

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 8 días del mes de octubre de 2010, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Dres. Carlos Gonzalo Sagastume y Josefa H. Martín -por subrogancia legal- para dictar pronunciamiento en los recursos interpuestos en los autos caratulados “BERNAL, Pedro Manuel y otros s/defraudación contra la administración pública reiterada (10 hechos) en concurso ideal con falsedad ideológica de instrumento público y falsificación de instrumento privado”, expte. n° 1228/09 STJ-SR. Se deja expresa constancia de que la Dra. María del Carmen Battaini no interviene en el presente Acuerdo por encontrarse en comisión de servicios fuera de la jurisdicción.

ANTECEDENTES

1.- A fs. 2187/2227, con fecha 3 de junio de 2009, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Sur resolvió:

- a) Rechazar los planteos de nulidad efectuados por el Dr. Mariano Soler en beneficio de sus asistidos (parte dispositiva, punto 1°)
 - b) Absolver sin costas a Manuel Alberto Sánchez de los delitos de defraudación contra la Administración Pública en concurso ideal con falsedad ideológica de instrumento público y falsificación de instrumento privado, en calidad de partícipe necesario (arts. 54, 172, 174 inc. 5°, 292 primer párrafo, primera y segunda parte y 293 del Cód. Penal), por los que fuera requerido de juicio a fs. 1401/1412 vta., disponiendo en consecuencia el levantamiento de la inhabilitación general de bienes oportunamente decretada en el incidente respectivo (punto 2°).
 - c) Condenar a Pedro Manuel Bernal a las penas de cuatro (4) años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta perpetua más accesorias legales y costas, como autor material y penalmente responsable de los delitos de peculado reiterado dos hechos en concurso ideal con falsedad ideológica de instrumento público (arts. 54, 55, 261, 293 párrafo 1° y 298 del Cód. Penal) por los hechos cometidos en la ciudad de Ushuaia entre el 15 de octubre de 2004 y el 27 de mayo de 2005 en perjuicio de la Administración Pública Provincial (punto 3°).
- Asimismo, ordenó su inmediata detención, de acuerdo a lo reglado por el art. 284 del C.P.P. (punto 4°).
- d) Condenar a Mónica Esther Díaz a las penas de tres (3) años de prisión en suspenso y seis (6) años de inhabilitación absoluta más las costas del proceso como partícipe primaria material y penalmente responsable del delito de falsedad ideológica de instrumento público (arts. 293 párrafo 1° y 298 del Cód. Penal) por el hecho cometido entre los meses de enero y mayo de 2005 (punto 5°).
 - e) Condenar a Julio Esteban Ávalos, Omar Alberto Calquín Y Viviana Alicia Pinus a las penas de dos (2) años, un (1) año y seis (6) meses, y un (1) año de prisión en suspenso, respectivamente más las costas del proceso como partícipes primarios material y penalmente responsables del delito de falsedad ideológica de instrumento público (arts. 293 párrafo 1° del Cód. Penal) por los hechos cometidos entre el 15 de octubre de 2004 y el mes de mayo de 2005 (punto 6°).
 - f) Condenar a Myriam Beatriz Francisquini a la pena de multa de dieciocho mil quinientos pesos (\$ 18.500.), más las costas del proceso, como autora material y penalmente responsable del delito de malversación culposa reiterada dos hechos (arts. 55 y 262 del Cód. Penal) por los hechos cometidos entre el 15 de octubre de 2004 y el mes de mayo de 2005 (punto 8°).

g) Rechazar, con costas a cargo de la vencida, las excepciones de falta de legitimación activa y prescripción opuestas por los demandados Viviana Alicia Pinus y Omar Alberto Calquín a fs. 1524/1527 (punto 9°).

h) Rechazar la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego contra Manuel Alberto Sánchez, con imposición de costas por su orden (art. 78 y cc. del CPCCLRyM) (punto 10°).

i) Hacer lugar a la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego contra Pedro Manuel Bernal, Mónica Esther Díaz y Myriam Beatriz Francisquini, y en consecuencia Condenar a los mencionados demandados a pagar solidariamente al actor la suma de pesos noventa y un mil ochocientos catorce con sesenta y tres centavos (\$ 91.814,63), con más los intereses legales calculados de acuerdo a la tasa promedio entre activa y pasiva que aplica el Banco de la Provincia de Tierra del Fuego, desde el día 23 de noviembre de 2004 hasta el momento de su efectivo pago, el que deberá realizarse dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que se practique, todo ello con expresa imposición de costas a cargo de los vencidos (arts. 372, 491 y 492 del C.P.P.; 29 inc. 2° del Cód. Penal; 1072, 1078, 1093, 1109 y concordantes del Cód. Civil; y 78 y cc. del CPCCLRyM) (punto 11°).

j) Hacer lugar a la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego contra Julio Esteban Ávalos, Omar Alberto Calquín y Viviana Alicia Pinus y en consecuencia condenar a los nombrados a pagar solidariamente al actor las sumas de pesos treinta y dos mil ochocientos noventa y ocho (\$ 32.898.-); de pesos veintisiete mil doscientos dieciocho (\$ 27.218.-) y de pesos quince mil seiscientos dieciocho (\$ 15.618.-), respectivamente, con más los intereses legales calculados de acuerdo a la tasa promedio entre activa y pasiva que aplica el Banco de la Provincia de Tierra del Fuego, desde la fecha de cada una de las facturas indicadas en los considerandos pertinentes, hasta el momento de su efectivo pago, el que deberá realizarse dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que se practique, todo ello con expresa imposición de costas a cargo de los vencidos (arts. 372, 491 y 492 del C.P.P.; 29 inc. 2° del Cód. Penal; 1072, 1078, 1093, 1109 y concordantes del Cód. Civil; y 78 y cc. del CPCCLRyM) (punto 12°).

2.- A fs. 2229/2240, el Sr. Defensor Público, Dr. Julián de Martino, interpuso recurso de casación en representación de Julio Esteban Ávalos.

Tacha la decisión de arbitraria, al considerar que su asistido no es el titular de "Mecovial", nombre de fantasía que pertenece a José Ernesto Sehara Chiazzaro, sobreseído durante la instrucción. Destaca que su pupilo era apoderado de dicha firma, y que recibió ese poder con posterioridad a que las facturas fueran agregadas al expediente administrativo.

Denuncia que carece de sustento sostener que esas actuaciones administrativas llegaron a poder de Bernal el 3 de diciembre de 2004 y que recién entonces se incorporaron las facturas. Y dice que quedó probado que los proveedores entregaban las facturas con un texto universal y con la fecha en blanco, y que en la Secretaría las "acomodaban".

Explica que no se brindó prueba que permita descartar la versión del imputado en cuanto a que las facturas agregadas en el expediente administrativo pudieron pertenecer a un talonario que le habían robado; que no se hizo la denuncia porque aquel talonario tenía facturas vencidas; y que no había prueba de que Ávalos le hubiera entregado las facturas en blanco a Bernal, o a alguien del entorno de éste.

En cuanto a la condena civil (punto 12° de la parte dispositiva del fallo), atento a su pedido de absolución penal, explica que no se demostró la relación de causalidad entre el daño aducido y el accionar de su defendido. A la par, manifiesta falta de legitimación pasiva en el planteo, toda vez que las facturas no pertenecían a Ávalos, sino que correspondían a "Mecovial". Y agrega que no se puede demandar en forma "directa" a un apoderado si no se demanda a un poderdante, ya que la única forma que tiene de determinar su responsabilidad es probando que ha excedido los límites del mandato.

3.- A fs. 2241/2263, Myriam Francisquini, con la asistencia técnica del Dr. Héctor Montero, interpuso recurso de casación.

Señala que la conducta que se le reprocha deviene atípica, toda vez que si bien ella solicitó las sumas dinerarias, éstas serían manejadas por la Subsecretaría de Obras Públicas y rendidas por las personas a cuyo

favor se dictaron las resoluciones de otorgamiento, esto es, Mónica Díaz y Edita Alvarado Sánchez.

De este modo, Díaz y Sánchez eran las únicas y exclusivas responsables de retirar los fondos, controlar su aplicación y rendirlos en un plazo máximo de 30 días. En consecuencia, dice que no puede imputarse a Francisquini negligencia alguna.

En cuanto a la condena civil dictada, manifiesta que en el caso la culpa civil es inescindible de la culpa penal, la cual debe ser excluida de acuerdo a lo expresado precedentemente.

4.- A fs. 2267/2279, el Sr. Defensor ante este Estrado, por Mónica Esther Díaz, interpone recurso de casación.

Explica que las facturas conformadas por su pupila -que reflejaban tareas que no se habían realizado- no guardan el carácter de instrumento público, ni la intervención de dicha funcionaria le confiere dicho carácter por equiparación o transformación.

Por otro lado, manifiesta que no se ha acreditado que Díaz hubiera actuado con dolo, esto es, con efectivo conocimiento de que las obras que registraban esas facturas no se habían realizado. Y agrega que la conducta se acercaría al delito de malversación culposa de caudales públicos.

5.- A fs. 2281/2287, el Sr. Defensor Mayor, Dr. Guillermo Echagüe, en representación de Manuel Alberto Sánchez impugna la sentencia en cuanto impuso las costas por el orden causado, a pesar del rechazo de la acción civil impulsada por el Tribunal de Cuentas.

Señala que Sánchez fue absuelto por el a quo, siguiendo la propuesta formulada por la fiscalía en su alegato (punto 2º de la parte dispositiva). En consecuencia, también se rechazó la acción civil (punto 10º). Sin embargo, arbitrariamente el tribunal impuso que las costas sean soportadas por el orden causado, al entender que el actor civil pudo razonablemente considerarse con derecho a litigar (conf. art. 78 del CPCCLRyM).

6.- A fs. 2288/2294, los Dres. Mariano Soler y Félix Alberto Santamaría interpusieron recurso de casación en representación de Viviana Alicia Pinus, Omar Alberto Calquín y Pedro Manuel Bernal.

