



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 34950/2011/TO1/CFC1

Registro Nro.	1470/15	.4
----------------------	----------------	-----------

///la ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de julio del año dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 141/158vta. de la presente causa nro. CCC 34950/2011/TO1/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: **“Cesario, Franco Leonardo s/recurso de casación”**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa nro. 3879 de su registro, con fecha 23 de abril de 2014, resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a Franco Leonardo Cesario a la pena de dos años de prisión en suspenso, por considerarlo autor del delito de defraudación a la administración pública perpetrado a través de una retención indebida, con costas, e imponerle que, por el plazo de dos años, cumpla con la obligación de fijar residencia y someterse al control del Patronato de Liberados (arts. 26, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, y 174 inc. 5° en función del 173, inc. 2° del Código Penal de la Nación, fs. 140/vta).

II. Que, contra dicha resolución, la defensora oficial, Dra. Verónica M. Blanco, interpuso recurso de casación (fs. 141/158vta.), que fue concedido (fs. 159) y mantenido (fs. 165), sin

adhesión del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara Federal (fs. 166).

III. Que la impugnante motivó sus agravios en los términos del art. 456 inc. 1) y 2) del C.P.P.N. Sostuvo que la sentencia recurrida se basaba en argumentaciones dogmáticas y adolecía de falta de fundamentación por ausencia de tratamiento de los agravios presentados por la parte, los cuales reprodujo.

Así, en primer lugar, refirió que el hecho juzgado no constituía delito por falta de acreditación del tipo objetivo. Explicó que el delito de retención indebida era un delito de omisión y, por tanto, para completar el tipo objetivo se requería verificar la posibilidad real de cumplir con la acción mandada por la ley; situación que no estaba corroborada en el caso de autos. Ello así porque, conforme los dichos de su asistido -que a su juicio no habían sido refutados por prueba en contrario-, él no tenía la bicicleta en su poder porque se la había prestado a un tercero; luego, resultaba imposible cumplir con la acción mandada.

Aclaró que su defendido era responsable jurídico de las consecuencias de sus actos, pero que esa responsabilidad no podía ser penal, sino en otro ámbito del derecho, en el que debería afrontar sus responsabilidades.

En segundo lugar, reiteró también lo expuesto en oportunidad de los alegatos en cuanto a que su defendido había demostrado intención de pago y, por tanto, su falta de voluntad de generar un perjuicio patrimonial al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Fundó tal aserto en el hecho, acreditado en el debate a partir de la declaración testimonial de Gallo de que su asistido se dirigió a las oficinas del Gobierno de la Ciudad y solicitó un plan de cuotas para pagar por la bicicleta.

Añadió que el hecho de que "medie perjuicio patrimonial no quiere decir que haya mediado voluntad de causarlo por parte de mi pupilo, y ello es lo que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 34950/2011/TO1/CFC1

impide considerar que en el caso se haya cometido un ilícito penal".

En tal sentido, sostuvo que en este caso se configuró un supuesto de prisión por deudas, prohibido por la Constitución Nacional. Refirió que "...queda claro que la no devolución de la bicicleta se traducía, conforme a los términos de la Declaración Jurada, en la obligación de abonar una suma de dinero en concepto de multa (que Gallo dijo, era el valor de la bicicleta y los adicionales que correspondieran), o en la ejecución del título ejecutivo suscripto...".

Finalmente, reeditó su agravio referido a la existencia de un error de prohibición directo en tanto Cesario desconocía la conminación penal de su conducta. Para así sostener refirió que en la declaración jurada firmada por su asistido se penaba la no devolución del rodado con el pago de una multa y se citaban disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que sólo conocía su responsabilidad civil derivada de la celebración de un contrato de comodato.

Por los supuestos indicados, solicitó la absolución de su defendido.

Por último, hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs.167/170 el señor Defensor Público Oficial ante esta Cámara, doctor Juan Carlos Sambuceti, quien fundadamente postuló que se hiciera lugar al recurso de casación.

Hizo hincapié en la falta de fundamentación de la sentencia recurrida al omitir dar respuesta a los agravios de la parte. En tal sentido, reiteró que su asistido había actuado bajo un error de prohibición inevitable y que la condena implicaba una imputación por responsabilidad objetiva ya que no se había demostrado la culpabilidad de su defendido.

Concluyó que "...la conclusión del *a quo* sobre la participación de mi asistido en el hecho ha

implicado en el caso no sólo una afectación al principio de inocencia... sino que también supone una clara afectación al derecho de defensa en juicio y debido proceso..., puesto que las pruebas indicadas por la Defensa no fueron razonablemente ponderadas ni tampoco han sido contestadas o tenidas en consideración".

V. Superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. Inicialmente, debo señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla *in re* C.S.J.N "Giroldi" (Fallos: 318:514), sus planteos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el art. 456, incisos 1º y 2º del Código Procesal Penal de la Nación y se ha cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código procesal.

II. Cabe recordar en primer término que el Tribunal tuvo por debidamente acreditado que "...el día 10 de enero de 2011 alrededor de las 13:48 horas, el incuso acudió a la estación instalada en la Plaza Roma de esta ciudad, y tras suscribir la declaración jurada en la que aceptaba las condiciones y obligaciones del contrato de comodato por la bicicleta n°375, y todos sus componentes, incluyendo el casco y el candado perteneciente a la 'Flota de bicicletas del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires', que se le entregara en esa oportunidad, entre las que se halla condición de devolver el rodado dentro del plazo



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 34950/2011/TO1/CFC1

establecido para su uso en dos horas, retiró la bicicleta citada con todo su equipamiento sin retornarla a su debido tiempo a algunas de las estaciones de bicicletas de la Subsecretaria de Transporte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, pese haber sido intimado fehacientemente el 12 de enero de 2011, a restituir los bienes dentro del plazo de 48 horas, tal como surge de fs. 10 del expediente administrativo que corre por cuerda, haciendo caso omiso de ello y perjudicando de ese modo al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el monto de reposición del bien".

Se subsumió esa conducta en el delito de defraudación a la Administración Pública por retención indebida, y se condenó a Franco Leonardo Cesario en calidad de autor a la pena mínima prevista para el delito, esto es, dos años de prisión en suspenso.

Ahora bien, del plexo probatorio valorado por el Tribunal, en especial, las declaraciones coincidentes de Juan Manuel Gallo -abogado de la Secretaria de Transporte del G.C.B.A.- y del imputado, impide tener por acreditado, con la certeza que requiere un veredicto condenatorio, la materialidad del suceso así como su encuadre típico objetivo y subjetivo en la figura de retención indebida (art. 174 inciso 5to. en función del 173, inc. 2do. del Código Penal).

Es presupuesto del delito de retención indebida, la omisión de restitución del bien impuesta al autor por un título que lo obligaba a entregar o devolver. El título es la razón jurídica por la que al autor se le entregó el bien y por la cual tiene la obligación de devolverlo. De manera que no se dará esta última circunstancia (el deber de devolver el bien) cuando la cosa se entregue por un título que implique la facultad de apropiarse o disponer de ella o, como en el caso: sustituirla, pues en estos supuestos el que no restituye las cosas, no omite en los términos del inciso 2º, sea porque el título no lo

obliga a entregar o devolver, sea porque es el propio título de entrega de ella el que lo autoriza a sustituir el objeto de la obligación..." (Cfr. Nuñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal", Editora Marcos Lerner, Córdoba, 1989, Tomo IV, págs. 372/374 y, en idéntico sentido, Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo "Derecho Penal. Parte Especial", Editorial Astrea, Bs. As., 2013, págs. 524/525).

De las pruebas colectadas durante la audiencia de debate no puede sostenerse fehacientemente, a los efectos de fundar una condena, que el título por el cual se entregó la bicicleta (glosado a fs. 1/2 del expediente administrativo) funde, únicamente, la obligación de restituir la bicicleta en tanto ese mismo título otorga la posibilidad de satisfacer la obligación mediante una suma dineraria.

En efecto, el artículo tercero de ese contrato establece que, en caso de robo o hurto de la bicicleta, el Gobierno de la Ciudad podrá ejecutar el contrato y la obligación de entrega quedará satisfecha mediante el pago de un monto de dinero, los que minuciosamente se detallan (asiento \$48, portasilla \$12, manubrio \$21, ruedas par \$188, bicicleta \$1500, etc.). Incluso se destaca en el mismo título que si la persona opta por realizar un pago voluntario, se le bonificará el 50% de los valores descriptos.

El análisis de las constancias de la causa y del testimonio recabado durante el juicio oral, al contrario de lo afirmado en la sentencia, avalan esta conclusión y abonan la tesis de que Francisco Leonardo Cesario había intentado resarcir económicamente su obligación.

