técnicos del encausado ALFREDO CEFERINO THAMM,-

agraviándose de la Sentencia Nº 4 que, en fecha 28/03/2011, dictara la Sala Segunda de la Excm. Cámara Primera en lo Criminal de Paraná (*cftr. fs. 789/815 vlt.*), donde se declaró a su ahijado procesal autor material y responsable del delito de PECULADO, condenándolo a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL con más la INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA para ejercer cargos públicos y reglas de conducta (*cfme. arts. 5, 26, 40, 41, 261 -primer párrafo- y 27 bis del Código Penal*).-

II.- Principian los recurrentes su libelo impugnativo, fijando el objeto del recurso y aludiendo a los aspectos que, a su juicio, lo tornan formalmente admisible.-

A posteriori, al momento de esgrimir los requisitos de procedencia sustancial, relatan los antecedentes que estiman relevantes, puntualizando que la atribución que sustentó la condena, en esencia, encontró su adecuado fundamento en dos circunstancias materiales concretas que achacó a su asistido, a saber: 1º) haber adquirido U\$S 200.000 el 23/05/2001 y, 2º) haber reemplazado, en dicha suma, dólares por pesos, después de la devaluación ocurrida a principios de 2002, de lo que resultó que en el arqueo de dicho importe *-que la Tesorera dijo haber realizado el 23/05/2001-* faltaran U\$S 71.200 y sobrarán \$ 71.200 (*es decir, según la imputación, había pesos donde debía haber dólares*).-

En cuanto a la pieza sentencial, dicen, desde el punto de vista de su regularidad constitucional y legal, exhibe gravísimos defectos de fundamentación que la tornan merecedora de una enérgica censura, pues se encuentra cimentada en una tan inexplicable como inadmisibles convicción personal, íntima, que el orden constitucional y el legal no permiten, acerca del sentido y alcance del plexo probatorio, sostenida, además, en una arbitraria selección de los medios de prueba a los que, incluso, en varios casos ignora por completo, no obstante su valor desincriminante evidente.-

Concretamente, asignan al acto sentencial

cuestionado vicios "*in iudicando*" e "*in procedendo*" (cfme. art. 477 -incs. 1º y 2º- del C.P.P.).-

Advierten que, cuando se le imputó a su defendido "*haber sustraído caudales públicos en la suma de \$ 142.000*", claramente se le dio al vocablo "*sustraer*" el sentido de "*apropiarse*". Caso contrario, reflexionan, si se hubiese entendido que "*sutraer*" es "*apartar, separar, extraer*", la suma considerada por la imputación debió haber sido de \$500.000.-

Conforme remarcan, lo precedente es señalado por cuanto para el andamio de la imputación *-si el sentido de sustraer fuese equivalente a apropiarse-*, se requeriría prueba de que THAMM compró U\$S200.000 como también de que cambió parte de ellos antes del 06/01/2002, cuando el país abandonó la convertibilidad y la reemplazó por la pesificación asimétrica.-

Fijan, como primer motivo casatorio, la falta de motivación adecuada respecto de la compra de los U\$S 200.000, denotando que, categóricamente *-sólo basándose en la declaración de la testigo CENTURIÓN y la pantalla del HSBC (fs. 490)-*, se ha concluído que su pupilo el 31/05/2001 compró dólares con dinero de la Municipalidad en la Sucursal Paraná del HSBC Bank, encontrándose por probado que resulta tal cifra.-

Resaltan que se deriva del informe pericial de fs. 490 que, en la cuestión de la compra aludida, existen dudas y contradicciones, ello reforzado con el informe bancario (cftr. fs. 10 y 489 vlt.) en el que el Gerente de la mencionada entidad reconoce que, durante el año 2001, las ventas de dólares se efectuaban sin registrar las identidades de los compradores, aclarándose que se ha localizado como compra "probable" de la Municipalidad de Villaguay una por un monto de U\$S 200.000.-

Sin embargo, explican, la mencionada auxiliar consultó a una empleada del banco HSBC *-Cra. MATHARAN-*, quien le informó que lo que se hacía en el año 2001, con relación a las operaciones de compras y ventas de dólares, era registrar la identidad de compradores y vendedores en el sistema contable computarizado del

Banco, pero en el ticket que respaldaba la operación *-que se entregaba al comprador y/o vendedor de dólares-* no se imprimía dicho dato.-

Aducen los defensores que el Tribunal, con el conjunto de elementos probatorios existentes, jamás pudo producir la certeza que la Constitución les exige a los jueces del Estado de Derecho para condenar. En el mejor de los casos, para una hipótesis acusatoria seria, podría haberse arribado a una sospecha, absolutamente insuficiente para condenar.-