Denuncian el avasallamiento del principio de congruencia, pues –dicen- que a lo largo del proceso los hechos fueron apreciados de un modo distinto. Denuncian -también- la violación a la prohibición de la doble persecución penal, ya que la Cámara de Apelaciones consideró que todas las irregularidades producidas con el gasto y rendición de los anticipos con cargo a rendir constituían un único hecho; y manifiestan que se halla tramitando una causa en la que se investiga el destino final del segundo tramo de la ampliación del anticipo tratada en estos obrados. Por otra parte, critican el rechazo de la recusación dirigida contra el Dr. Maximiliano García Arpón; expresan que la sentencia se apoya en declaraciones de testigos que, en realidad, debían haber sido llamados a proceso como imputados; y reiteran que se trata de un sólo hecho.

Señalan que Mónica Díaz y Edita Alvarado Sánchez eran las que debían rendir los fondos, toda vez que el anticipo y su ampliación se emitieron a su favor. Y que quien intervino en la tramitación de los expedientes en el ámbito del Ministerio de Obras Públicas fue Luis Bernales Díaz.

Con relación a las facturas dadas en blanco, señalan que estos documentos no constituyen instrumento público. Por ello, expresan que el préstamo de uso de las facturas se encontraría regido por el art. 292 del Cód. Penal, y que por la escala punitiva que prevé, la acción penal estaría prescripta. Asimismo, solicitan el pedido de suspensión del juicio en los términos del art. 3 de la ley 26.476.

Cuestionan la pena de prisión efectiva dictada contra su asistido, al considerar que la calificación legal resulta errónea y a la ponderación como agravante de una pretendida "falta de arrepentimiento".

Con relación a la acción civil, sostienen que como el Tribunal de Cuentas no observó oportunamente las actuaciones administrativas, debería examinarse la posibilidad de un peculado cometido por omisión. Así las

cosas, no podría ser considerado actor civil. Por otra parte, señala que el propio Tribunal de Cuentas admite la prescripción anual de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Con relación a Pinus y Calquín, explican que como proveedores del Estado no son estipendiarios, por lo que no están sujetos a rendición de cuentas.

7.- A fs. 2296/2298 el a quo concedió los recursos interpuestos.

Radicadas las actuaciones ante este Estrado, se integró el Superior Tribunal en la forma prescripta por el art. 73 de la ley 110 (fs. 2307/2308). Consentida dicha integración, las partes ampliaron oralmente los fundamentos expuestos contra la sentencia de fs. 2187/2227 (actas de fs. 2334 y 2341).

Seguidamente, se corrió vista al Sr. Fiscal ante este Estrado. A fs. 2352/2388, el Dr. Oscar L. Fappiano se rechacen los recursos en vista. A fs. 2409, la defensa de Pedro Manuel Bernal propuso la realización de una medida para mejor proveer. A fs. 2424/2425, este Cuerpo rechazó esa pretensión y dispuso que pasen los Autos al Acuerdo.

En consecuencia, la causa se encuentra en estado de ser resuelta, disponiendo el Tribunal formular y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es admisible el recurso interpuesto por la defensa de Manuel Alberto Sánchez?

Segunda: ¿Es procedente el recurso interpuesto por la defensa de Julio Esteban Ávalos?

Tercera: ¿Es procedente el recurso interpuesto por la defensa de Mónica Esther Díaz?

Cuarta: ¿Es procedente el recurso interpuesto por la defensa de Viviana Alicia Pinus, Omar Alberto Calquín y Pedro Manuel Bernal?

Quinta: ¿Es procedente el recurso interpuesto por Myriam Francisquini?

Sexta: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- El Tribunal tiene dicho en numerosas ocasiones que la admisibilidad del recurso puede ser examinada en dos oportunidades: la primera, por parte del tribunal que dictó la resolución impugnada y, la segunda, a cargo del tribunal llamado a resolver (in re "Nogar, Jorge s/ Art. 281 bis del C.P." expte. n° 173/97 SR, resolución del 15.10.97, registrada en el libro III, folios 458/489; "Romero, María del Carmen s/ Lesiones leves" expte. n° 325/99 SR del 03.11.99, Libro V, f° 655/660; "De la Riva, Alejandro Rafael s/ Legajo de ejecución" expte. n° 447/01 SR del 16.10.2001, Libro VII, f° 563/575; "Tula España, René y Alderete, Carlos s/ Robo y encubrimiento" expte. n° 528/02 SR del 05.02.2003, Libro IX, f° 34/40; "Lucero, Ángel Lorenzo s/ Falsificación ideológica de instrumento público" -expte. n° 790/04 SR del 19.05.2005, Libro XI, f° 284/294-; "Incidente de prescripción de la acción penal a favor de Servando Diéguez" -expte. n° 938/06 SR del 07.03.2007, Libro XIII, f° 79/87-; "Q. J., R. D. s/ Homicidio simple" -expte. n° 980/07 SR del 02.08.2007, Libro XIII, f° 337/342-; entre otros).

De esta forma queda claro que el tribunal a quo no puede vincular al ad quem a través de una decisión errónea (conf. Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", L.E.P., 1994, pág. 182). En nuestra normativa adjetiva penal tal regla se desprende de la previsión del art. 414, segundo párrafo, del C.P.P.

Así quedó establecido que: "Aún en el supuesto de que (en la instancia de mérito) el juicio de admisibilidad sea positivo, tal decisión no vincula, naturalmente, al tribunal de casación, que en su calidad de definitivo

juez del recurso se halla facultado para declararlo inadmisibles y, por ende, mal concedido en cualquier momento del procedimiento..." (Lino Enrique Palacio, "Los recursos en el proceso penal", AbeledoPerrot, 1998, pág. 142) y que "El recurso debe ser declarado inadmisibles, si un nuevo y más detenido examen de la admisibilidad del recurso, en el momento en que, precisamente, el tribunal superior ejerce su más plena jurisdicción, lleva a la conclusión de que el mismo carece de la debida motivación" (S.T.Córdoba, Sala Penal, "Laciar" del 13.08.82; citado por Fernando De la Rúa, "La Casación Penal", Depalma, 1994, págs. 241/242).

Sentado ello, procede analizar si el recurso del letrado defensor de Manuel Alberto Sánchez, concedido por el a quo, es formalmente admisible.

2.- A fs. 2187/2227, el Tribunal de Juicio absolvió, sin costas, a Manuel Alberto Sánchez de los delitos de defraudación contra la Administración Pública en concurso ideal con falsedad ideológica de instrumento público y falsificación de instrumento privado, en calidad de partícipe necesario (arts. 54, 172, 174 inc. 5°, 292 primer párrafo, primera y segunda parte y 293 del Cód. Penal), por los que fuera requerido de juicio a fs. 1401/1412 vta., disponiendo en consecuencia el levantamiento de la inhibición general de bienes oportunamente decretada en el incidente respectivo (parte dispositiva, punto 2°).

Asimismo, rechazó la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego contra el nombrado, con imposición de costas por su orden (art. 78 y cc. del CPCCLRyM) (punto 10°).

3.- A fs. 2281/2287, el Sr. Defensor Mayor, Dr. Guillermo Echagüe, en representación de Manuel Alberto Sánchez impugna la sentencia en cuanto impuso las costas por el orden causado, a pesar del rechazo de la acción civil impulsada por el Tribunal de Cuentas.

Sostiene que el pedido de absolución se basó en los elementos que su asistido había indicado al contestar la demanda y en las constancias emergentes del expediente administrativo, por lo que el actor civil ya las conocía con antelación al dictado de este fallo.

En tales condiciones -dice- no puede hacerse una excepción al principio objetivo de la derrota.

Si bien en su escrito casatorio había solicitado ampliar oralmente los fundamentos expuestos (conf. art. 431 del C.P.P.), a fs. 2332 desistió de ejercer ese derecho.

4.- Ingresando al examen del recurso, en primer lugar, corresponde recordar que las costas del proceso se encuentran constituidas por los gastos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la sustanciación del proceso (conf. Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", tomo 3, Abeledo-Perrot, 1991, pág. 363 y ss.) pues implican la inversión económica imputable directamente a la actividad de las partes quedando fuera de ella, por ejemplo, la retribución del juez, las sanciones procesales, las astreintes, etc. (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Costas Procesales", Ediar, 1991, págs. 16/17). A la luz de estos conceptos, el art. 494 del C.P.P. establece que las costas se integran por el pago de la tasa de justicia, los honorarios devengados por los abogados, procuradores y peritos y los demás gastos originados por la tramitación de la causa.

Este Superior Tribunal ha reconocido la posibilidad de que esta materia habilite la instancia casatoria. Así lo ha hecho al admitir que los letrados puedan acudir ante esta instancia a fin de obtener una revisión de la regulación de honorarios efectuada por las instancias inferiores (in re "Rafael, Rubén Osvaldo s/ Querella" -expte. n° 310/99 SR del 22.09.99, Libro V, f° 534/539-, criterio confirmado en "A., M. s/ Abuso sexual agravado -con acceso carnal-" -expte. n° 834/05 SR del 20.03.2006, Libro XII, f° 142/154-). En igual sentido, en los autos "Incidente de Apelación en causa I-1585/97 'Agente Fiscal Dr. Guillermo Massimi s/ Denuncia" -expte. n° 348/99 SR del 18.05.2000, Libro VI, f° 321/327- el Estrado no observó la legitimación de la perito informática interviniente que pretendía la revocación de la resolución que le había denegado la regulación de honorarios por aplicación de la última parte del primer párrafo del art. 241 del C.P.P.

Así también lo ha admitido la jurisprudencia de los tribunales nacionales sobre un marco normativo análogo

contenido en el Código Procesal Penal de la Nación (ver las citas formuladas en el consid. 6º), limitando la intervención del tribunal ad quem en los casos que “media tacha de arbitrariedad adecuadamente fundada” (sobre este tema volveré más adelante).

5.- Sin embargo, esta facultad recursiva no es irrestricta. En los precedentes “Rafael” y “Auguste” citados, el Tribunal consideró que el vallado pecuniario impuesto por el art. 430 del C.P.P. comprende también las costas y honorarios devengados en el proceso. Dicha norma expresa: “La sentencia sólo será recurrible en relación a la cuantía de la reparación civil, cuando el monto reclamado superare el importe equivalente a ciento ochenta (180) veces la tasa de justicia fijada para juicios de monto indeterminado”.

Sobre los fundamentos de esta postura, en los autos "Rafael", el Dr. González Godoy sostuvo:

"2. Sabido es que el recurso de casación constituye un remedio excepcional, cuya materia queda circumscripita dentro de un estrecho marco procesal, de acuerdo a sus fines específicos y determinados. Por ello, los códigos de procedimientos han establecido los vallados legales que deben ser superados con el objeto de evitar que esta vía recursiva se transforme, sencillamente, en una instancia revisora ordinaria.

En este orden de ideas, el Código Procesal Civil señala que no procede este recurso contra sentencias que resuelvan medidas cautelares; sentencias recaídas en asuntos que admitan un proceso posterior sobre la misma cuestión o en asuntos cuyo monto no supere un importe equivalente a ciento ochenta veces el importe de la tasa de justicia para juicios de monto indeterminado (art. 286).

En el ámbito penal, nuestra normativa acertadamente se apartó de su antecedente inmediato, el Código Procesal Penal de la Nación -ley 24.984-, al suprimir los recaudos previstos por el artículo 459 de aquél (vinculados a la duración de la pena y/o al monto de la multa impuesta, conf. doctr. de la Corte Suprema in re "Giroldi" del 07.04.95, L.L. 1995-D, pág. 461). La viabilidad de este remedio queda limitada, por un lado, por los arts. 424 (procedencia) y 425 (resoluciones recurribles) y, desde otra óptica, por el art. 430.

Esta última norma impone un límite pecuniario a la impugnación del quantum de la reparación civil, en concordancia con el texto del art. 286.3. del CPCCLRyM.

Sobre la validez de este requisito procesal, me pronuncié afirmativamente en los autos "Tisocco, Néstor y otros c/ Municipalidad de Río Grande s/ Cobro de haberes", citado por el Dr. Hutchinson.

En aquella oportunidad señalé: "La restricción a la que está supeditada la admisibilidad de ciertos recursos está dirigida a preservar con adecuada prudencia la correcta intervención de las más altas instancias judiciales. / No se vulnera con ello el derecho de defensa del recurrente que en el particular caso de autos ha tenido oportunidad de ser oído en dos instancias anteriores. Adviértase que de no existir esta limitación, la labor de la Corte (Superior Tribunal) en poco diferiría de aquella realizada por los tribunales de segunda instancia (v. Guido Santiago Tawil, en su estudio del "Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia", Ed. Depalma, pág.119)", citando a continuación la opinión de calificada doctrina: Víctor De Santo ("Tratado de los Recursos", Ed. Universidad, t. I, pág. 258) y Juan Carlos Hitters ("Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", pág. 408/409), entre otros; rememorando también que esta exigencia ha sido aplicada desde antiguo (precedente de la C.S. in re "Brusafferi y Cía." del año 1903, Fallos, 97:289). Con relación a la forma de computar este valor, he dicho que no correspondía incluir dentro del cálculo las condenaciones accesorias como intereses y costas, remitiendo a las palabras de Guido Santiago Tawil cuando indica: "al igual que ha acontecido con los restantes accesorios, la Corte ha negado, tradicionalmente, la posibilidad de acumular éstos a la pretensión principal a efectos de determinar si se ha cumplido efectivamente con el recaudo de admisibilidad formal" (op.y loc. cit. ut supra, pág.125, apart.2, con cita de C.S. en Fallos: 268:243. Además, puede verse Fallos: 214:599 y los pronunciamientos a los que remite).

6.- Y siguió diciendo:

"3. Si bien el monto del art. 430 del C.P.P. se establece respecto de la reparación civil, entiendo que también

debe ser aplicable a la materia bajo examen. Para ello, tengo presente que las costas del proceso (entre las que deben contarse los honorarios de los abogados, art. 494 del C.P.P.) constituyen una materia de índole procesal y accesoria que emerge como consecuencia directa de la sustanciación del proceso (en este sentido, C.S., Fallos, 306:150 y sus citas 297:204, 536; 300:532; 302:565; 304:267; entre otros).

Si el legislador ha impuesto un vallado pecuniario para el tratamiento y resolución en casación de las cuestiones relativas al monto de la reparación civil dispuesta en una sentencia penal, violenta el sistema que a un extremo accesorio del proceso no le sea aplicable dicho límite.

Ello en virtud de que la reparación civil es -por excelencia- la única cuestión con contenido pecuniario que puede ventilarse y debatirse en un proceso penal. Adviértase que ello no sucede en el caso de rechazar la parte damnificada la reparación ofrecida al concederse la suspensión del juicio a prueba (conf. arts. 76bis del Cód. Penal y 266 del C.P.P.), toda vez que el proceso no se paraliza teniendo la parte habilitada la acción civil correspondiente (art. 76bis, última parte del tercer párrafo).

Grafiquemos esta idea con un ejemplo: imaginemos un caso en que se ha ejercido la acción civil en el proceso penal a fin de lograr el resarcimiento correspondiente producto del daño ocasionado por la comisión de un delito (arts. 12, 75 y cctes. del C.P.P.). El tribunal acoge favorablemente tal pretensión e impone el pago de \$ 14.000.- en beneficio del accionante. Asimismo, fija los honorarios correspondientes al letrado interviniente en \$ 2.000.-.

Siguiendo el camino que aquí dejo de lado, se llegaría a la -a mi juicio- errónea conclusión de que el quantum de la indemnización emergente del reconocimiento del derecho sustancial avasallado no sería pasible de revisión por la vía casatoria, pues no logra sobrepasar el límite pecuniario establecido por el art. 430 del C.P.P. (\$ 14.400.-); mientras que el monto de los honorarios -fruto exclusivo de la tramitación de la causa y, por ende, accesorio de la cuestión principal- sí lo sería."

La doctrina sentada en este precedente, que se circunscribe a la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes, es aplicable al presente caso, en que se discute si, a pesar del rechazo de la acción civil, el tribunal distribuyó las costas en el orden causado.

Finalmente, cabe señalar que el importe previsto legalmente era de \$ 14.400, y que en la actualidad, asciende a la suma de \$ 28.800 (conf. ley 795).

7.- Encontramos, pues, que para que el recurso resulte formalmente admisible, el contenido pecuniario del agravio debe superar la suma de \$ 28.800 o, en favor del obligado, la de \$ 14.400, toda vez que la modificación legal es posterior a la presentación del recurso de casación de fs. 2281/2287; y como dije en los autos "Luna, Juan Ramón s/ Defraudación" -expte. n° 1048/07 SR del 12.05.2008, Libro XIV, f° 265/279-, "...en relación al recurso ordinario de apelación, tiene establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el recurrente debe demostrar que el valor disputado, o sea por el que se pretende la modificación del fallo, excede el mínimo legal fijado por el decretol Ley 1285/58 (Fallos: 310:1113; 310:1505; 311:1994; 311:2234; 312:64; 312:98; 312:609) (...) Incumplida esa carga, el recurso tampoco satisface el requisito del art. 286.3. del CPCCLRM." (el resaltado me pertenece, ver "Cavagna, Ana Cecilia c/ Salduna, María Laura s/ Disolución de la Soc. de Hecho Rendición de Cuentas s/ Recurso de Queja" -expte. n° 925/06 SR del 29.08.2006, Libro XII, f° 524/527-).

Este criterio es claramente trasladable al art. 430 del C.P.P., toda vez que se tratan de normas análogas que cumplen igual propósito en cada uno de los sistemas procesales de los que forman parte. Por ello, comentando el art. 462 del Código Procesal Penal de la Nación, Navarro y Daray nos dicen que el agravio debe ser cuantificado por el actor civil (Guillermo Rafael Navarro - Roberto Raúl Daray, "Código Procesal Penal de la Nación", tomo 2, Hammurabi, 2004, pág. 1297).

Tal fue la postura sostenida por este Estrado en los autos "Sr. Fiscal s/ Denuncia" -expte. n° 777/04 SR del 10.08.2006, Libro XII, f° 499/510- y, más recientemente, "Zanarello, Abel y otros s/ Defraudación contra la

Administración Pública reiterada (2 hechos)" -expte. n° 997/07 SR del 14.12.2007, Libro XIII, f° 775/799-, en los que se cuestionaba el monto de los honorarios fijados a los peritos.

En estos aspectos sustanciales para la admisibilidad del recurso, el escrito de fs. 2281/2287 es claramente deficiente.

Voto, consecuentemente, por la negativa.

La Dra. Josefa H. Martín adhiere a lo dicho por el Dr. Sagastume, votando a la primera cuestión por la negativa.

A la segunda cuestión el Dr. Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- Para una mejor comprensión del caso corresponde recordar que -en autos- se investiga el destino de dos partidas de \$ 60.000 y \$ 50.000, respectivamente, que provenían de anticipos con cargo a rendir gestionados por la Ministro de Desarrollo Social, con la finalidad específica de encarar la compra de materiales y refacciones de viviendas de personas que habían solicitado ayuda social. Dichas obras debían realizarse a través de la Subsecretaría de Obras Públicas.

Según la hipótesis acusatoria, en algunos casos esta ayuda social no llegó a los peticionantes, y los expedientes administrativos fueron completados con recibos y facturas, que daban cuenta de trabajos nunca realizados. La imputación penal alcanza, entonces, a funcionarios públicos y empresarios que facilitaron las facturas en las que se consignaron trabajos que no fueron llevados a cabo.

2.- A fs. 2187/2227, el Tribunal de Juicio condenó Julio Esteban Ávalos a la pena de dos (2) años, como partícipe primario material y penalmente responsables del delito de falsedad ideológica de instrumento público (arts. 293 párrafo 1° del Cód. Penal) por los hechos cometidos entre el 15 de octubre de 2004 y el mes de mayo de 2005 (parte dispositiva, punto 6°).

Ello, en virtud de tener por probado que el nombrado, en representación de las firmas "Mecovial", entregó facturas en blanco a Bernal -o a alguno de su entorno- para justificar materiales y trabajos de refacción que no fueron provistos en ningún caso (fs. 2210vta./2211 del voto del Dr. Pagano Zavalía, al que adhirieron los Dres. García Arpón y Magraner a fs. 2224). "En resumen, de acuerdo a lo concluido, estimo que el accionar probado de Julio Esteban Ávalos, Omar Alberto Calquín y Viviana Alicia Pinus debe ser calificado como participación primaria en el delito de falsedad ideológica de instrumento público en los términos del Art. 293 párrafo 1° del Código Penal" (fs. 2211).

Asimismo, hizo lugar a la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas de la Provincia contra Julio Esteban Ávalos y, en consecuencia, lo condenó a pagar -en forma solidaria con los funcionarios públicos condenados (ver fs. 2223vta.)- la suma de \$ 32.898.-, con más los intereses legales calculados de la forma establecida, desde la fecha de cada una de las facturas indicadas en los considerandos pertinentes, hasta el momento de su efectivo pago, el que deberá realizarse dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que se practique. Con expresa imposición de costas (sentencia, parte dispositiva, punto 12°).

3.- A fs. 2229/2240, el Sr. Defensor Público, Dr. Julián de Martino, interpuso recurso de casación en representación de Julio Esteban Ávalos.

Tras reseñar los antecedentes de la sentencia atacada (fs. 2230/2233vta.), expresa los agravios sobre los que estructura su impugnación.

Resume la imputación dirigida contra su pupilo del siguiente modo: "...haber entregado facturas de 'Mecovial de Sebara Chiazzaro' para ser incorporadas a un expediente administrativo, en el cual -se aduce haberse instrumentado la justificación falsa de una rendición de anticipos por dinero percibido por funcionarios públicos para se aplicado con destino a ayuda social" (fs. 2234).

Al respecto, destaca que Ávalos no es el titular de "Mecovial", nombre de fantasía que pertenece a José Ernesto Sehara Chiazzaro, sobreseído durante la instrucción; que su asistido recibió un poder de "Mecovial" con fecha 24.10.2004, o sea, con posterioridad a que las facturas fueran agregadas al expediente administrativo. Agrega que carece de sustento sostener que esas actuaciones administrativas llegaron a poder de Bernal el 3 de diciembre de 2004 y que recién entonces se incorporaron las facturas. Ello, en virtud de que con posterioridad a aquellas facturas, luce en el expediente una actuación de fecha 18 de octubre de 2004, por lo que las facturas debieron ser agregadas antes de esa fecha. Si las facturas fueron agregadas antes de esa fecha, el casacionista pone de resalto que su asistido no era apoderado de "Mecovial" en esa fecha.

También dice que quedó probado que los proveedores entregaban las facturas con un texto universal y con la fecha en blanco, y que en la Secretaría las "acomodaban"; que no se brindó prueba que permita descartar la versión del imputado en cuanto a que las facturas agregadas en el expediente administrativo pudieron pertenecer a un talonario que le habían robado, y que no se hizo la denuncia porque aquel talonario tenía facturas vencidas; y manifiesta que su pupilo realiza pequeñas obras como pintor y changas, por lo que señala que debe entenderse que tomó al pie de la letra cuando el contador le dijo que aquellas facturas no tenían valor.

En suma, manifiesta que no hay prueba de que Ávalos le hubiera entregado las facturas en blanco a Bernal, o a alguien del entorno de éste.

En cuanto a la condena civil, en virtud de su pedido de absolución penal, explica que no se demostró la relación de causalidad entre el daño aducido y el accionar de su defendido. A la par, manifiesta falta de legitimación pasiva en el planteo, toda vez que las facturas no pertenecían a Ávalos, sino que corresponden a "Mecovial", que es un nombre de fantasía (no es una persona jurídica) para su utilización comercial por parte de Sehara Chiazzaro. Y agrega que no se puede demandar "en forma directa" a un apoderado si no se demanda a un poderdante, ya que la única forma que tiene para determinar su responsabilidad es probando que ha excedido los límites del mandato.

Durante la audiencia de ampliación oral de fundamentos cuya acta luce a fs. 2334, el Dr. De Martino repasó prolijamente todos y cada uno de estos agravios.

4.- La columna argumental expuesta por el recurrente remite al examen de la tarea axiológica llevada a cabo por el a quo a través de la cual tuvo por comprobada la concurrencia de los elementos que determinan la participación criminal y responsabilidad penal atribuida a Julio Esteban Ávalos.

En estos supuestos, ha dicho este Tribunal que su competencia radica en controlar que la motivación de la sentencia del juez o tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano; y que esa motivación resulte bien emitida con ajuste a las formas prescriptas (ver, por todos, lo dicho en "Rojas, Juan Pablo s/ Hurto de automotor" -expte. n° 532/02 SR, resolución del 05.02.2003 registrada en el Libro IX, folios 22/33-).

Como se señaló en distintos precedentes, este examen debe ser amplio, de forma tal de dar plena vigencia a la garantía de la doble instancia consagrada por el art. 8, párrafo 2°, apartado 'h' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966), ambos incorporados a nuestro universo constitucional por el art. 75, inciso 22° ("Romero, Paulo Lorenzo s/ Apremios ilegales y privación ilegítima de la libertad agravada reiterada" -expte. n° 795/04 SR del 20.04.2005, Libro XI, f° 222/233- y sus citas). El examen de la decisión recurrida debe ser integral, con el objeto de no incurrir en un remedio procesal meramente formal que infrinja la esencia misma del derecho a recurrir el fallo condenatorio (conf.

doctr. de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" del 02.07.2004) (conf. el criterio expuesto en "Fernández, Roberto Marcelo s/ Homicidio en gdo. de tentativa agravado por uso de arma de fuego" -expte. n° 753/04 SR del 03.02.2005, Libro XI, f° 23/32-; "A., M. s/ Abuso sexual agravado -con acceso carnal-" -expte. n° 834/05 SR del 06.09.2005, Libro XI, f° 484/501- y "Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena" -expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, f° 703/717-; entre otros).

Estos conceptos han sido corroborados y ampliados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa C.1757.XL "Casal, Matías Eugenio y otro s/ Robo simple en grado de tentativa - causa n° 1681" del 20.09.2005.

5.- Establecido el marco de estudio del caso, comparto el criterio expuesto por el Sr. Fiscal ante este Estrado en cuanto expresa que el recurso no puede tener acogida (ver fs. 2381vta./2384vta. del dictamen). Ello en tanto no se avizora la vulneración de los preceptos constitucionales que rigen el proceso, ni de las reglas de la sana crítica, encontrando las conclusiones vertidas por el juzgador fundamentos serios y atendibles, siendo fruto de un razonamiento coherente que las justifica.

En primer lugar, es dable recordar que la responsabilidad penal es eminentemente personal, por lo que aún cuando el encartado hubiera intervenido como apoderado de la firma "Mecovial", no puede trasladar su responsabilidad a esa firma o a terceras personas. Tampoco puede sostenerse que, ante la comisión de un hecho ilícito, debe precisarse si Ávalos actuó dentro del marco otorgado por su poderdante y titular de la sociedad. Ello resulta irrelevante.

Adviértase, además, que en instrucción, el enjuiciado sostuvo que conocía al titular de la firma hacía muchísimos años, que tenía un poder amplio general de José Ernesto Sehara Chiazzaro, y "...que siempre utilizó la empresa a discreción, que podía presentarse a presupuestar obras sin consultarle" (sentencia, fs. 2207). Dicha declaración indagatoria fue introducida al debate, toda vez que durante la audiencia se abstuvo de declarar. Se suma a ello la declaración de Sehara Chiazzaro, quien manifestó desconocer la situación de las facturas de "Mecovial" por haber otorgado poder a Ávalos, quien era quien manejaba ese tema. La parte señala que no puede sostenerse que las facturas correspondientes a "Mecovial" fueron agregadas al expediente administrativo n° 14.110 por Pedro Manuel Bernal -Subsecretario de Planificación en el Ministerio de Obras Públicas- en el mes de diciembre de 2004. Tal circunstancia es adecuadamente contestada por el Dr. Fappiano al sostener que a través de distintas declaraciones quedó debidamente acreditado que el expte. 14.110 -donde fueron agregadas las 5 facturas de "Mecovial"- fue "armado" con posterioridad (como se verá al tratar -en especial- el recurso correspondiente a Mónica E. Díaz) y sin respetar ninguna secuencia temporal (fs. 2383 y vta. del dictamen).

Durante la audiencia ampliatoria, el Dr. De Martino exhibió al Tribunal las facturas de "Mecovial" agregadas a fs. 90, 99, 110, 152 y 166 del expte. 14.110, y puso de resalto que a fs. 167 de aquellos obrados rola una nota de fecha 18 de octubre de 2004, suscripta por la Directora General de Administración Financiera del Ministerio de Desarrollo Social, Mónica E. Díaz. Concluye, entonces, que las facturas debieron ser incorporadas al expediente con anterioridad. Y como su poder data del 24 de octubre de ese año, no pudo haber participado en la maniobra.

Estimo que las razones brindadas por el Sr. Fiscal explican por qué debe relativizarse la relevancia que la parte le otorga a la fecha de la nota que luce a fs. 167. Obsérvese, además, que las facturas de "Mecovial" fueron conformadas por Mónica E. Díaz, sin usar su sello identificatorio (fs. 90, 99, 110, 152 y 166 del expte. 14.110), y que la nombrada reconoció que había conformado facturas del expediente en el mes de mayo de 2005, cuando ella ya no trabajaba en el Ministerio (ver sentencia, fs. 2209 vta.).