Así, de los dichos del imputado en oportunidad de recibírsele declaración indagatoria (fs.30/31) surge que "... el día 14 de enero de 2011, el deponente se presentó en la oficina de la Subsecretaría de Transporte, en la sección de Movilidad Sustentable, en la calle Carlos Pellegrini



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 34950/2011/TO1/CFC1

211, piso 8vo. de esta ciudad, ocasión en la que se entrevistó con el Sr. Juan Gallo, quien le refirió que la única forma de solucionar el problema era devolviendo la bicicleta o abonando en efectivo y en un único pago la suma de \$1500 por la bicicleta...Ante ello, el deponente le indicó a éste empleado que su intención era abonar el dinero, pero en algunas cuotas, a lo que este empleado le contestó en forma negativa, pues el gobierno 'no hacía cuotas' y le iniciarían una causa penal. Posteriormente, y como el dicente debía dirigirse a la costa a trabajar en la temporada de verano, le indicó que a su regreso se comunicaría con dicho empleado, lo cual realizó el miércoles 30 de marzo, proponiéndole nuevamente a Gallo el pago en cuotas, aunque se negó de igual modo, indicándole que en los siguientes días iniciarían la causa penal. Finalmente, el deponente regresó el 22 de junio a dicha oficina, llevando consigo la suma de \$1000 para efectuar un primer pago y abonar la parte restante en los siguientes días, pero nuevamente su oferta fue negada, para luego no tener más contacto con el Sr. Gallo. Quiere dejar asentado en este momento, que su intención es abonar la bicicleta, pero de ningún modo en único pago y en estos valores".

Esta declaración fue corroborada por la declaración de Juan Manuel Gallo -abogado de la Secretaría de Transporte del G.C.B.A. - durante la instrucción (fs.38/vta) y durante el debate oral (fs. 118/119), en particular en lo que respecta a: a) la alternativa a pagar el precio de la bicicleta si esta no era devuelta, b) la voluntad de pago de Cesario Franco Leonardo y, c) la negativa a saldar la deuda en cuotas.

Así, en su declaración en instrucción sostuvo que Cesario "...le refirió que es fotógrafo, que en ese momento no tenía plata para pagar, pero en los próximos meses se dirigiría a la costa a efectuar unos trabajos y a su regreso concurriría a abonar el pago.. Preguntado por el Tribunal para que diga si el

nombrado Cesario solicitó nuevas prórrogas para abonar dicho valor o el pago en cuotas, responde que no recuerda, especificando que no se contempla el pago en cuotas, pues la ley tarifaria establece el monto final de la bicicleta, el descuento del 50% por pago voluntario, pero no regula la posibilidad del pago en cuotas".

Durante el debate oral manifestó que "Se firma también un acta de compromiso, en que ofrece devolver el bien y se compromete a un pago voluntario si no lo hiciera...Señaló que en estos casos no existe un plan de pagos", reiteró lo declarado durante la instrucción en cuanto a que Cesario había solicitado un plazo para pagar luego de volver de la costa, y que había dicho que quería pagar pero necesitaba reunir los fondos para ello, concretamente, que tenía que ir a trabajar para poder pagarla.

Este cuadro se completa con las constancias del legajo de personalidad que corre por cuerda de donde surge que sus ingresos son de \$3000 mensuales, que su situación es de nivel humilde y de trabajo, que no posee bienes a su nombre y que sus ingresos representan el sostén de sus necesidades personales y familiares -vive con su esposa e hija- (fs.6/7), y que su sueldo no le alcanza para atender sus necesidades y las de su hogar (fs. 11).

De todo lo expuesto resulta acreditado que la obligación de devolver la bicicleta era sustituible por el pago del monto dinerario que se detallaba en el contrato, que esta fue la opción intentada por Cesario dado su bajo nivel económico y que la misma le fue rechazada porque no se permitían los pagos parciales.

Ante este escenario, no se puede arribar a una certeza apodíctica acerca de que el hecho materia de juzgamiento sea típico -objetiva y subjetivamente- del delito de defraudación por retención indebida.

Recordemos que el principio de "in dubio pro reo", para fundar la certeza requerida a los fines del dictado de una sentencia condenatoria, rige



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 34950/2011/TO1/CFC1

fundamentalmente en el momento de la sentencia definitiva, porque es entonces cuando se evidencia con toda su amplitud, pues el sistema jurídico vigente requiere que para poder condenar el tribunal logre obtener de la prueba reunida en el juicio la certeza acerca de la culpabilidad del acusado (C.S.J.N. Fallos: 9-290; entre muchos otros).

Entonces, esta regla que deriva del principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la C.N. y se encuentra expresamente previsto en el artículo 3 del C.P.P.N., en su aspecto negativo, prohíbe condenar al acusado si no se obtiene certeza sobre la verdad de la imputación; y en el positivo, exige al órgano judicial absolver al acusado al no obtener certeza, obligación que también deriva de la garantía constitucional contra la doble persecución penal (Ne bis in idem).