Asimismo, advierten, se ha omitido la referencia a la pieza de fs. 389, donde el Gerente Legal de HSBC Argentina, el 17/08/2007, ha corroborado que no era posible, en la fecha de los hechos investigados, individualizar al comprador de dólares, no quedando constancia, ni siquiera la firma de quién realizaba la operación.-

Señalan que tampoco ha merecido ninguna reflexión la declaración de la testigo VITTORI quien, a fs. 485, afirmó que la "pantalla" no es prueba de nada puesto no identifica al operador.-

Relatan cómo, a criterio de su defendido, pudo haber ocurrido la circunstancia de que, habiendo comprado U\$S 99.000, existiera una pantalla o algún registro informático que le asignara la operación por U\$S 200.000 a la Municipalidad de Villaguay. Y, en ese sentido, rescatan lo dicho por el imputado en cuanto a que personal del Banco, inescrupulosamente, retuvo U\$S 101.000 con el objeto de colocarlos en el mercado informal de moneda extranjera entre personas que no podían justificar la compra, abonando su postura con el relato de hechos similares ocurridos, de los que su defendido recién tomó conocimiento dos años después de iniciada la instrucción.-

Como segundo motivo casatorio, la defensa técnica se disconforma de la conclusión dogmática a la que ha arribado la judicante, sin fundamento razonable alguno, de que THAMM llevó dinero en el mes de mayo de 2002 a la Municipalidad de Villaguay y lo entregó a la Tesorera, no existiendo certeza convictoria necesaria para sostener tal conclusión.-

Fundando tal disconformidad, aluden a la planilla de

saldos contables de fs. 41 realizada el 02/01/2002, cavilando que ello no podría ser prueba de lo ocurrido en mayo de 2002. Aunque sí demuestra tal planilla que el dinero de la caja de seguridad autorizada se encontraba perfectamente contabilizado mediante un asiento, cuyo concepto aparece "enmendado".-

Refieren a la declaración de CARRIZO quien, opinan, la Sala "*a quo*" recibió con notable benevolencia y a la que ni siquiera previno cuando desembozadamente contradijo afirmaciones que había sostenido minutos antes, habiendo esta testigo mentido insolentemente, puntualizando las ocasiones en que, a su criterio, lo hizo.-

Luego, examinan la declaración de GRECA, señalando que dicho testigo no vio el arqueo que CARRIZO afirma se realizó en su presencia, ni ejecutó el arqueo que la misma le adjudica. Fue terminante el mismo en afirmar ambas circunstancias, aclarando, además, que los pagos de enero fueron contabilizados en la fecha en que se realizaron. Por tanto, sostienen, extraer las consecuencias obtenidas de dicha declaración sin detallar la forma en que se arribó a ellas, comporta un error muy grave y una violación al principio constitucional del juicio debido.-

Hacen mención a la nota de THAMM a ROUDE donde se afirmaba, por error, que el dinero se trajo a Villaguay el 06/05/2002, indicando que tal instrumento fue redactado por personal municipal, habiendo él firmado, pero sin advertir lo consignado en el texto.-

Detallan, luego, cómo acontecieron los hechos. Sin embargo, les extraña que la sentenciante ni siquiera hizo una mención liminar respecto de los argumentos prenotados que la defensa desarrolló en el debate, lo que se contradice con la doctrina sentada por la Excma. C.S.J.N. en cuanto a la afectación de la garantía de defensa en juicio y a la obligación de motivar los fallos.-

Como tercer motivo casatorio, resaltan la grave inobservancia de la ley sustantiva.-

Insisten los defensores del imputado THAMM en que la Sala de grado ha inscripto la sentencia entre aquellas que le adjudican al término "*sustraer*" el significado de separar, de quebrantar la relación

de custodia de los caudales en poder del administrador, para lo cual le ha debido asignar a la compra de dólares *-inobjetable suceso de ponderable administración-* el carácter de acto típico. Fueran cuantos fuesen los dólares comprados, al haber actuado *"respecto de ellos con absoluta discrecionalidad y arbitrariedad como si pertenecieran al ámbito privado del funcionario acusado y le fueran propios o asignados"*, se ha dicho a través del voto de la señora Vocal, Dra. BADANO, que *"el accionar del imputado... encuadra en la figura del pecualdo prevista y sancionada en el artículo 261 del Código Penal"*.-

A criterio de los letrados recurrentes, se ha omitido examinar el orden jurídico como una totalidad a fin de establecer si la tipicidad formal que tiene por comprobada no resulta excluida por una norma jurídica que autorice o imponga la conducta que se estima punible, en busca de aquella confirmación de ZAFFARONI denominada "tipicidad conglobante".-