Durante la audiencia, el defensor indicó que para que se consuma el delito de falsificación, hacía falta un presupuesto, la factura y el recibo pertinentes. En realidad, de acuerdo a la normativa administrativa aplicable (resolución n° 05/02 de la Contaduría General de la Gobernación, que regulaba los llamados "anticipos con cargo a rendir"), la conformación de la factura bastaba para justificar que el proveedor

cumplió con lo expresado en la factura, generando la obligación de pago por parte del Estado. En consecuencia, la falsificación ideológica de la factura, más la participación criminal de los funcionarios que debían llevar adelante los controles y el buen curso del expediente administrativo, perfeccionaba la tipicidad de la conducta. Nótese que la imputación penal dirigida contra comprende una complicidad primaria (necesaria) en la comisión del delito de falsedad ideológica de instrumento público cometido por un funcionario público (v.gr.: Pedro Manuel Bernal) (sentencia de fs. 2187/2227, parte dispositiva, punto 6°).

6.- Por otro lado, el a quo desestimó la veracidad de los dichos de Ávalos en cuanto señaló que había perdido el talonario que correspondía a las facturas agregadas a las actuaciones administrativas: "Considero que las excusas intentadas por Ávalos en el sentido de que había extraviado las facturas, resulta absolutamente inverosímil, pues de haber sido así debió naturalmente haber efectuado la denuncia en forma inmediata, sin importar si a su criterio las facturas estaban vencidas o no. Igualmente inverosímil resulta que se haya percatado del extravío meses después de que el mismo aconteciera, pues como dijo las llevaba encima en una carpeta para llevarlas al contador y darlas de baja; consecuentemente es claro que no pensaba llevarlas a ningún contador, pues si no inmediatamente hubiera advertido la pérdida" (sentencia, fs. 2210vta.).

En suma, no debe verse en la desestimación de la versión brindada por el enjuiciado una indebida inversión de la carga probatoria. Esa evaluación responde a lo que Palacio describe como "atendibilidad de la prueba", entendiéndolo por ello la idoneidad o aptitud que posee la misma para generar la convicción del juez acerca de la existencia o inexistencia de los hechos examinados (Lino Enrique Palacio, "La prueba en el proceso penal", Abeledo-Perrot, 2000, pág. 41). Y es claro que, en autos, dentro del marco impuesto por las reglas de la sana crítica, la tesis sustentada por el a quo no resulta antojadiza y cuenta con un adecuado respaldo probatorio.

7.- De acuerdo al análisis efectuado, el desarrollo de la sentencia, en cuanto trata la situación de Julio Esteban Ávalos, respeta adecuadamente las reglas de la sana crítica que manda observar el artículo 373, inc. 2°, del Código Procesal Penal.

"El método de libre convicción o sana crítica racional (ambas fórmulas tienen el mismo significado) consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictivos (como las relativas al cuerpo del delito) ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda la prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarlo conforme a las reglas de la lógica, la psicología y de la experiencia común. Estas reglas de la sana crítica racional, del 'correcto entendimiento humano' como dice Couture -contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia- son las únicas que gobiernan el juicio del magistrado" (Alfredo Vélez Mariconde, "Derecho Procesal Penal", tomo 1, Lerner, 1986, págs. 361/362).

Los principios de la recta razón deben ser entendidos como las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de los dichos o actitudes) y la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr., inercia, gravedad) (José I. Cafferata Nores, "La prueba en el proceso penal", Depalma, 1998, pág. 46).

8.- En cuanto a la condena civil dictada por el a quo (punto 12° de la parte dispositiva de la sentencia, corresponde señalar que se ha demostrado la relación de causalidad entre el daño producido y el accionar de Ávalos, y ese perjuicio comprende la suma reflejada en las facturas por trabajos no realizados (\$ 32.898, con más los intereses legales).

Tampoco merece observaciones que la condena civil recaiga en la persona de Ávalos, en lugar de Sebara Chiazaro, titular del nombre de fantasía "Mecovial" (tema también abordado durante la audiencia ampliatoria). Como se dijo, la responsabilidad civil del enjuiciado se desprende de la conducta criminal

desarrollada, la que no puede ser eludida por la invocación del cumplimiento de un mandato de su poderdante. Dicho de otro modo, la acción civil dirigida contra Ávalos resulta procedente, sin perjuicio de que se pueda considerar que el Tribunal de Cuentas también hubiera podido accionar contra Sehara Chiazzaro.

De acuerdo a lo expuesto, a la cuestión examinada voto por la negativa.

La Dra. Josefa H. Martín adhiere a lo dicho por el Dr. Sagastume, votando a la segunda cuestión por la negativa.

A la tercera cuestión el Dr. Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- Como hice la inicio del tratamiento de la cuestión que antecede, corresponde recordar que -en autos- se investiga el destino de dos partidas de \$ 60.000 y \$ 50.000, respectivamente, que provenían de anticipos con cargo a rendir gestionados por Myriam Beatriz Francisquini, en su carácter de Ministro de Desarrollo Social, con la finalidad específica de encarar la compra de materiales y refacciones de viviendas de personas que habían solicitado ayuda social. Todo ello debía realizarse a través de la Subsecretaría de Obras Públicas.

Según la hipótesis acusatoria, en algunos casos esta ayuda social no llegó a los peticionantes, y los expedientes administrativos fueron completados con recibos y facturas, que daban cuenta de trabajos nunca realizados.

A fs. 2187/2227, el Tribunal de Juicio condenó a Mónica Esther Díaz a las penas de tres (3) años de prisión en suspenso y seis (6) años de inhabilitación absoluta, como partícipe primaria material y penalmente responsable del delito de falsedad ideológica de instrumento público (arts. 293 párrafo 1° y 298 del Cód. Penal) por el hecho cometido entre los meses de enero y mayo de 2005 (parte dispositiva, punto 5°).

Para arribar a tal conclusión, tuvo por probado que la nombrada, quien se desempeñaba como Directora General de Administración Financiera del Ministerio de Desarrollo Social, era la encargada de rendir el primer anticipo con cargo y, en tal carácter, conformó las facturas que justificaban los gastos:

"A mayor abundamiento, es claro que por su función la señora Díaz no pudo desconocer el contenido de la referida resolución. Del mismo modo tampoco pudo desconocer que en la nota de fs. 2 del expte. la Ministro Francisquini, precisamente alude a que el personal de Obras Públicas debía elaborar los informes técnicos especializados para satisfacer los pedidos. Consecuentemente, considero que las excusas vertidas por Díaz en orden a que no estaba capacitada para verificar las obras o que no era su función, cae por su base, pues no se pretendía ello, sino simplemente que constara en el expediente previo a la conformación de las facturas, dichos informes técnicos. Por lo demás, es claro también que en ninguna de las facturas hay la menor mención sobre el caso social al que supuestamente debían ser relacionadas; todo lo cual llama la atención al menos avisado.

En síntesis, de acuerdo a lo concluido, estimo que el accionar probado de Mónica Díaz debe ser calificado como participación primaria en el delito de falsedad ideológica de instrumento público en los términos del Art. 293 párrafo 1° del Código Penal" (fs. 2209vta./2210 del voto del Dr. Pagano Zavalía, al que adhirieron los Dres. García Arpón y Magraner a fs. 2224).

Asimismo, el Tribunal de Juicio hizo lugar a la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas de la Provincia contra Díaz y, en consecuencia, la condenó a pagar –solidariamente con Pedro Manuel Bernal y Myriam Beatriz Francisquini- la suma de \$ 91.814,63, con más los intereses legales calculados de la forma establecida, desde la fecha de cada una de las facturas indicadas en los considerandos pertinentes, hasta el momento de su efectivo pago, el que deberá realizarse dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que se practique. Con expresa imposición de costas (sentencia, parte dispositiva, punto 11°).

2.- A fs. 2267/2279, el Sr. Defensor ante este Estrado, por Mónica Esther Díaz, interpone recurso de casación.

Tras formular una sucinta exposición del proceso (fs. 2267vta./2273), expone los agravios sobre los que estructura su impugnación. Señala que las facturas conformadas por Díaz -que reflejaban tareas que no se habían realizado- no guardan el carácter de instrumento público, ni la intervención de dicha funcionaria le confiere dicho carácter por equiparación o transformación (fs. 2273).

Explica que las facturas examinadas en autos no constituyen instrumentos públicos, y que el Estado no tiene per se la facultad de dar a sus propias actuaciones el carácter de instrumento público. En este orden de ideas, indica que si bien las actuaciones administrativas son documentos públicos, no constituyen instrumentos públicos a los fines de la ley penal (fs. 2276). "No puede considerarse la existencia de potestad fedataria alguna en la persona de la señora Díaz, a los fines de acreditar la verdad de la información volcada en las facturas en cuestión (documentos privados), y ello por cuanto la misma carece de competencia funcional a tal efecto, dado que no existe norma formal alguna que así le confiera tal carácter o potestad funcional" (fs. 2276). En consecuencia, la conducta reprochada deviene atípica.

En segundo término, manifiesta que no se ha acreditado que Díaz hubiera actuado con dolo, esto es, con efectivo conocimiento de que las obras que registraban esas facturas no se habían realizado. Y agrega que la conducta se acercaría al delito de malversación culposa de caudales públicos.

Estos argumentos fueron ampliados en la audiencia cuya acta luce a fs. 2334.

3.- Integrando el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, tuve oportunidad de delinear cuál es, a mi juicio, el alcance que debe otorgársele al concepto de documento público en el ámbito penal.

En los autos "Lucero, Ángel Lorenzo s/falsificación ideológica de instrumento público" expte. n° 156/04, sentencia del 04.10.2004 registrada bajo el n° 24 en los folios 319/338 expresé:

"No resulta una novedad el extenso debate doctrinal y jurisprudencial suscitado sobre el alcance del concepto de documento público; así se generó la corriente de interpretación restrictiva, que reputaba documento sólo a aquellos estipulados en el art. 979 del Código Civil, y por otra parte, la corriente amplia que extendía el concepto más allá de la normativa civil, generando un concepto de documento a los fines del Derecho Penal. Entre estas dos posturas, me inclino por el concepto amplio de documento, siendo que el propio Código Penal da muestras claras de su apartamiento de la tesis restringida; en efecto, en el art. 292, 2° párr. del C.P., se conciben como documentos a aquellos destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores al margen de la normativa civil. Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, en la obra 'CODIGO PENAL, Parte Especial. De los Delitos en Particular', tomo 3, pág. 292 y stes., explican claramente las diferencias entre las dos posturas doctrinales y las razones por las que debe estarse al criterio amplio de interpretación; en efecto, expresan: '...También puntualizábamos al tratar el concepto de documento con trascendencia penal...la evolución experimentada por la doctrina y la jurisprudencia respecto a la significación y alcance que se le otorgaba a dicha noción: desde admitir sólo los considerados como tales por el Código Civil (arts. 979, 1012 y conos.), hasta, de acuerdo con las más modernas doctrinas y jurisprudencia, incluir todos aquellos que cuenten con contenido con aptitud legal probatoria de hechos o relaciones jurídicas, aunque no tengan las características propias de un documento civil, como los incluidos al art. 292 del Cód. Penal por las leyes 20.642 y 21.766. Es en la conceptualización de lo que es documento público donde las opiniones de la doctrina y los pronunciamientos judiciales resultan más encontrados y polémicos. La tradicional doctrina restrictiva del concepto de instrumento público consideraba tal sólo a alguno de los previstos en el art. 979 del Cód. Civil, siempre que los mismos se refirieran a un acto jurídico, según lo dispone el art. 944, es decir, que tuvieran por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, creando, transfiriendo, extinguiendo, modificando, etcétera, derechos. Conforme a ello, no serán instrumentos públicos las actas de las sesiones de las cámaras legislativas, los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones de los jueces o tribunales, ni 'aún las escrituras que hagan los escribanos', en la medida en que estos documentos no instrumenten actos jurídicos de naturaleza estrictamente privada (Jofré). Señalaban otros autores que sólo serían instrumentos públicos los contemplados en el mencionado art. 979 de la ley civil (González Roura; Díaz; Mallo), dado

que la enumeración de este artículo es taxativa, por lo que extenderla por vía interpretativa a otros documentos importaría la ampliación analógica de la ley penal (Gómez). Sebastián Soler fue quien criticó con acertados argumentos esta tesis restrictiva extrema (Jofré), que sacaba como conclusión que los documentos que no tienen por objeto inmediato establecer relaciones privadas no son documentos públicos. Destacaba lo inadmisibles y contradictorios de esta tesis, según la cual '...mientras más genérico, impersonal, expresivo del poder público y de la soberanía sea un documento, mientras más cargado esté de autenticidad pública, menos carácter de instrumento público tendrá, porque instrumentos públicos pueden serlo los que regulan relaciones privadas'. Señalaba que no es válido fundar la teoría penal del instrumento público de manera exclusiva sobre el art. 979 del Cód. Civil, con prescindencia de otras leyes, tales como, ejemplificaba, las leyes procesales. Pero sin descartar otros ordenamientos como el procesal o el administrativo, admite Soler como definición válida y genérica de instrumento público las que surge del inc. 2º del mencionado art. 979, es decir, 'cualquier...instrumento que extendieran los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado', siempre que por 'ley' se entienda '...toda disposición jurídica genérica dictada por autoridad competente, es decir que se comprenden leyes propiamente dichas y las reglamentaciones dictadas válidamente para regular una actividad administrativa', lo que importa que el término 'ley', utilizado por el mencionado inciso, debe ser interpretado en el sentido amplio de 'ley material', no el limitado de 'ley', en sentido formal. Agregaba que era suficiente que el documento tuviera, por sí mismo, los signos de autenticidad oficial, que hubiera sido expedido de conformidad con los preceptos que regulasen su otorgamiento y por funcionario público competente, dentro de la esfera de sus facultades, cualquiera fuera su contenido, ya referido a relaciones de derecho privado o de derecho público. Y coincidiendo, sustancialmente, con esta opinión, puede sostenerse que son doctrina y jurisprudencia dominantes, a las que adherimos, las que postulan que son documentos públicos a los fines de la ley penal, no sólo los enunciados por el art. 979 del Cód. Civil, sino también todos aquellos en cuya formación interviene el Estado, nacional, provincial o municipal, a través de sus órganos o funcionarios con competencia para otorgarlos, atribuida por ley nacional o provincial, decreto, ordenanza, reglamento administrativo o cualquier otra disposición jurídica obligatoria (ley en sentido material), y cumpliendo con los requisitos y formalidades que les den autenticidad oficial. Es decir que reciben su autoridad de las funciones públicas que desempeñan y en cuyo ejercicio ha intervenido alguno de sus otorgantes (Groizard, citado por Varela), sea como creador del documento (resolución judicial o administrativa, decreto, ordenanza, etcétera)... Como ya se puntualizó, mayoritaria doctrina participa de esta tesis amplia (Soler; Bielsa; Núñez; Fontán Palestra; Varela; Marcopulos; Osorio y Florit; GavierLaje Anaya; Carreras). Conforme a este criterio amplio, se ha señalado por los autores y resuelto por la jurisprudencia que serán instrumentos públicos las actas de sesiones legislativas; los decretos del Poder Ejecutivo y las actuaciones y resoluciones administrativas, hasta el simple recibo que extiende el empleado administrativo como comprobante de pago de una obligación fiscal...".

Lo expuesto hace patente que comparto el meticoloso examen efectuado por el Dr. Fappiano a fs. 2370/2373vta. de su dictamen, a través del cual arriba a similar conclusión. Brevitatis causae, hago propias las consideraciones allí vertidas. Va de suyo señalar que también adhiero a lo dicho por el Dr. Fappiano a fs. 2373vta./2374vta. respecto del alcance de la expresión "de modo que pueda resultar perjuicio" contenida en la figura contenida en el art. 293 del Cód. Penal, evaluación que no es abordada por el recurrente.

4.- Aceptado el criterio amplio del concepto de "documento público", debo concluir que las facturas conformadas por la imputada e incorporadas a un expediente de la Administración Pública son instrumentos públicos.

Como indica el a quo a fs. 2209vta./2210, la conformación por parte de Mónica E. Díaz de las facturas presentaba consecuencias jurídicas relevantes. el art. 2º de la resolución nº 05/02 de la Contaduría General de la Gobernación determina que esa "intervención bastará para justificar que el proveedor ha cumplido con lo expresado en la factura". Y concluye que de ello "...se sigue que el funcionario que conforma obviamente debe previamente verificar que el bien o servicio haya sido efectivamente provisto".

Durante la audiencia ampliatoria, el Dr. Ariznabarreta hizo hincapié en que la enjuiciada no es asistente social, ni tiene conocimientos técnicos para evaluar la realización de las obras. Sobre este punto, asiste razón

al sentenciante cuando dice que no se pretendía que la funcionaria -Directora General de Administración Financiera- verificara in situ la realización de las obras, sino que se constatará la incorporación al expediente de los informes técnicos correspondientes (fs. 2210). La misma nota por la que la Ministro solicitó el anticipo con cargo a rendir por la suma de \$ 60.000 preveía la realización de esos informes técnicos por parte de "personal especializado" de la Subsecretaría de Obras Públicas (ver fs. 2 del expte. adm. n° 14.110).

5.- En segundo lugar, el recurrente alega que no se acreditó el dolo exigido por la figura penal, y que -a lo sumo- la conducta endilgada a Díaz podría ser subsumida en la figura de malversación culposa de caudales públicos, presente en el art. 262 del Cód. Penal. Durante la audiencia ampliatoria, indicó que la conducta endilgada podría encuadrar en la figura del art. 248 del código de fondo (incumplimiento de los deberes de funcionario público).

Bacigalupo enseña que tradicionalmente al "dolo" se lo ha definido como el conocimiento (saber) y la voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo (Enrique Bacigalupo, "Principios de Derecho Penal. Parte General", Akal iure Ediciones, Madrid, 1994, pág. 126; en igual sentido: Claus Roxin, "Derecho Penal, Parte General", tomo 1, Ed. Civitas, reimpresión, 2000, Traducción de la 2ª edición alemana, páginas 471/472, parág. 106).

Su existencia surgirá de la aplicación de las reglas de la lógica, la psicología y de la experiencia común a los hechos objetivos y subjetivos comprobados, teniendo como norte que los actos voluntarios tienden a producir el resultado buscado de acuerdo a una comprensión previa. En consecuencia, la solución respecto a su acreditación debe buscarse en la conducta externa desplegada para lograr un fin determinado.

Así, en los delitos dolosos de comisión (como el tratado en este caso), el objeto de la prohibición penal se dirige a la acción basada en la dirección del comportamiento del autor a un fin previamente fijado por éste (Bacigalupo, "Principios...", pág. 90). Ello es correcto, pues constituyendo el reproche penal un juicio de responsabilidad, la norma jurídica sólo puede tener por objeto algo que a una persona le sea posible omitir o realizar (pág. 113).

Jescheck explica: "El actuar humano pertenece a una categoría del ser totalmente distinta a cualquier otro proceso causal. Es 'ejercicio de la actividad final'. Con la ayuda de su saber causal, el hombre puede, dentro de ciertos límites, dominar el acaecer y dirigir conforme a un plan sus actuaciones para alcanzar una meta. La dirección final de la acción se realiza en la anticipación mental de la meta, en la elección de los medios instrumentales precisos y en la ejecución de la acción en el mundo real" (Hans Heinrich Jescheck, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993, págs. 618/619).