En efecto, en esos supuestos la duda, que puede definirse como una real situación de equilibrio entre las pruebas de cargo y de descargo, o, incluso, la probabilidad de que, con base en las comprobaciones de las actuaciones, se ha cometido un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe del mismo, impedirán que se dicte una sentencia condenatoria, ya que para ello se requiere la certeza sobre la verdad de la imputación (cfr.: en igual sentido Vélez Mariconde, Alfredo: "Tratado de derecho procesal penal", Ed. Lerner, Editora Córdoba, t. I, pág. 345 y nota 11, citado por Cafferata Nores, José I.: "La prueba en el proceso penal", págs. 10 y 11).

Finalmente, no dejaré de señalar que conductas como la que aquí se habría realizado y que constituye el objeto del proceso debe tener cierta reprochabilidad -que podría ser en el ámbito administrativo civil-; sin embargo, y conforme a las pautas con las que he iniciado el examen a las que sumaré una visión humanística y antropocéntrica del derecho penal, no parece ajustada ni apropiada al caso en estas circunstancias, la aplicación de una de las

sanciones que el Código Penal establece. Tampoco se presenta socialmente valioso ni pareciera tener fines políticos o jurídicos positivos la imposición de una condena en las circunstancias relevadas.

Esta interpretación es la que mejor se adecua a las previsiones que reiteradamente señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros Tribunales así como numerosa y valiosa Doctrina en el sentido de que el derecho penal exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (cfr. Fallos 331:858), -ver mi voto en la causa n° CFP 12684/2011/2/CFC1 caratulada: "CAMERANO, Sebastián s/recurso de casación e inconstitucionalidad" del 15/5/2015-.

III. En virtud de lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, revocar la resolución recurrida, y absolver a Franco Leonardo Cesario. Sin costas en la instancia (arts. 456, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

Que comparto en lo sustancial las consideraciones efectuadas por el distinguido colega que lidera el acuerdo, Dr. Gustavo M. Hornos por cuanto el caso de autos evidencia un supuesto de incumplimiento de obligaciones contractuales que resulta ajeno al derecho penal. Por ello, adhiero a la solución que propone en su voto.

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

Sellada como se encuentra la cuestión en orden a los fundamentos y la solución propiciada por el doctor Hornos en el voto que lidera el acuerdo y



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 34950/2011/TO1/CFC1

que contó con la anuencia del doctor Bornisky, solo habré de hacer algunas breves precisiones.

Es que de acuerdo al contexto en que se desarrollaron los hechos, estoy persuadido de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. En efecto, el *factum* que tuvo por acreditado el *a quo* es indicativo que la solución condenatoria adoptada por los magistrados de la instancia precedente viene ajustada derecho.

Sólo habré de señalar que, a mi criterio, el comportamiento que generó la formación del sumario inequívocamente exhibe el contenido subjetivo del reproche que reclama la imputación, en el sentido de que el justiciable tenía conocimiento que su acción produciría las consecuencias principales descritas por el art. 173, inc. 2º, del Código Penal, esto es, que realizaría el resultado típico previsto por dicha figura legal, situación que se traduce en la defraudación de expectativas de la sociedad toda de que el desenlace típicamente previsto no se produzca, presupuesto *sine qua non* este último para que la acción de que se trate pueda considerarse típica. Así lo entiende el profesor Günther Jakobs al precisar que: el "dolus directus", es el conocimiento que el autor tiene acerca de que su acción va a producir las consecuencias principales -va a originar el resultado típico y éste es aspirado por el agente- (confr. "Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, pág. 321).

En efecto, si Cesario sabía que el objeto que se le reclamaba -la bicicleta- pertenecían al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que debió haberlo restituido al finalizar el plazo establecido para su uso, el hecho de negar voluntariamente la devolución a su legítimo propietario conforme el deber previamente asumido, generó la desestabilización del sistema social y el consecuente desenlace típico previsto por el art. 173, inc. 2º, del Código Penal y

también, como resultado directo de este, el perjuicio al erario público, requisito típico de la figura agravada de defraudación plasmada en el inc. 5º del art. 174 del Código Penal también achacada al justiciable.

En definitiva, y más allá de las justificaciones intentadas por la defensa, el accionar del imputado sin dudas derivó en la decepción de la masa social en orden a que los individuos que la componen se abstengan de ejecutar las conductas expresamente prohibidas por el derecho penal vigente, por lo que Franco Cesario deberá responder conforme lo postulado por el tribunal de juicio.

Así voto.

Por ello, en orden al acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 141/158vta. por la defensa y, en consecuencia, **REVOCAR** la resolución recurrida, y **ABSOLVER** a Franco Leonardo Cesario en orden al delito de defraudación a la administración pública en su modalidad de retención indebida. Sin costas en la instancia (arts. 456, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 CSJN "LEX 100") y remítase al Tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mi:



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 34950/2011/TO1/CFC1

Fecha de firma: 17/07/2015

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACIÓN

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA DE CASACION PENAL

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA