/// la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 31 días del mes de mayo de dos mil veintidós, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal de conformidad con lo establecido en las Acordadas n° 24/21 de la CSJN y ccds. y 5/21 y ccds. de este cuerpo, integrada por el juez doctor Carlos A. Mahiques como presidente y los jueces doctores Alejandro W. Slokar y Guillermo J. Yacobucci como vocales, asistidos por la secretaria de Cámara doctora Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa nº FCB 5465/2015/TO1/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "Giraudo, Juan Carlos s/ recurso de casación". Interviene representando al Ministerio Público Fiscal el señor fiscal general doctor Raúl Omar Pleé, encontrándose la defensa a cargo del señor defensor público oficial doctor Enrique María Comellas.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez Alejandro W. Slokar, y en segundo y tercer lugar los jueces Carlos A. Mahiques y Guillermo J. Yacobucci, respectivamente.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de Córdoba decidió: "**I-** Declarar a **Juan Carlos Giraudo** […] autor responsable del delito de peculado de servicios (arts. 261 segundo párrafo y 45 del C.P.) –hecho primero-, e imponerle en tal carácter la pena de dos años de prisión en

forma de ejecución condicional (art. 26 del C.P.) e inhabilitación absoluta perpetua, debiendo fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Presos y Liberados por el término de dos años (art. 27 bis del C.P.); con costas (arts. 403 y 531 del C.P.P.N.)".

Contra dicho pronunciamiento, interpuso recurso de casación la Defensa Pública Oficial, que fue concedido y mantenido en esta instancia.

2º) Que la presentación impugnaticia de la Defensa Oficial expresó agravios con relación a diversos segmentos de la sentencia condenatoria, que desarrolló bajo cuatro tópicos: a) la existencia del hecho, b) la inexistencia de lesión; c) la condición de funcionario público que reclama el tipo penal en trato; y d) la insignificancia del daño al bien jurídico.

En relación a la existencia del evento criminoso refirió que: "De acuerdo a la posición asumida por [su] asistido al momento de ejercer su defensa material, reconociendo haber solicitado a Carlos Martín Vicentini que colabore en la colocación del marco de un portón en su domicilio particular, a título de favor y como compañeros de trabajo, el conflicto […] se circunscribe en determinar si la labor realizada por el operario se llevó a cabo en horas de servicio o si por el contrario se efectuaron fuera del horario laboral".

Así, se agravió en cuanto se tuvo por acreditado que el trabajo en cuestión fue llevado a cabo durante la mañana y en horario de servicio con el exclusivo testimonio de Carlos Martín Vicentini, restándole validez a lo manifestado por su asistido quien "afirmó -sin fisuras- que los trabajos se realizaron fuera del horario laboral".

Al respecto, sostuvo que: "…la valoración de la prueba y la conclusión efectuada por [el] Tribunal adolece de serios cuestionamientos: a) en primer lugar, por cuanto se tuvo por probado el hecho en base a un único e impreciso

Fecha de firma: 31/05/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#30116199#329515327#20220531134548566

testimonio que no se encuentra corroborado con prueba objetiva e independiente; b) luego se desvirtúa arbitrariamente lo manifestado por el acusado Giraudo, en base a conjeturas basadas en lo que parece ser 'máximas de la experiencia y sentido común', pero que en modo alguno respondieron a los parámetros de este tipo de pautas de valoración; c) se desconoció el principio de inocencia que recae sobre toda persona juzgada por un delito, al no existir la contundencia necesaria en la prueba de cargo y por no haber sido desvirtuado válidamente lo manifestado por el acusado en ejercicio de su defensa material".

En relación a la condena con un testigo único afirmó que: "…para que una condena se construya a partir del relato aportado por una sola persona, se deberían dar razones suficientes de por qué tales dichos no pudieran ser falsos de ninguna manera o al menos con una alta probabilidad; descartando absolutamente que pueda haber un error en lo que se declara, sea por alteraciones generadas en la percepción de los hechos, el almacenamiento de la información o la evocación de la memoria en las distintas declaraciones que produzca el testigo".

Aunado a ello, agregó que: "No obstante la fuerte y fundada convicción de que el testimonio de un testigo único no alcanza para acreditar un hecho con la certeza necesaria, frente a su utilización en el caso concreto por parte del Tribunal para dictar la condena, corresponde señalar que en este caso en particular además la prueba recolectada no corrobora en lo más mínimo el horario aludido por el testigo Vicentini".

Aclaró que no sostenía la falta de sinceridad del testigo en sus dichos, sino que lo declarado no se

correspondía con la realidad de lo sucedido, en tanto la confusión del horario de la labor encomendada pudo haberse generado por la frecuencia con que se prestaban servicios por la mañana y por fuera de la empresa; que el paso del tiempo pudo haber generado una distorsión de lo percibido, por cuanto el hecho se produjo a fines del año 2011 y el debate se llevó a cabo en noviembre de 2019 y, además, que la precisión de los datos de la memoria de un testigo tiene que ver con el método que se utiliza para lograr que un testigo evoque el recuerdo.

Por fin, alegó que: “la declaración del testigo único al menos debe ser cotejada y corroborada con algún dato objetivo por fuera del testimonio […] Al respeto, cabe decir que no existe prueba de ningún tipo: ni testimoniales, documentales, inspección ocular, registros fílmicos, entre otros medios, que acrediten el extremo fáctico controvertido, pero sin embargo el Tribunal lo tiene por acreditado”.

En cuanto a lo que denominó “conjeturas y máximas de la experiencia” aseveró que: “La manera en la cual el Tribunal desacredita lo sostenido por Giraudo, no es otra cosa que una ‘afirmación dogmática’. La sentencia no encuentra otro fundamento que la mera voluntad de quién la dictó. Efectivamente, se ha pretendido desacreditar que Giraudo se trasladó con Vicentini fuera del horario laboral, valiéndose de un estereotipo que no da una adecuada respuesta a la cuestión planteada (CSJN, Fallos 332:2414). Se simplificó la cuestión a partir de conjetura tomando como base de referencia el horario del desayuno, a partir de lo cual se tuvo por acreditado, sin explicación alguna, que [su] asistido junto con Vicentini concurrieron a instalar el marco del portón en horas de la mañana”.

En su criterio: “…el horario esgrimido por Juan Carlos Giraudo NO ha sido desvirtuado válidamente con prueba objetiva en el fallo recurrido. Por tanto, el principio de inocencia que rige sobre cualquier ciudadano no ha podido ser

destruido en lo que respecta a [su] asistido, resultando ilegítima e inconstitucional una sentencia de condena en estas condiciones".

De tal modo, sostuvo que: "…en el entendimiento de que el delito de peculado el sujeto activo abusando de su cargo emplea en provecho propio servicios pagados por el Estado, si las laboras cumplidas se llevaron a cabo mientras se desarrollaba el momento de descanso del operario, donde no cumplía tareas o servicios para la Sociedad Anónima FAdeA, la conclusión es más que clara: no hubo lesión de ningún tipo, Vicentini concurrió a colocar el portón mientras no prestaba servicios para la empresa".

De otra parte, aseveró que: "…a la fecha de los hechos Carlos Martín Vicentini no percibía remuneración por parte de FAdeA, ni prestaba servicios para dicha firma. Como bien lo señaló en su declaración testimonial recibida en el debate en aquel entonces prestaba servicios para la firma 'Pertenecer'. Al respecto explicó que: '…que en el año 2011 ingresó a trabajar en el Área de Mantenimiento por medio de una consultora, después en el año 2012 pasó a FADEA hasta el año 2018 que lo despidieron sin causa' […] La situación laboral de Vicentini […] se encuentra debidamente acreditada en el informe presentado por Transparencia de la Dirección General de Fabricaciones Militares […] donde también se acredita que el operario a la fecha de los hechos no revistaba en la planta de FAdeA".

Con esta base, razonó que: "…la remuneración que recibía Carlos Martín Vicentini era pagada por una entidad privada, Pertenecer, por tal motivo no existió lesión alguna a la Sociedad Anónima con participación mayoritaria del Estado FAdeA".

En otro orden, respecto a la calidad que debe reunir el sujeto activo del delito de peculado, alegó que: “corresponde determinar si la actividad desarrollada por Juan Carlos Giraudo representaba un servicio público para el Estado o sus entidades o si por el contrario la[s] labores que realizaba lo eran para una entidad de carácter privado. En otras palabras, el interrogante consiste en determinar si FAdeA era una entidad de carácter público o privado y de esta forma establecer si Giraudo prestaba o no un servicio público para la administración, conforme a la definición amplia de funcionario público”.

En tal sentido, argumentó, con cita de doctrina que estimó pertinente y luego de analizar las consecuencias jurídicas que se derivarían de tal situación, que FAdeA es una Sociedad Anónima con participación mayoritaria estatal, cuyo origen debe remontarse a la sanción de la ley 26.501, tratándose de un ente privado y sometido a las normas del derecho privado.

Así las cosas, concluyó que: “Juan Carlos Giraudo se desempeñaba como encargado del Sector Mantenimiento de planta de la sociedad anónima con participación mayoritaria estatal FAdeA, entidad jurídica de naturaleza privada y cuyos empleados no revisten la condición de funcionarios ni empleados públicos, conforme lo disponen los artículos 308 y cc de la ley de sociedades comerciales 19.550 y artículo 149 del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994). En consecuencia, siendo que el delito peculado de servicios […] es un delito especial propio que requiere para su configuración que el sujeto activo sea un ‘funcionario público’ (o ‘empleado público’ conforme ampliación del concepto por ley 25.188), corresponde anular el fallo recurrido y absolver al acusado Juan Carlos Giraudo por resultar atípica su conducta”.

Así, adujo que: "NO puede en modo alguno sostenerse razonablemente que tenga la capacidad de alterar el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de FAdeA un único hecho que consistió en llevar a un operario, con herramientas propias, a instalar el marco de un portón; una actividad que no implicó más que unos pocos minutos".

En razón de lo expuesto, peticionó se haga lugar al recurso y se deje sin efecto la sentencia impugnada.

3º) Que durante el término de oficina se presentó la defensa oficial, que solicitó se haga lugar al recurso y se anule la sentencia condenatoria dictada en autos.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse dado cumplimiento con las previsiones del art. 468 CPPN. En estas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas

-II-

5º) Que el recurso de casación interpuesto por la defensa es formalmente admisible. Está dirigido contra la sentencia condenatoria, la presentación satisface las exigencias de interposición (art. 463 del CPPN) y de admisibilidad (art. 444), y se han invocado agravios fundados en el art. 456 del rito.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399), que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (cfr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares

establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mohamed vs. República Argentina” (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

Por lo demás, si bien la sentencia del tribunal oral que dispone una condena menor a tres años de prisión es irrecurrible para el imputado a tenor del art. 459 del ceremonial, aquella limitación resulta reñida con el plexo constitucional, toda vez que impide el ejercicio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria (art. 8.2.h CADH, 14.5 PIDCyP) y viola el principio de igualdad (art. 16 CN), conforme el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Giroldi” (Fallos: 318:514).

-III-

6º) Que, liminarmente, preciso es memorar -en cuanto aquí interesa- que conforme el requerimiento fiscal de elevación a juicio obrante a fs. 130/132, se dictaminó que: “Con fecha no determinada con exactitud, pero hacia fines del año 2011, Juan Carlos Giraudo, en pleno ejercicio de sus funciones como Jefe de Área de Compras y Contrataciones de la Fábrica Argentina de Aviones ‘Brigadier San Martín S.A.’ (FAdeA S.A.) empleó en provecho propio los servicios del empleado Carlos Vicentini, quien cumplía funciones en el Área de Mantenimiento de la mencionada fábrica, al señalarle, durante el horario de trabajo, que debía realizar unos trabajos fuera del establecimiento fabril; para lo cual subió a Vicentini a una camioneta perteneciente a la flota de FadeA, dirigiéndose hacia el domicilio particular de Giraudo, sito en calle Cashuati Nº 7730 de esta ciudad de Córdoba. Una vez en el lugar, Giraudo le ordenó a Vicentini que colocara el marco de un portón, tarea para la cual este último debió realizar tareas de soldador bajo la supervisión del primero”.

En oportunidad de alegar, el fiscal actuante ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de Córdoba ponderó

Fecha de firma: 31/05/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#30116199#329515327#20220531134548566

que el hecho se encontraba acreditado en su materialidad y participación en tanto "no está controvertida su existencia ya que el acusado lo reconoció. Sin embargo, el punto de discusión es si fue en horario de trabajo o no". Al momento de reseñar a las pruebas con las que contaba para sostener que la tarea fue realizada en horario de trabajo, señaló el relato del testigo Carlos María Vicentini y un informe redactado por una Unidad de Transparencia de la Dirección General de Fabricaciones Militares.

En la pieza sentencial, el tribunal de juicio consideró que resultaba "de suma importancia" lo declarado por el testigo Carlos María Vicentini durante la audiencia de debate.

Según se anota en la sentencia, el referido testigo dijo conocer a Juan Carlos Giraudo porque era su jefe cuando trabajaba en FAdeA. De seguido, se relevó la afirmación que "en el año 2011 Giraudo lo llevó a una casa ubicada por zona Arguello para que instale el marco de un portón. Exteriorizó que también fue Álamo, jefe del área transporte. Dijo que acudieron a la vivienda en una camioneta de la fábrica alrededor de las 11:00hs., horario laboral destinado al desayuno de los empleados. Aclaró que no le pagó por tal labor".

Así también, se dio cuenta que Vicentini: "Explicó que imaginaba que se trataba de una casa de su jefe, pero que nunca se lo preguntó. Básicamente, éste le dio una orden y la cumplió. Luego, fue citado en las oficinas de la empresa, ocasión en la que, dos personas, además de hacerle preguntas, le dijeron que dicha morada era del imputado. Dijo que, a fin de realizar esa tarea, se extrajo de la fábrica una masa y un corta fierro para picar la pared. Sostuvo que también llevaron

retazos de planchuela para hacer suplementos. Sin embargo, no logró memorizar si la máquina de soldar era de FAdeA".

Aunado a ello, se tuvo en consideración el testimonio de Cristian Roberto Bobarini, quien -siempre de acuerdo a los sentenciantes- afirmó que Giraudo les ordenaba labores sin manifestarles el para qué de las mismas, trabajos que, si bien ellos creían que se realizaban para la fábrica, en rigor desconocían el destino final de dichas tareas.

Por lo demás, en la sentencia se hizo referencia al informe practicado por la Unidad de Transparencia de la Dirección General de Fabricaciones Militares (DGFM), en coordinación con el equipo de asesores legales de la Secretaría de Ciencia, Tecnología y Producción para la Defensa (SCTP), obrante a fs. 58/101.

7º) Que corresponde en primer término dar tratamiento al agravio expuesto bajo el acápite *inexistencia del hecho* en el escrito impugnaticio, donde la defensa oficial parte de la falta de acreditación de que el episodio imputado a su pupilo hubiera tenido lugar en horas de desempeño laboral.

Sintéticamente, la asistencia técnica alegó: a) que es inadmisible una condena con base en una exclusiva deposición testifical; b) que tampoco lo declarado por el testigo resulta cierto, en tanto pudo haberse confundido por la modalidad de trabajo respecto al horario que concurrió al inmueble del encausado o bien ser influenciado en tanto "fue interrogado por primera vez en la oficina de Asuntos legales de FAdeA"; c) que, en todo caso, la versión debe ser cotejada y corroborada con algún dato objetivo por fuera del testimonio, lo que no ocurrió en autos. De lo expuesto colige una violación al principio de inocencia, a lo que aunó que el tribunal de juicio desvirtuó la declaración de su pupilo de manera dogmática y sin desarrollar mayores argumentos.

8º) Que, sentado cuanto precede, es sabido que sólo la certeza positiva sobre la culpabilidad permite arribar a un

temperamento condenatorio. La sentencia de condena exige, pues, ese grado de certeza sobre todos los elementos de la imputación y, a falta de ella, corresponde arribar a una solución conforme el principio *in dubio pro reo*. Esa, y no otra, es la inveterada doctrina del cimero tribunal que debe gobernar en la especie (Fallos 329:5628 y 6019, 328:149, entre otros).

Así, cabe evocar que: "…si [la inocencia] se presume, sólo cabrá atribuir la condición de autor del hecho delictivo a un acusado cuando, visto el resultado del juicio, existe certeza probatoria de que realmente lo es. Tal clase de certeza es la única llave que puede franquear al juzgador en su discurso la puerta de salida del *recinto* de la presunción de inocencia y acceso al de la incriminación. La duda al respecto no goza de semejante virtualidad, que es por lo que la acción sobre la que se proyecte permanecerá, mientras la misma subsista, dentro de ese primer ámbito" (Andrés Ibañez, Perfecto; "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", 1º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p.82/83).

También deviene necesario señalar que: "…sólo la certeza positiva sobre la culpabilidad permitirá condenar al imputado. La improbabilidad, la duda *stricto sensu* y aun la probabilidad (positiva) determinarán su absolución. Es en este momento donde impera con total amplitud el principio *in dubio pro reo*, pues atrapa la totalidad de las hipótesis posibles de duda como estados intelectuales *excluyentes* de la certeza…" (Cafferata Nores, José I., "Proceso penal y derecho humanos", CELS, Buenos Aires, 2000, p. 75).

En el mismo sentido, enseña el maestro Ferrajoli: "Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve,

conforme al principio *in dubio pro reo,* contra la primera. Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso, mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aun sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria. Evidentemente, ni siquiera la falsedad de una contrahipótesis puede ser demostrada de manera concluyente si no estamos seguros de la falsedad de sus implicaciones probatorias y de la verdad de la premisa general que establece tales implicaciones. Sin embargo, hace falta que resulte totalmente implausible por incompatible con alguno de los datos probatorios recogidos" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", 3era. Edición, Trotta, Madrid, p. 151).

De tal suerte, el principio de inocencia impide la *poena extraordinaria* o "pena de sospecha" en los casos en que -se insiste- no existe certeza respecto de la comisión de un delito (Cfr. Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", T. I, Fundamentos, 2da ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 495; Roxin, Claus, "Derecho Procesal Penal", trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 112).

En razón de ello, categóricamente se ha entendido que: "…el principio tiene un claro contenido y es siempre el mismo, sea cual fuere su formulación: si existen dudas no se puede condenar" (Nieva Fenoll, Jordi, "La duda en el proceso penal", Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 67).

Bajo esta directriz, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que: "…la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye

una violación al principio de presunción de inocencia, el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho de defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme" (Corte IDH, caso "López Mendoza vs. Venezuela". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1/9/2011. Serie C Nº 233, §128).

Por fin, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal" entendió que: "…la 'inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad' abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. Una sentencia que no valorase las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta" (Fallos: 328:3399).

En relación a ello, lleva dicho el cimero tribunal que: "…resulta decisivo que el juez, aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el

artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal" (Fallos: 339:1493, 342:2319, 343:1181).

Así, tal se anotó, el encausado ejerció durante el juicio su defensa material, afirmando que el arreglo en su domicilio no fue realizado durante el horario laboral. Concretamente, declaró el acusado que la tarea realizada por Vicentini en su domicilio fue efectuada en horas de la tarde. A tal efecto, refirió que a la mañana se efectuaban numerosas tareas dentro de la guarnición aérea y que se salía con vehículos oficiales a distintos lugares, entre los que mencionó la escuela de aviación. También refirió que eran responsables de todas las subestaciones que daban energía, incluso de las plantas ubicadas camino a Carlos Paz. En definitiva, sostuvo que "se hacían trabajos en distintos sectores, dentro de la guarnición, pero fuera de la planta", lo que podría haber generado una confusión en la declaración del testigo.

En sentido concordante con la versión exculpatoria presentada, numerosos testigos indicaron que pese a ser FAdeA una fábrica de aviones, el sector de mantenimiento realizaba diversas tareas fuera de la fábrica y no necesariamente vinculadas a la actividad principal de la compañía.

Sobre el extremo, el testigo Alberto Albino Álamo depuso que: "Con frecuencia, personal de FAdeA, o de las empresas tercerizada de FADEA, salían de la fábrica a realizar tareas vinculadas con la empresa. Puntualmente, se hacían trabajos para la Fuerza Aérea, herrería, albañilería, se trasladaban con vehículos de la empresa. Estos trabajos normalmente se hacían en horario laboral, o hacían horas extras si se excedían". También el testigo Cristián Roberto Bobarini refirió que Giraudo "mandaba a sus empleados a hacer distintos trabajos […] Muchas veces hacían tareas que no tenían sentido con la fábrica como por ejemplo la confección

Fecha de firma: 31/05/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#30116199#329515327#20220531134548566

de una campana especial para un asador". Pero, de seguido, también memoró que "la fábrica había asumido un compromiso de solidaridad con barrios marginales como por ejemplo hacer juegos para plazas existiendo un área en la fábrica que respondía a ese objetivo".

Luego, el testigo Aldo Oscar Creche, director de FAdeA en el período 2009-2013 explicó que fue la propia empresa la que se encargó de la restauración del mobiliario de la casa que la firma alquilaba en Valle Escondido. También declaró que se le encomendó a Giraudo armar un horno para cocinar mientras hacían las reuniones de directorio en esa casa, propiedad que "alquiló la empresa, el contrato de locación lo firmó la empresa. Vivía allí solo. Todo el mobiliario de la casa era patrimonio de la empresa".

Bien es cierto que, como sostuvo la acusación y fue recogido por el tribunal de juicio, el testigo Carlos Vicentini dijo que Giraudo "una vuelta lo llevo a una casa a instalar un marco de un portón". Empero el fiscal preguntó si el testigo sabía de quien era la casa, a lo que respondió que no y cuando se le preguntó "¿Nunca supo?" también respondió negativamente. Tampoco pudo aportar precisiones respecto al domicilio, más que referir que era "para el lado de Argüello" y que fueron "para el lado de lo que es el Kempes". Cuando se le exhibieron las fotos obrantes en las páginas 74/76 del Informe de Integridad -que serían del domicilio del acusado Giraudo- dijo no reconocer la morada en cuestión. Respecto al horario, enunció que fue: "En horario de trabajo. No recuerdo si fue tipo 11 de la mañana […] a esa hora en la fábrica se paraba a desayunar y en ese momento se aprovechó para salir". Para concluir expresando que después lo llevaron a las

oficinas de FADEA y dos personas le hicieron preguntas, y le dijeron que había estado en una de las viviendas de Giraudo.

Así las cosas, frente a las versiones contrapuestas entre lo afirmado por el acusado y lo narrado por el testigo Vicentini, resultaba particularmente relevante cuanto podría haber aportado el tercer sujeto interviniente, el testigo Alberto Albino Álamo. Empero, al ponderar esta prueba, la propia acusación se refirió a Álamo como "supuestamente quien los acompañó", pero que sin embargo "**no dijo nada**. **Álamo no sabía nada** […] **O sea que tampoco pudo aportar demasiado sobre este punto**".

Tampoco el informe sobre niveles de integridad y transparencia en la gestión de compras y contrataciones, de mantenimiento, de transporte y de seguridad en la Fábrica Argentina de Aviones "Brig. Gral San Martín" SA, obrante a fs. 57/101, permite desvirtuar la tesis defensista. En dicha pieza se realiza un análisis de diversas cuestiones que hacen a la gestión de la compañía, excediendo por mucho los hechos que fueron ventilados en el presente legajo y, en todo caso, hacen a la poca diligencia con la que el acusado llevó adelante sus tareas en las diversas áreas donde se desempeñó, circunstancia que motivó su despido. Mas, concretamente y respecto al horario en que se realizó la tarea, tiene por fuente lo que Vicentini refirió en un sumario interno.

Con este norte debe señalarse que, en las concretas circunstancias del *sub lite,* frente a los escasos elementos de cargo sobre los que se pretende construir el razonamiento condenatorio se erige la versión exculpatoria enarbolada por el acusado, la cual no luce suficientemente refutada, extremo que impide concluir en su responsabilidad con el grado de certeza apodíctica que demanda un pronunciamiento condenatorio.

Así, la inferencia llevada a cabo por el tribunal *a quo*, por tanto, no alcanza para afirmar con la certeza

Fecha de firma: 31/05/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#30116199#329515327#20220531134548566

exigible que las tareas que el acusado encomendó al empleado a su cargo fueran realizadas durante el desempeño en el horario laboral. Por ello, y bajo apego estricto al mandato del *in dubio pro reo*, lleva razón la defensa de oficio en punto a la falta de acreditación suficiente de la responsabilidad del incuso en orden al delito que se le atribuye.

En efecto; dable es recordar que el tipo penal en ciernes no se satisface con el mero empleo de servicios pagados por el Estado, en opinión de los más calificados autores.

Al respecto se explica que: "lo que se pune es la desafectación del trabajo o servicio de su destino administrativo, desviándolo hacia un destino particular, es decir, extraño a la Administración" (Creus, Carlos, "Delitos contra la administración pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal", Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 342; también en Creus, Carlos - Buompadre, Jorge E., "Derecho penal. Parte especial", 7º edición, tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 317).

Similar criterio se ensaya al afirmarse que: "[se] trata aquí de supuestos en que se desafecta a los trabajos o servicios de los destinos a los que estaban determinados" (Donna, Edgardo, "Derecho penal. Parte especial", tomo III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 283).

Es que en esta infracción "el autor hace algo más al emplear trabajos o servicios, desde que resta la prestación de ellos a los fines administrativamente previstos"; es así que "emplear viene a ser 'desviar', 'separar' los trabajos o servicios de su destino administrativo, para darles uno particular en provecho del funcionario o un tercero" (Carrera, Daniel P.-Sánchez Freytes, Alejandro, "Peculado de bienes y

servicios públicos", Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 219 y p. 227).

Con base en una hermenéutica no ilícitamente extensiva, se colige que la conducta constitutiva del tipo previsto en el segundo párrafo del art. 261 CP debe importar un desvío por desafectación al destino administrativo previsto, lo que la más acreditada doctrina explica desde que "la razón de la atipicidad se da, no porque el funcionario pague el trabajo o servicio, sino porque no lo desvía de su finalidad administrativa" y ejemplifica con la hipótesis del "**artesano de una repartición que presta servicios fuera de sus horas de trabajo administrativo en casa del funcionario que dirige la repartición**" (Cfr. Creus, Carlos, "Delitos contra la administración pública", op. cit., p. 343; también, Donna, "Derecho Penal. Parte Especial", op. cit., p. 285, el destacado no obra en el original).

En definitiva, frente al déficit probatorio exhibido en juicio y sin desvirtuarse mediante un adecuado tratamiento la versión rendida por el incuso en orden al desempeño en horario no laboral, no es posible aseverar que las circunstancias fácticas reunidas en el alcance de las exigencias típicas, permitan establecer responsabilidad del orden penal más allá de toda duda razonable; de tal suerte, en las especificidades de la especie, el imperativo constitucional del *favor rei* constriñe al progreso del reclamo casatorio.

Por lo expuesto, se propicia al acuerdo hacer lugar al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, anular la sentencia impugnada y absolver a Juan Carlos Giraudo, sin costas en la instancia (arts. 3, 402, 471, 530 y ccds. CPPN).

Así lo voto.

El señor juez doctor **Carlos A. Mahiques** dijo:

I. Corresponde señalar, i*n primis*, que el tribunal de origen tuvo por probado que hacia fines del año 2011, Juan

Carlos Giraudo, en ejercicio de sus funciones como Jefe de Área de Compras y Contrataciones de la Fábrica Argentina de Aviones "Brigadier San Martin S.A." (FAdeA S.A.), empleó en provecho propio los servicios del empleado Carlos Vicentini, quien cumplía funciones en el Área Mantenimiento de la mencionada fábrica, al señalarle, durante el horario de trabajo, que debía realizar unos trabajos fuera del establecimiento fabril. Para ello, subió junto a Vicentini a una camioneta perteneciente a la flota de FAdeA, dirigiéndose hacia el domicilio particular de Giraudo, sito en calle Cashuati Nº 7730 de la ciudad de Córdoba, provincia homónima. Una vez en el lugar, Giraudo le ordenó a Vicentini que colocara el marco de un portón, para la cual este último debió realizar tareas de soldador bajo la supervisión del primero.

II. Aunque el tribunal de juicio encontró responsable a Giraudo por el sustrato fáctico relatado en el punto precedente, se advierten fisuras lógicas en las premisas articuladas en la resolución recurrida que comprometen la conclusión derivada de ellas.

Sabido es que la certeza requerida para dictar una resolución como la que aquí se impugna, no puede sustentarse en la mera expresión de voluntad de los magistrados, sino que debe remitirse a un fundamento que guarde adecuado correlato con circunstancias objetivas que habiliten cognitivamente aquella certidumbre.

Es con base en esas premisas que considero arbitraria, al carecer de la debida fundamentación, por resultar ésta aparente, a la resolución adoptada. Y esto es así, por cuanto, la única cuestión controvertida en el *subexamine*, esto es, si las tareas llevadas a cabo por el empleado Carlos Vicentini en la casa de Giraudo, fueron

realizadas durante la jornada laboral del nombrado en primer término, como afirmó la acusación, o bien durante la tarde, como dijo la defensa, no pudo ser despejada fundadamente, sin que la argumentación expuesta por los sentenciantes, supere la criba de razonabilidad exigida. Adviértase que dicha conclusión no se trata de una sustitución en la tarea que le compete al *a quo* respecto a la valoración de la prueba, sino, esencialmente de la facultad de control de razonabilidad de la motivación que vincula la actividad probatoria y el *factum* que de ella resulta, propia de esta sede casatoria.

III. Afirmó el tribunal *a quo* que *"Vicentini, al ser entrevistado en el marco de tareas de relevamiento, relató que cuando se desempeñaba como empleado de Pertenecer, prestando tareas en el pabellón 58 dependiente de Mantenimiento, en una jornada que recordó cercana a fines de 2011, durante su horario laboral, Giraudo le dijo que tenían que hacer unos trabajos fuera de la fábrica. Entonces, subió con aquel a una camioneta de la flota de la empresa que condujo Giraudo y se trasladaron hasta un domicilio particular. Una vez allí, el acusado le ordenó que colocara el marco de un portón, realizando tareas de soldadura bajo su supervisión. Dijo que, aunque le resultó llamativa la indicación consideró prudente cumplir órdenes. Con posterioridad regresaron al predio fabril, y una vez allí, sus compañeros le refirieron que la casa en que había realizado la labor era de propiedad del imputado"*.

"Así, se estableció como posible domicilio de realización del trabajo el ubicado en calle Casuhati N°7730 de la ciudad de Córdoba. ***Al exhibírsele una foto de la fachada de la vivienda a Vicentini, éste la reconoció como la locación donde efectuó la labor mencionada****."* (el destacado me pertenece).

No obstante ello, en la declaración testimonial del nombrado durante el debate oral y público, surge de la

Fecha de firma: 31/05/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#30116199#329515327#20220531134548566

sentencia condenatoria que "*(…) se le exhibieron fotos de la vivienda en la que habría colocado el marco (pág. 74/76 del Informe definitivo de Integridad), pero no reconoció la morada solo recordó que tenía una pared de ladrillo visto y un portón*", advirtiéndose una contradicción entre aquello afirmado por el tribunal y lo dicho por el propio testigo.

Por lo demás, sobre el punto de discusión, es decir, si la tarea llevada a cabo por Vicentini fue en horario laboral o no, no podía soslayarse, por su potencial fuerza convictiva, el testimonio de Alberto Albino Álamo, quien acompañó a Giraudo y a Vicentini ese día a la casa del imputado. Sin embargo, y tal como destaca el colega que lidera el Acuerdo, fue el propio fiscal general durante su alegato quien destacó que el testigo no tenía certezas sobre aquella cuestión, sin que pueda aportar algo relevante.

En definitiva, el *a quo* omitió considerar datos contraindiciarios, que, confrontados con el material incriminante que aquel evaluó para fundamentar la condena, dejan margen a una duda en torno a la hora en la que Vicentini llevó a cabo el trabajo en la casa de Giraudo.

Sabido es que los magistrados cuentan con un margen de discrecionalidad a la hora de valorar la prueba y seleccionar aquella útil y conducente a los fines del proceso, lo cual tiene como límite la razonabilidad en la apreciación de la prueba producida y en el valor que ésta asume para la determinación de los hechos. Es que, como tantas veces se dijo, para cumplir con aquel deber de fundamentación, corresponde realizar un análisis crítico, razonado y circunstanciado de las constancias del proceso, sin omitir la evaluación de todas aquellas cuestiones que sean conducentes para la solución del caso.

Todo ello permite afirmar que el fallo no cumplió con el principio de razón suficiente que requiere la demostración de que un enunciado, sólo puede ser así y no de otro modo. Esto es, que la prueba en que se fundamente la decisión sólo permita arribar a esa única conclusión y no a otras. O, expresado de otro modo, que ella derive *necesariamente,* de los elementos probatorios invocados en su sustento, pruebas que excluyan que las cosas hayan podido ser de otra manera, que es lo que en definitiva define a la regla citada (cfr. Sala II, causa 3716, *Iglesias, A. E. Y Manzotti, P.S., rec. cas.*).

La finalidad inherente al proceso penal es la búsqueda de la verdad material, a efectos de alcanzar una solución justa al conflicto. En esa línea, la certeza sólo puede percibirse subjetivamente en cuanto *firme creencia de estar en su posesión*, de modo de que el mentado estado de certeza sólo puede presentarse cuando se desechó toda noción opuesta capaz de perturbar la firmeza de esa creencia (cf.: Jorge A. Clariá Olmedo, *"Tratado de Derecho Procesal Penal"; Tomo I –Nociones fundamentales-*; Ediar S.A. Editores; Buenos Aires; 1960; pág. 447).

En consecuencia, una motivación carente de un verdadero sustento objetivo y de un discurso lógico, configura una motivación aparente y arbitraria, insusceptible de fundar una decisión jurisdiccional, pues, de ese modo se termina afectando elementales garantías constitucionales vinculadas con la defensa en juicio y el debido proceso. En efecto, al juzgador le está exigido consignar las razones que determinan la resolución, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el *iter* lógico que ha seguido para arribar a la conclusión. Expresé sobre el punto en numerosos precedentes (cfr. CNCCC, Sala III, causa n° CCC 39411/2010/TO1/CNC1, *Rolón Miguel Ángel s/ abuso sexual*, Reg. N° 996/2016; causa nº CFP 9689/2008/TO1/CNC2, *Garnica, Julio s/su denuncia*, Reg. N° 148/2017), que, conforme doctrina

judicial de la Corte Suprema, las sentencias tienen que ser fundadas y constituir derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos 306:1004) puesto que de esta forma se asegura la publicidad y el control republicano de tales decisiones (cfr. los artículos 1 y 28 de la CN y 123 del CPPN).

La irrazonable valoración de la prueba, tal como quedó expuesto en los párrafos que anteceden, constituye un caso típico de arbitrariedad, que afecta al principio de razón suficiente (cfr. G. Navarro, G. y R. Daray, *Código Procesal Penal de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 392). Siempre según la jurisprudencia del alto tribunal, en el catálogo de las sentencias arbitrarias ingresan aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso (cfr. Fallos 268:48; 268:393; 295:790) y cuya valoración puede ser de importancia para alterar el significado del juicio (Fallos 284:115; 324:915). Ello, claramente, excede el área de las meras discrepancias entre los puntos de vista de las partes y el juez (cfr. N. Sagües, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional,* Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 260), quedando incluidas aquellas situaciones en las que se prescinde de pruebas fehacientes regularmente traídas al juicio o se hace remisión a las que no constan en él (Fallos 207:72, cfr. G. Carrió, y A. Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, tomo I, Abeledo Perrot, Bs.As., 1995, p. 197).

En definitiva, un análisis parcial o insuficiente de los hechos y de las pruebas adquiridas en el *subexamine*, como se consignó precedentemente, configura un supuesto de arbitrariedad de la sentencia. Es que, en el *dictum* en crítica, se valoraron parcialmente elementos probatorios,

desconectados lógicamente de las conclusiones, y que en algunos supuestos, resultan contradictorios con otras pruebas producidas en el debate, y luego omitidas por el *a quo* en su valoración sin que se expresen en la sentencia los motivos que llevaron a descartarlas. En otros términos el tribunal de juicio no logró fundar la sentencia condenatoria, de manera consecuente con los criterios interpretativos propios de la sana crítica racional, razón por la cual no se verifica la mínima certeza moral necesaria para arribar a un veredicto que demuestre asertivamente la intervención del nombrado en los términos imputados por el Ministerio Público Fiscal.

IV. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa pública oficial, anular la sentencia impugnada y absolver a Juan Carlos Giraudo, sin costas.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

Que habré de acompañar las razones expuestas en los votos precedentes para absolver a Juan Carlos Giraudo, en orden al delito previsto que le fuera atribuido, por aplicación del principio *in dubio pro reo* –art. 3 del CPPN-, ello así, en tanto los elementos de mérito que fueron ponderados en el fallo impugnado no revistieron la relevancia suficiencia para poder precisar el horario en el cual el empleado Vicentini realizó los trabajos de índole personal que le encomendó realizar el causante, extremo que resultaba preponderante establecer a los fines de configurar el tipo penal previsto en el segundo párrafo del art. 261 CP.

En ese escenario, conforme la doctrina del precedente “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando sobre un hecho compiten hipótesis enfrentadas e igualmente plausibles, la jurisdicción debe optar por aquella que favorece al acusado. En este caso, observo que las versiones de los testigos y el contexto en que se desenvolvieron los hechos, dejan un margen de duda que debe ser asumido al

Fecha de firma: 31/05/2022
Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA
Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION
Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

#30116199#329515327#20220531134548566

momento de decidir la responsabilidad de Giraudo.

Con estas consideraciones, adhiero a la solución de hacer lugar al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, anular la sentencia impugnada y absolver a Juan Carlos Giraudo, sin costas en la instancia (arts. 3, 402, 471, 530 y ccds. CPPN).

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el tribunal **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, **ANULAR** la sentencia impugnada y **ABSOLVER** a Juan Carlos Giraudo, **SIN COSTAS** (arts. 3, 402, 471, 530 y ccds. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de Córdoba, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Firmado: Carlos A. Mahiques, Alejandro W. Slokar y Guillermo J. Yacobucci.

Ante mí: Mariana Andrea Tellechea Suárez, Secretaria de Cámara.