El Superior Tribunal abordó el examen de este tema en distintos precedentes. En los autos "Flores, Carlos Alberto y otros s/ Vejación en acto de servicio..." -expte. n° 204/98 SR del 28.06.98, Libro IV, f° 402/423- se dijo que actúa con dolo directo el autor que está consciente de realizar con su acción los elementos del tipo objetivo (con cita de Edgardo Alberto Donna, "Teoría del delito y de la pena", tomo 2, Astrea, 1993, página 103). Y se recordó que en la página 91, este autor comenta los elementos volitivo e intelectual inherentes a la acción dolosa y transcribe un ilustrativo ejemplo brindado por Hruschka: "Quien sopla una trompeta y sabe que la sopla, quiere sin duda tocar la trompeta. De igual forma quien dispara a su víctima en el corazón y conoce el peligro de su acción, quiere sin duda la muerte de aquélla" (voto del Dr. González Godoy, según se expresó en "P., M. N. y S., J. M. s/ Homicidio en grado de tentativa (2 hechos), hurto automotor y daños todos en concurso real" -expte. n° 441/01 SR del 22.08.2001, Libro VII, f° 462/488-; según se recordó en "Sánchez, Miguel Ángel y Percello, Héctor Guillermo s/ Homicidio reiterado doblemente agravado" -expte. n° 1239/09 SR del 22.04.2010, Libro XVI, f° 393/406-).

6.- Al examinar el caso bajo el prisma de los parámetros preanunciados, estimo que la parte no brinda argumentos de peso que permitan desplazar los fundamentos expuestos por el a quo respecto de la participación dolosa de Díaz en la falsificación investigada.

La hipótesis defensiva no presenta correspondencia con los hechos acreditados. Díaz cobró el anticipo, formó el expediente administrativo agregando facturas conformadas que no reflejaban la realidad de los trabajos supuestamente realizados. También conformó facturas del expediente cuando ella ya no trabajaba en el Ministerio (mayo de 2005), firmando –incluso– las que correspondían al anticipo del que era responsable Edita Alvarado Sánchez (sentencia, fs. 2209 vta.).

Asimismo, como ilustra el Dr. Fappiano a fs. 2376/2377, Díaz intervino en forma activa en la formación de las actuaciones administrativas, no sólo incorporando facturas apócrifas que pretendían justificar el gasto, sino también suscribiendo las notas que formalizaban los pedidos y agregando copias del expte. 13.188 al expte. 14.110, o el agregado de unas fojas del primer expediente en el segundo, o la supresión de algunas fojas del expte. 13.188 que aparecen en copia en el expte. 14.110. Se trata, en definitiva, del armado de la documentación administrativa que representa la actuación del Estado, que resultó ser ideológicamente falsa.

En estas condiciones, no puede decirse que la conclusión del a quo resulte antojadiza o arbitraria (ver lo dicho respecto de la doctrina de la arbitrariedad y el ámbito casatorio en el consid. 4º de la cuestión que antecede).

7.- Los motivos expuestos en el escrito casatorio no autorizan a desplazar –por absurdos o caprichosos– los fundamentos elaborados por el a quo respecto de la materialidad del ilícito y la autoría y responsabilidad atribuidos a Mónica Edith Díaz.

Para concluir he de remarcar, por entender que su claridad conceptual resulta relevante para el caso que tratamos; lo dicho por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en cuanto a que: “La fundamentación de la sentencia debe existir en la medida necesaria para que pueda controlarse la forma lógica en que se han elaborado las conclusiones, y dentro de este margen cada juez o cada tribunal, desarrollan sus propias modalidades, mejores o peores, pero siempre válidas en cuanto permitan aquella verificación” (S.C.Mendoza, Sala IIª, “Bolognesi Saccon, Luis y otros” del 24.11.78, J.A. 1980-II-443).

En atención a los fundamentos brindados, a la tercera cuestión he de pronunciarme por la negativa.

La Dra. Josefa H. Martín adhiere a lo dicho por el Dr. Sagastume, votando a la cuestión propuesta por la negativa.

A la cuarta cuestión el Dr. Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- Recordemos que según lo examinado en las cuestiones que anteceden, corresponde señalar que –en autos– se investiga el destino de dos partidas de \$ 60.000 y \$ 50.000, respectivamente, que provenían de anticipos con cargo a rendir gestionados por el Ministro de Desarrollo Social, en su carácter de Ministro de Desarrollo Social, con la finalidad específica de encarar la compra de materiales y refacciones de viviendas de personas que habían solicitado ayuda social. Dichas tareas debían realizarse a través de la Subsecretaría de Planificación del Ministerio de Obras Públicas, cuyo titular era Pedro Manuel Bernal.

Según la hipótesis acusatoria, en algunos casos esta ayuda social no llegó a los peticionantes, y los expedientes administrativos fueron completados con recibos y facturas, que daban cuenta de trabajos nunca realizados.

2.- A fs. 2187/2227, el Tribunal de Juicio resolvió rechazar los planteos de nulidad efectuados por el Dr. Mariano Soler en beneficio de sus asistidos, Viviana Alicia Pinus, Omar Alberto Calquín y Pedro Manuel Bernal (parte dispositiva, punto 1º).

Asimismo, condenó a Pedro Manuel Bernal a las penas de cuatro (4) años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta perpetua más accesorias legales y costas, como autor material y penalmente responsable de los delitos de peculado reiterado dos hechos en concurso ideal con falsedad ideológica de instrumento público (arts. 54, 55, 261, 293 párrafo 1º y 298 del Cód. Penal) por los hechos

cometidos en la ciudad de Ushuaia entre el 15 de octubre de 2004 y el 27 de mayo de 2005 en perjuicio de la Administración Pública Provincial (punto 3°).

"Estimo que ninguna duda cabe en orden a que en dos oportunidades diferentes, una en fecha 15 de octubre de 2004 y otra el 23 de noviembre de 2004 recibió, respectivamente, \$60.000 y \$50.000 que provenían de anticipos con cargo a rendir gestionados por la Ministro de Desarrollo Social, Myriam Beatriz Francisquini, con la finalidad específica de encarar la compra de materiales y refacciones de viviendas de personas que habían solicitado ayuda social.

(...) En resumen, no cabe ninguna duda, y en consecuencia tengo por debidamente probado que Bernal, no sólo percibió las sumas correspondientes a ambos anticipos en las fechas indicadas, sino que tuvo el manejo efectivo del expediente, incorporando a él las diferentes facturas, algunas reales como fuera indicado, y otras definitivamente falsas en su contenido, tendientes a justificar gastos que no se habían efectuado, habida cuenta que sustrajo los fondos que, por razón de su cargo, había recibido para ser asignados a la satisfacción de las ayudas sociales solicitadas.

En lo relativo a la calificación del accionar que tuve por probado con relación al encartado Bernal, estimo que el primer tramo relativo a la sustracción de los fondos debe recibir encuadre legal en la figura de peculado prevista en el Art. 261 del Código Penal. No empece a dicha calificación la circunstancia de que alguna parte de los fondos recibidos por Bernal hubieran sido efectivamente utilizados para el pago de los casos sociales, pues es claro que la sustracción prevista en el Art. 261 puede ser total o parcial" (fs. 2207vta. y 2208vta./2209 del voto del Dr. Pagano Zavalía, al que adhirieron los Dres. García Arpón y Magraner a fs. 2224).

También ordenó la inmediata detención de Bernal, de acuerdo a lo reglado por el art. 284 del C.P.P. (punto 4°).

En consecuencia, el a quo hizo lugar a la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas de la Provincia contra Pedro Manuel Bernal y, en su mérito, lo condenó a pagar -en forma solidaria con Mónica Esther Díaz y Myriam Beatriz Francisquini- la suma de \$ 91.814,63, con más los intereses legales calculados de la forma establecida, desde la fecha de cada una de las facturas indicadas en los considerandos pertinentes, hasta el momento de su efectivo pago, el que deberá realizarse dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que se practique. Con expresa imposición de costas (punto 11°).

3.- En la misma decisión, el Tribunal de Juicio condenó a Omar Alberto Calquín y Viviana Alicia Pinus a las penas de un (1) año y seis (6) meses, y un (1) año de prisión en suspenso, respectivamente más las costas del proceso como partícipes primarios material y penalmente responsables del delito de falsedad ideológica de instrumento público (arts. 293 párrafo 1° del Cód. Penal) por los hechos cometidos entre el 15 de octubre de 2004 y el mes de mayo de 2005 (punto 6°).

En este caso, tuvo por probado que, en representación de las firmas "JEC Servicios" (Calquín) y "VAP Servicios" (Pinus), entregaron facturas en blanco a Bernal -o a alguna persona de su entorno- para justificar materiales y trabajos de refacción que no fueron provistos en ningún caso (fs. 2210vta./2211): "En resumen, de acuerdo a lo concluido, estimo que el accionar probado de Julio Esteban Ávalos, Omar Alberto Calquín y Viviana Alicia Pinus debe ser calificado como participación primaria en el delito de falsedad ideológica de instrumento público en los términos del Art. 293 párrafo 1° del Código Penal" (fs. 2211 del voto del Dr. Pagano Zavalía, al que adhirieron los Dres. García Arpón y Magraner a fs. 2224).

Asimismo, hizo lugar a la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas contra los nombrados; y en consecuencia, condenó a Calquín a pagar la suma de \$ 27.218.- y a Pinus la suma de \$ 15.618.-, en forma solidaria con los funcionarios públicos también condenados (ver sentencia, fs. 2223vta.). A estos montos, deben sumarse los intereses legales calculados de la forma establecida, desde la fecha de cada una de las facturas indicadas en los considerandos pertinentes, hasta el momento de su efectivo pago, el que deberá realizarse dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que se practique. Con expresa imposición de

costas (punto 12°).

4.- A fs. 2288/2294, los Dres. Mariano Soler y Félix Alberto Santamaría interpusieron recurso de casación en representación de Viviana Alicia Pinus, Omar Alberto Calquín y Pedro Manuel Bernal.

En primer lugar, denuncian el avasallamiento del principio de congruencia. Señalan que a lo largo del proceso, los hechos fueron apreciados de un modo distinto, considerándose las distintas prestaciones no brindadas como hechos independientes, el anticipo con cargo y su ampliación como un único hecho y, finalmente, como dos hechos independientes. Finalmente, esta última postura fue la establecida por el a quo, siguiendo la posición fiscal (fs. 2289vta./2290vta.).