Empero, expresan, la conducta incriminada no sólo resultaba autorizada por el orden legal, sino que además se imponía como un acto de sana administración, sosteniéndose que el Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de Villaguay, por Ordenanza 734 estableció una modalidad de custodia para los \$ 500.000 que el 21/12/2000 autorizó a depositar en la caja de seguridad de Paraná, siendo tal modalidad distinta de lo normal, pero clara y, fundamentalmente, justificada en un interés público. Así, marcan, debe quedar evidenciado que los caudales depositadas en la caja de ahorros nunca salieron del patrimonio municipal, ni su administración o custodia cambió de titular.-

Niegan que se haya violado tal Ordenanza 734 cuando la extracción del dinero con el que se compraron los dólares no fue hecha con escritura pública, pues el texto literal de la misma exige la forma notarial sólo para el *"depósito de fondos"*.-

En abono de su postura, realizan referencias a pensamientos de autores en la materia, como también transcriben párrafos de fallos emanados de esta Alzada.-

Al concluir su memorial, expresamente, efectúan la reserva del caso federal.-

III.- Concedido el recurso a fs. 833, radicados los autos en este Tribunal y previo conocimiento de su llegada a la Alzada (*cftr. fs. 850/853 vlt.*), se resolvió correr traslado a las partes interesadas de la impugnación deducida, por pronunciamiento dictado en fecha 16/05/2011 (*cftr. fs. 854*).-

III.1.- Que, a fs. 858/859 vlt., se presentaron los Dres. PÉREZ y BARRANDEGUY, incoando recurso de reposición respecto de dicha resolución, oponiéndose al trámite escrito allí dispuesto e interesando sea dictada la providencia prevista en el art. 485 del C.P.P.-

Previa vista fiscal (*cftr. fs. 861/vlt.*), por auto dictado el 18/08/2011, se rechazó tal revocatoria (*cftr. fs. 869/870*).-

A fs. 872, tales letrados, contestando el traslado conferido y a efectos de evitar repeticiones, reiteran los argumentos relatados en la impugnación casatoria de fs. 818/830 vlt., interesando se tenga por denunciada la cuestión constitucional federal que pudiere derivar de la privación del trámite oral en el proceso casatorio, y por reservada la vía recursiva extraordinaria.-

III.2.- A fs. 874/881, dictaminó el señor Procurador General de la Provincia, Dr. JORGE AMILCAR L. GARCÍA, quien, luego de reseñar los antecedentes del caso, manifiesta que la defensa reitera los argumentos ya esbozados en la discusión final del juicio de instancia, subsumidos en: a) falta de motivación en el fallo sobre la compra de U\$S 200.000; b) prueba del reemplazo de los dólares posterior al 06/01/2002; y c) legitimidad del obrar de THAMM en el manejo de los fondos, lo que torna atípica su conducta.-

Desde la visión de este Ministerio Público Fiscal, aludiendo concordancia con la jurisprudencia de esta Alzada *-in re "FERRARI" (03/03/2008)-*, el fallo en crisis ha considerado y resuelto puntillosa y exhaustivamente las cuestiones planteadas por las partes procesales, sobre la base de una merituación integral y totalizadora de cada una de las pruebas para, luego y en base a todas ellas, en una

conjunción conglobante y completa, aplicar correcta y fundadamente el derecho vigente seleccionado.-

A posteriori, despliega nutridas explicaciones teóricas sobre el concepto de "verdad".-

Respecto del bien jurídico protegido por el art. 261 del Código sustantivo, subraya que es de aquellos denominados supraindividuales, donde la idea de "*correcto funcionamiento de la administración pública*" posee un sentido funcional y dinámico.-

Con citas de autores destacados en el tema, indica que lo que se protege es la sujeción del funcionario a la ley, ya que en un Estado de Derecho, los bienes públicos, como tales, deben estar regidos por el presupuesto y su disposición no puede depender del arbitrio o voluntad del funcionario, sino que siempre deben ser reglados porque éste es el reaseguro del ciudadano que ha cedido la representación en virtud del consenso republicano.-

Por tal razón, prosigue, es que ya quebranta la norma anticipándose a la lesión el riesgo lejano de la simple malversación como desvío ilegal del destino de los bienes (*art. 260 del C.P.*) y, con más razón, ello ocurre cuando es el funcionario competente el que directamente dispone de dichos fondos, apropiándose los para sí o para un tercero ajeno a la finalidad reglada, en el peculado.-

Seguidamente, efectúa consideraciones sobre el sentido de la vinculación pública como esencia del peculado, destacando que se puede afectar tanto por acción dolosa o por omisión, por retención o no entrega, de acuerdo a los fines establecidos.-

Lo que interesa, a juicio del Dr. GARCÍA, es la protección de la "propiedad" en el amplio sentido del Derecho Penal, sin reducirse la noción de Administración Pública según que los bienes administrados se encuentren afectados a servicios públicos o fines públicos.-

En el "*sub examine*", estima, la defensa parece no advertir en su alegato que el riesgo jurídico-penalmente desaprobado del peculado, como competencia institucional, se funda en el deber positivo

de custodia permanente de los fondos públicos para que no sean sustraídos, remarcando que se halla plenamente probado que el día 23/05/2001 se compraron U\$S 200.000 con los fondos depositados en el HSBC y *"...que se actuó luego respecto de ellos, con una absoluta discrecionalidad y arbitrariedad, como si pertenecieran al ámbito privado del funcionario público acusado..."*, quebrantando todos los mecanismos de control funcional establecidos, no por tecnicismo burocrático sino para protegerlos de la sustracción.-

Analizando la prueba, considera que la misma es abrumadora: informe del banco HSBC, impresión de pantallas que se ve corroborado por la cantidad de dólares vendidos ese día, con la tira de caja, n° de operador, hora, n° de comprobante de operación, resumen de la caja de ahorro del Municipio de donde se extrajeron los fondos para ello, resaltando, además, que esto último no fue negado por THAMM.-

En cuanto al planteo de "inmotivación", considera que lo insólito es que se trata de la misma defensa que ya fue refutada gruesamente en el Juicio de Cuentas y por este Tribunal de Alzada al rechazar el recurso de inconstitucionalidad provincial (en fecha 22/03/2007).-

Sobre el particular, se remitió a conceptos brindados entonces por el Dr. BEADES, quien dijo que los cargos se fundaron también en la pericia contable, realizada a petición de los propios enjuiciados (*cftr. fs. 177/183 vlt.*). De ella, surgió que la compra de los U\$S 200.000 existió y que el destino de tan importante suma estuvo en manos exclusivas del Presidente Municipal y del Secretario de Gobierno, o sea los imputados MIRANDA y THAMM. Este último, en su informe de fs. 101/2 al HTC, reconoce expresamente que el 23/5/2001 *"se retiraron de la caja de ahorro \$ 200.400, los que fueron destinados a la compra de dólares"*, los cuales se guardaron en la caja de seguridad del Banco HSBC que había sido abierta el 27/12/2000.-

Así también quedó comprobado que, durante el período auditado, el manejo de los fondos municipales fue efectuado con absoluta discrecionalidad y sin control alguno por parte de MIRANDA y

THAMM, siendo elocuente evidencia de ello el Decreto N° 658/00 agregado a fs. 107, lo mismo que la comunicación suscripta por el Intendente de fs. 120 y las reiteradas observaciones y quejas, tanto del Contador como de la Tesorera del Municipio, que se habían convertido en meros espectadores del manejo de las arcas públicas, situación que se desprende de la documental incorporada.-

Continúa el señor Procurador General, diciendo que el mismo argumento de "conjura" pretendió ser empleado al impugnar el auto de procesamiento y fue fundadamente contestado por el Tribunal de Apelación (*cftr. fs. 461/466 vlt.*).-

Alude a la "conspiración en su contra" que dice THAMM existía, tanto en referencia a la perito actuante, al testigo entonces oficial de créditos SANTANA *-fallecido en 2006-* y a la Tesorera CARRIZO, resaltando las contradicciones que existieron en las versiones brindadas por el imputado recurrente en relación al retiro del dinero de la caja de ahorro en cuestión, donde, cuando aún no era sospechado, él mismo había expresado que *"el día 23/05/2001 se retiraron de la caja de ahorro \$ 204.000, los que fueron destinados a la compra de dólares y a guardar la suma de \$ 200.000 en la caja de seguridad..."* y precisando que se usó ésta hasta que *"...se traen los fondos a Villaguay, en fecha 06/05/02 y se hace arqueología por la Tesorería Municipal..."*.-

En consecuencia, reitera que el fallo cuestionado se encuentra hartamente fundado, habiendo el deliberado ocultamiento de la localización espacial y temporal de la moneda estadounidense quebrantado el deber positivo *-rol especial institucional-* de mantener la incolumidad de los bienes confiados, de modo que ya con la disposición como propios consumió el tipo doloso del art. 261 del Código Penal, tal como la señora Fiscal actuante, Dra. GOYENECHÉ, lo destacó a fs. 779 y así lo entendió el fallo a fs. 812.-

A renglón seguido, evalúa el encuadre legal realizado por la sentenciante, estimando que el mismo es correcto dogmáticamente y merece ser confirmado, resultando también plenamente aplicable la jurisprudencia sentada en el mencionado precedente "FERRARI" de esta

Sala N° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. S.T.J.E.R., por lo cual transcribe párrafos de la misma ilustrando su postura.-

Finiquita su escrito, opinando que debe ser rechazado el remedio intentado por la defensa, confirmándose el fallo puesto en crisis.-

IV.- Sintetizadas las posturas parciales respecto de la impugnación casatoria que se analiza, cabe adentrarse al examen del planteo formulado por la recurrente y sin perjuicio de que el mismo ha sido dividido en tres agravios, a saber: 1) falta de motivación por la compra de U\$S 200.000, 2) reemplazo de los dólares por pesos luego de la devaluación, 3) inobservancia de la ley sustantiva, entiendo que se impone su tratamiento conjunto por cuanto las cuestiones expuestas, más allá de los matices, refieren a la forma en que el tribunal evaluó y calificó el hecho investigado, atacando, principalmente, por arbitrariedad y falta de motivación a la sentencia recaída en autos.-

a.- En esa línea, entiende el quejoso que, a fin de comprobar el hecho imputado, se debía acreditar que THAMM compró 200.000 dólares y que los cambió antes del 6 de enero de 2001, cuando el país abandonó la convertibilidad y la reemplazó por la pesificación asimétrica.-

Ahora bien, analizando los elementos colectados en la causa y aquellos valorados por la sentencia impugnada, es posible reconstruir, tal como lo hizo el Tribunal de juicio, la plataforma fáctica oportunamente ventilada en debate, y dar por acreditada la compra de dólares estadounidenses toda vez que, a partir de los elementos arrojados en la presentación obrante a fs. 1/24, surge con nitidez la operatoria realizada en fecha 23 de mayo de 2001 desde la Municipalidad de Villaguay, dando cuenta que ese día retiraron \$ 200.400,00 de la Caja de Ahorro, dinero que fue destinado a la compra de dólares estadounidenses para luego depositarlos –violando la registración obligatoria establecida en el artículo 2° de la Ordenanza 734 HCD- en la caja de seguridad abierta en dicha entidad bancaria, desde donde efectiva y posteriormente,

fueron sustraídos los billetes adquiridos, tal como lo explica *ab initio*, en su declaración testimonial, la fiscal del Tribunal de Cuentas, DORA ESTELA BOVIER, a fs. 27/8, al señalar: “La diferencia entre estas dos cifras da u\$s 71.200 que en realidad se constatan en pesos y no en dólares. O sea hay un sobrante en pesos de \$ 71.200, cifra similar a la determinada como faltante en dólares”, aspecto que se condice con la condena fechada el 22/11/04 -ver punto I, del resolutive agregado en copia a fs. 39/42- dictada por el Tribunal de Cuentas de Entre Ríos, a “devolver la suma en pesos que resulte de multiplicar dólares setenta y un mil doscientos (u\$s 71.200) por la cotización que tenga la divisa norteamericana al tipo vendedor el día en que los encartados efectúen la devolución de los fondos, menos la suma de pesos setenta y un mil doscientos (\$ 71.200)”.-

Cabe aclarar que en las actuaciones de mención, con condena confirmada en relación al imputado THAMM -ver copia de resolución del recurso de revisión interpuesto ante el HTC., obrante a fs. 142/143, o bien cotejar lo resuelto por el STJER., a fs. 376/382, del Recurso de Inconstitucionalidad apiolado- se practicaron informes y pericias mediante las cuales se “pudo constatar que el día 23 de Mayo de 2001 dicha entidad financiera efectuó una venta de U\$S 200.000 (dólares doscientos mil) a la Municipalidad de Villaguay”.-

Ello así, y pese a los reiterados esfuerzos de la defensa por desacreditar la plataforma reconstruida por el Tribunal, debo advertir que la mecánica ha sido suficientemente descripta incluso desde el primigenio informe, suscripto por el Auditor del Tribunal de Cuentas de Entre Ríos, contador RICARDO MIGUEL SANCHEZ, mediante el cual se acredita documental y fehacientemente el depósito inicial y los sucesivos movimientos realizados en la Caja de Seguridad, cuadro que se completa con el arqueo obrante a fs. 4, del que claramente surge la diferencia –a partir de la fuerte devaluación del peso, producto de la variación del régimen cambiario- entre lo existente y el saldo que realmente debía conformar el erario municipal.-

La presentación se ve respaldada –entre otros

instrumentos- por el informe remitido desde el HSBC, agregado a fs. 10, del cual surge: "en ese año se localiza como compra probable de la Municipalidad de Villaguay una por u\$s 200.000 realizada el día 23 de mayo de 2.001", a lo que ha de sumarse el registro de ingresos a la Caja de Seguridad -fs.11, ver planilla detallada de ingresos-, la Ordenanza Municipal N° 734 HCD -fs. 12/13- mediante la cual se dispone la apertura de la Caja de Seguridad para efectuar allí depósitos hasta la suma de \$ 500.000 y los diversos documentos glosados a fs. 16/19, entre los cuales se encuentra el extracto bancario mediante el cual se indica -entre otras- una extracción por caja, operación N° 05384, de \$ 200.400,00.-

En otro orden, no debe perderse de vista que el depósito de dinero y la posterior compra de dólares estadounidenses, es reconocido por el propio THAMM, tal como se desprende del informe de fs. 14/5: "El día 23/05/2001 se retiraron de la Caja de Ahorro \$ 200.400, los que fueron destinados a la compra de Dólares", aunque más adelante agrega "y guardar la suma de \$ 200.000 en la Caja de Seguridad", con lo que daría a entender que sólo \$ 400 se imputaron a la compra de moneda extranjera, lo que, como bien se advierte a fs. 21/22, contradice lo afirmado por el Contador Municipal CESAR GRECA -fs.16- en tanto señala que dos ATN otorgados por Decretos N° 2.589/00 y 79/01 por la suma de \$ 100.000,00 cada uno, fueron depositados en la Caja de Ahorro del Banco HSBC Bank Argentina SA., y luego retirados y depositados en la Caja de seguridad del mismo Banco "previo convertirlos a dólares".-

En definitiva, dada la constelación de pruebas evaluadas de manera coherente y sin fisuras por el tribunal y teniendo en consideración que el propio imputado -quien detentaba junto a MIRANDA el manejo exclusivo de los fondos existentes en la caja de seguridad- admite haber recibido el dinero y realizado las operaciones -ver indagatoria de THAMM, en donde reconoce haber extraído los \$ 200.400, informe de fs. 40/41-, a lo que debe sumarse que funcional y realmente ese dinero "sólo era manejado por ellos" -circunstancia que incluye al sobreseído MIRANDA-, tal como lo expone la empleada municipal ELSA MIRTA CARRIZO -fs. 181/183- y es ratificado, entre otros, por CÉSAR MANUEL GRECA -señala: "el manejo real

pertenecía a Oscar Miranda y Alfredo Thamm", fs. 184/186 y testimoniales de HECTOR RAIMUNDO GILES, fs. 188/190 y los rendidos en forma posterior a fs. 524, 531/532 y en debate- no existen dudas sobre la mecánica del hecho enrostrado y la responsabilidad del imputado, hoy condenado, OSCAR EDMUNDO THAMM.-

Esta conclusión es adunada además por los documentos glosados a fs. 70, copia del decreto Municipal, la carta documento de fs. 71/72, mediante la cual el Contador GRECA pone de manifiesto que la custodia de los fondos provenientes de los ATN no se realiza en Tesorería Municipal, reiterando a fs. 75, que la caja de ahorros abierta en el HSBC no ha sido declarada ni se ha informado sobre sus movimientos. A esto han de sumarse la declaraciones de fs. 198 y 246 y los informes de fs. 221/228, 232/235, 307/341, entre los que sobresale el contrato de locación de la Caja de Seguridad, los locatarios y los extractos de Caja de Ahorro en Pesos de la Municipalidad de Villaguay, siendo importante resaltar el de fs. 316, mediante el cual se patentiza la operatoria de depósito y extracción del dinero objeto de investigación, lo que se complementa con la pericia de fs. 486/490, mediante la cual la entidad bancaria ratifica lo informado con anterioridad al HTC, en relación a la operatoria de compra de dólares estadounidenses, agregando que ha podido ubicar una *"registración de pantalla"* que refleja la operación, adjuntado copia de la misma, elementos éstos que se complementan con las constancias del expediente de Rendición de cuentas llevado por el HTC. -agregado junto a sus anexos, en el apiolado Recurso de Inconstitucionalidad- en particular, con el informe *supra* mencionado de fs. 57/61, suscripto por el Contador SANCHEZ y el presentado por la Contadora CENTURION, en especial, las conclusiones del punto h) de su dictamen, en cuanto señala: *"la Contadora Matharan permitió acceder a la suscripta al sistema contable computarizado del Banco, y en dicho sistema la suscripta pudo constatar que el día 23 de Mayo de 2.001 dicha entidad financiera efectuó una venta de U\$S 200.000 (dólares doscientos mil) a la Municipalidad de Villaguay ..."*.-

En síntesis, por los fundamentos expuestos en la

sentencia y aquellos vertidos precedentemente, entiendo que deben desestimarse los dos primeros puntos que hacen al planteo de arbitrariedad enarbolado por la defensa técnica en su libelo recursivo.-

b.- Respecto del último tema, esto es a la supuesta inobservancia de la Ley sustantiva, habré de señalar que el hecho investigado se ha mantenido intangible durante todo el devenir del proceso –ver requisitoria fiscal, indagatoria, procesamiento, confirmación del auto de mérito, requerimiento de elevación a juicio- por tanto mal puede afirmarse que el tribunal se ha apartado de la ley aplicable al suceso ventilado.-

En nada empalidece las conclusiones arribadas por el tribunal si se considerase que solo los "depósitos" debían ser instrumentados mediante acta notarial, pues lo medular aquí es la sustracción de parte de los caudales depositados en la caja de seguridad, el eventual incumplimiento de registración sería, en todo caso, un elemento de prueba o bien una falta administrativa, pero en nada cambia lo resuelto. A mayor abundamiento, tal como lo señala el Señor Procurador General, la Ordenanza en cuestión indicaba en su artículo 2º, que todo movimiento debía constar ante escribano público.-

Así, tal como ha quedado establecido el suceso convocante, resulta correctamente encuadrado el delito en la figura de malversación prevista en el artículo 261 del Código Penal, puesto que la administración pública se ha visto perjudicada con el manejo de fondos realizado por el encausado THAMM, quien como se dijo, sustrajo bienes cuya custodia y administración le habían sido conferida. Recordemos que el peculado es un delito que ofende a un "*bien jurídico supraindividual*", toda vez que persigue la preservación de la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquél haya asumido una especial función de tutela -así: CREUS - BUOMPADRE, Derecho Penal, PE., T. II, p. 309 y ss., también ver: D´ALESSIO, Código Penal, PE., p. 839 y ss., DONNA, Delitos contra la administración pública, p. 277-.-

Se dan en el caso todos los requisitos típicos de la

figura en juego toda vez que THAMM era el funcionario público que mantenía una relación funcional especial con el bien en cuestión, en tanto ha quedado comprobado que procedió a "separar", "apartar" o "extraer" -así: D´ALESSIO, Código Penal, PE., p. 840 y ss.- del ámbito de la administración pública los fondos colocados bajo su custodia, sin que importe la motivación que tuvo para tal fin, lo decisivo es que mediante esas maniobras, finalmente "sustrajo" conforme la mecánica descrita, el dinero que había ingresado al erario municipal.-

Con ello rechazo de plano la explicación, a modo de coartada, que válidamente -y en ejercicio de su derecho- realiza el impugnante, pues reitero, la misma no puede tener asidero. En efecto, no es cierto que el imputado haya obrado en la forma que lo hizo, amparado por un acto legislativo como "*expresión de la voluntad popular*" y con el propósito de "*evitar la pérdida de los dineros de la perforación a causa de una previsible acción de los acreedores*", ya que, de ser así, no tendría que existir faltante alguno, es decir, los fondos que se mantenían en custodia, deberían permanecer íntegros, y como se ha comprobado, mediante el pertinente informe, ello no sucedió, no dándose en consecuencia el presupuesto fáctico invocado en auxilio de su postura por la defensa de THAMM al afirmar: "*nunca salieron del patrimonio municipal ni su administración o custodia cambió de titular*".-

Pero además, a fuerza de aclarar aún más lo dicho, estimo que este argumento viene a reforzar la idea de que solo THAMM -junto al absuelto MIRANDA- tuvo el manejo de los fondos, y desde esa perspectiva adquirió los dólares y realizó las extracciones de la caja de seguridad abierta por el Municipio. No se objeta la compra de moneda extranjera a la que la defensa califica de "*inobjetable suceso de ponderable administración*", se investigó y juzgó el faltante de dinero, la sustracción de esos fondos, lo que echa por tierra el pretendido manejo "*inobjetable*" en beneficio de la administración pública.-

Como colofón entiendo que no corresponde acoger el planteo esbozado en este punto toda vez que ha quedado plenamente demostrado que el hoy condenado sustrajo fondos públicos confiados a su

custodia. Nuevamente aclaro que, conforme lo entiende la doctrina y jurisprudencia, "sustraer" significa "separar" o "extraer", es un delito contra la administración pública y no contra la propiedad, el funcionario que quebranta la buena marcha patrimonial de la administración pública mediante la violación de su deber de probidad -ver: DONNA, Delitos contra la administración pública, p. 277, "FERRARI", STJER., Sala Penal, 03/03/08-.-

Párrafo aparte merece la situación de MIRANDA, respecto de quien, a tenor de la absolución recaída, resulta imposible expedirse. Sin embargo al solo efecto de permitir la íntegra reconstrucción del suceso ventilado es preciso hacer notar que con su accionar, facilitó el obrar delictivo de THAMM, quien pudo cometer el ilícito a partir del manejo irregular e imprudente de los fondos públicos que el propio presidente municipal ejecutó, sin que pueda ampararse en su falta de manejo o preparación, pues si asume una conducta para la cual, eventualmente no se encontraba preparado, de todas maneras debe responder por la *"imprudencia por emprendimiento o asunción"*, por cuanto, quien afirma -o entiende- no encontrarse capacitado para enfrentar una actividad debe "abstenerse de hacerlo" o "responder por las consecuencias" lesivas que su conducta genere, -entre otros: ROXIN, Derecho Penal, PG., p. 1010, idem: "COSTICH", Sala Penal, STJER., 20/11/11-. Pero, como dije, habiendo sido sellada definitivamente la cuestión en torno a MIRANDA, lo dicho es solo a título explicativo y a modo de permitir rearmar cabalmente la plataforma fáctica debatida.-

Sentado ello, debo descartar la existencia de arbitrariedad -que reviste carácter excepcional-, pues la misma no cubre las divergencias resultantes entre lo decidido por el Juzgador y lo sostenido por la parte recurrente, como tampoco las diferentes posiciones partivas acerca de la selección y valoración de las pruebas, ni tiene por objeto corregir -como si fuera otra instancia ordinaria- las sentencias que se reputen equivocadas por el articulante, sino que sólo atiende a la exigencia constitucional que aquéllas sean fundadas, que constituyan una derivación razonada del derecho vigente y estén basadas en las constancias agregadas a la causa para ser legítimas -cfr. CSJN., Fallos,

303:769, 834, 1146 y 1511; 313:1222, 316:1717 y 323:4028, entre otros-, requiriendo, a los fines de su procedencia, un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta falta de fundamentación, vicios todos ellos que la descalificarían como acto jurisdiccional válido -ver: CSJN., Fallos: 302:142, 175 Y 1191; 310:234, 323, 282 Y 4028 y 326:2156 y 2525, entre otros-, y que no se observan en el resolutivo en crisis.-

c.- En función de lo expuesto, propicio el rechazo de los agravios esbozados en el recurso bajo análisis y la confirmación, en todas sus partes, de la sentencia recaída en autos.-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. CHIARA DÍAZ, a la cuestión propuesta, dijo:

Adhiero al voto que antecede por análogas consideraciones.-

El señor Vocal, Dr. CARUBIA, a la cuestión propuesta, dijo:

Que, existiendo coincidencia de los señores Vocales que me preceden en la votación, hago uso de la facultad de abstención que me confiere el art. 33, última parte, de la L.O.P.J. -*texto según Ley N° 9234*.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SRA. VOCAL, DRA. MIZAWAK, EXPRESÓ:

Conforme al resultado arribado al tratar la primera cuestión, las costas de esta etapa impugnaticia cuadra imponerlas al recurrente vencido (*arts. 547, 548 y ccdtes. del C.P.P.*).-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. CHIARA DÍAZ, a la cuestión propuesta, dijo:

Adhiero al voto que antecede por análogas consideraciones.-

El señor Vocal, Dr. CARUBIA, a la cuestión propuesta, dijo:

Que, existiendo coincidencia de los señores Vocales

que me preceden en la votación, hago uso de la facultad de abstención que me confiere el art. 33, última parte, de la L.O.P.J. -*texto según Ley N° 9234*.-

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente sentencia:

CLAUDIA M. MIZAWAK
CARLOS A. CHIARA DIAZ
DANIEL O. CARUBIA

S E N T E N C I A :

PARANA, 29 de febrero de 2012.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

I.- RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fojas 818/830 vta. contra la sentencia obrante a fs. 789/815vta., la que, en consecuencia, se confirma.-

II.- ESTABLECER las costas a cargo del recurrente vencido (arts.547, 548 y ccdtes. del CPPER.).

III.- DEJAR constancia que no se regulan honorarios profesionales por no haber sido ello expresamente solicitado, tal cual lo establece el art.97, inc.1º, del Decreto Ley N° 7046/82, ratificado por Ley N° 7503.

Potocolícese, notifíquese y, oportunamente, bajen.

CLAUDIA M. MIZAWAK
CARLOS A. CHIARA DIAZ

DANIEL O. CARUBIA

Ante mí: Rubén A. Chaia - Secretario

ES COPIA

Rubén A. Chaia
-Secretario-