Reclaman por lo que consideran fue la violación a la prohibición de la doble persecución penal. Indican que la Cámara de Apelaciones consideró que todas las irregularidades producidas con el gasto y rendición de los anticipos dinerarios constituían un único hecho, y manifiestan que se halla tramitando una causa en la que se investiga el destino final del segundo tramo de la ampliación del anticipo tratada en estos obrados. Ello, a su juicio, avasalla el principio ne bis in idem (fs. 2290vta./2291).

Por otro lado, critican el rechazo de la recusación dirigida contra el Dr. Maximiliano García Arpón. Expresan que durante el proceso solicitaron la suspensión del juicio a prueba en favor de Viviana Alicia Pinus y Omar Alberto Calquín, y que el Tribunal de Juicio decidió seguir adelante con el juicio sin que estuviera resuelta esa incidencia. Como el Dr. Maximiliano García Arpón integró el tribunal sentenciante, lo recusaron, en el entendimiento de que como en su carácter de Juez Correccional a cargo de la ejecución penal debía resolver el pedido de probation, no podía intervenir. El Tribunal rechazó esta pretensión (fs. 2291 y vta.).

Explican que la sentencia se apoya en declaraciones de testigos que, en realidad, debían haber sido llamados a proceso como imputados. Se refieren a Edita Alvarado Sánchez y a Luis Bernales Díaz: la primera, en su carácter de Directora de Finanzas y Presupuesto del Ministerio de Desarrollo Social- recibió la ampliación del anticipo, y el segundo -Director Administrativo de la Subsecretaría de Obras Públicas- participó en la tramitación y rendición del fondo. La parte remite a lo resuelto por este Estrado en el expte. n° 1169/08 "Fiscal Mayor Dr. Guillermo Massimi s/ Recurso...", decisión del 19 de marzo de 2009 (fs. 2291vta.).

Finalmente, denuncian la arbitrariedad del fallo, toda vez que se trata de un sólo hecho. Indican que atento a la fungibilidad del dinero, no puede dividirse fehacientemente el anticipo (\$ 60.000) de su ampliación (\$ 50.000), y explican que para el Ministerio de Economía se trataba de una sola disposición de fondos. De allí que, como no hubo una sustracción total porque algunas obras -en beneficio de los peticionantes de ayuda social- se hicieron, la figura de administración infiel desplaza a la de peculado (fs. 2291vta./2292).

Indican que las funcionarias del Ministerio de Desarrollo Social, Mónica Díaz y Edita Alvarado Sánchez eran las que debían rendir los fondos, toda vez que el anticipo y su ampliación se emitieron a su favor. Asimismo, explican que Luis Bernales Díaz era quien tramitó la rendición de aquellos fondos. Y agregan que el hecho de que Bernal hubiera recibido los fondos, no implica que él tuviera la obligación de rendirlos.

Manifiestan que, con excepción de Bernales Díaz, ningún testigo indica que Bernal hubiera tenido el manejo de los fondos, ni que Pinus o Calquín hubieran participado en alguna irregularidad.

Con relación a las facturas dadas en blanco, señalan que estos documentos no constituyen instrumento público. Por ello, expresan que el préstamo de uso de las facturas se encontraría regido por el art. 292 del Cód. Penal, y que por la escala punitiva que prevé, la acción penal estaría prescripta. Asimismo, solicitan el pedido de suspensión del juicio en los términos del art. 3° de la ley 26.476 (a la que definen a fs. 2291vta. como un "puente de plata para aquellas personas que se encuentren incurso en delitos por facturación apócrifa").

Cuestionan la pena de prisión efectiva dictada contra su asistido, al considerar que la calificación legal resulta errónea y a la ponderación como agravante de una pretendida "falta de arrepentimiento".

Con relación a la acción civil, sostienen que como -oportunamente- el Tribunal de Cuentas no observó las actuaciones administrativas, debería examinarse la posibilidad de un peculado cometido por omisión por parte de sus integrantes. Así las cosas, no podría ser considerado actor civil. Por otra parte, señala que el propio Tribunal de Cuentas admite la prescripción anual de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Por otra parte, con relación a Pinus y Calquín, explican que como proveedores del Estado no son estipendiarios, por lo que no están sujetos a rendición de cuentas.

Durante la audiencia cuya acta luce a fs. 2341, ambos letrados defensores tomaron la palabra en la ampliación de los fundamentos expuestos en el escrito casatorio (conf. art. 431 del C.P.P.).

5.- Abordaré en primer lugar el examen de las distintas nulidades de carácter procesal invocadas, en la inteligencia que de prosperar las mismas se arribaría a la nulidad de la sentencia de fs. 2187/2227, circunstancia que tornaría inoficioso evaluar la arbitrariedad denunciada en segundo término.

Con relación a Bernal, la defensa denuncia la violación al principio de congruencia, toda vez que -a su juicio- a lo largo del proceso se modificó la base fáctica de la imputación penal dirigida contra su asistido.

En primer lugar, cabe señalar que se encuentra fuera de discusión que el principio de congruencia, entendido éste como la necesaria inmutabilidad del objeto procesal a lo largo del proceso (conf. Jorge A. Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal", tomo 1, actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 243) fue debidamente respetado. En otras palabras, la parte no denuncia la modificación de la base fáctica tratada a lo largo del proceso.

En efecto, asiste razón al Dr. Fappiano cuando a fs. 2352vta./2353 de su dictamen señala que de la lectura del requerimiento de remisión de la causa a juicio surge con total certeza y claridad que los hechos juzgados y ventilados en el proceso se refieren a dos anticipos con cargo a rendir, del 15 de octubre de 2004 por la suma de \$ 60.000 y del 23 de noviembre de 2004 por \$ 50.000, ambos solicitados por la Ministro de Desarrollo Social, sumas recibidas por el imputado y que no fueron usadas para satisfacer la totalidad de los pedidos de ayuda social para las que estaban destinadas. Tal situación fue advertida por el a quo al resolver un planteo de nulidad imputado por la parte, quien aseguró que el diferente significado legal dado a los hechos no afectaba el derecho de defensa en juicio del imputado, otorgándole a sus defensores la posibilidad de apreciar las diferentes variantes legales que puede presentar el caso (fs. 1562vta.).

6.- Como se ve, la discusión gira en torno a la distinta calificación legal dada a los hechos a lo largo del proceso.

En los autos "A., M. s/ Abuso sexual agravado -con acceso carnal-" -expte. n° 834/05 SR del 06.09.2005, Libro XI, f° 484/501-, este Estrado advirtió que una modificación drástica y sorpresiva de la calificación legal del hecho imputado puede llevar al estado de indefensión del enjuiciado. Ello, en concordancia a la doctrina emanada del fallo "Cuffio" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citada a fs. 2290 y vta. por la parte. Mas la concurrencia de esa situación excepcional debe ser analizada caso por caso, pues no puede negarse la independencia que tienen los distintos actores del proceso en fijar el encuadre jurídico que estimen pertinente. Así surge del primer párrafo del art. 370 del C.P.P., en cuanto señala que "El Tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de procesamiento o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad".

Asiste razón a la defensa cuando sostiene que a lo largo de las actuaciones, los hechos imputados recibieron un distinto encuadre jurídico.

El auto de procesamiento de fs. 1209/1233 tuvo a Pedro Manuel Bernal como autor prima facie responsable en orden al delito de peculado en concurso real con falsificación reiterada de documento público. La mecánica de cada uno de los hechos relata claramente la percepción por parte de Pedro Manuel Bernal, Subsecretario de Planificación en el Ministerio de Obras Públicas, de los anticipos con cargo a rendir por \$ 60.000 y \$ 50.000 para la realización de las obras enmarcadas en la ayuda social. Dicha calificación legal fue

sostenida por la Cámara de Apelaciones en la resolución de fs. 1384/1388.

En el requerimiento de remisión a juicio de fs. 1401/1412, la fiscalía calificó los hechos como defraudación contra la Administración Pública reiterada -diez hechos-, bajo la modalidad de estafa en concurso ideal con el delito de falsedad ideológica de instrumento público y falsificación de instrumento privado (ver fs. 1405vta./1406).

Al momento de alegar, siempre sobre la misma plataforma fáctica, el Sr. Fiscal Mayor subsumió la conducta de Bernal en la figura de peculado reiterado en dos oportunidades (el anticipo por la suma de \$ 60.000 del 15 de octubre de 2004 y el de \$ 50.000 del 23 de noviembre de 2004) en concurso ideal con falsificación de documento público (ver fs. 2176 del acta de debate).

Este encuadre legal fue adoptado por el a quo: "En lo relativo a la calificación del accionar que tuve por probado con relación al encartado Bernal, estimo que el primer tramo relativo a la sustracción de los fondos debe recibir encuadre legal en la figura de peculado prevista en el Art. 261 del Código Penal. No empeece a dicha calificación la circunstancia de que alguna parte de los fondos recibidos por Bernal hubieran sido efectivamente utilizados para el pago de los casos sociales, pues es claro que la sustracción prevista en el Art. 261 puede ser total o parcial. / Teniendo presente que dicha sustracción operó en dos momentos distintos con un intervalo de treinta y nueve días, lo que revela dos decisiones delictivas diferentes e independientes entre sí, concuerdo con la opinión del Sr. Fiscal Mayor relativa a que nos encontramos ante un concurso real en los términos del Art. 55 de Código Penal. El tramo siguiente de conducta, indisolublemente unido al primero, consistente en la incorporación al Expte. N° 14.110 de diferentes facturas falsas en su contenido con la finalidad de cubrir dichas sustracciones de fondos, debe ser tipificado en la figura de falsedad ideológica de instrumento público en los términos del Art. 293, párrafo 1° del C.P., figura ésta que concurre idealmente en los términos del Art. 54 del Código Penal con las concluidas precedentemente" (sentencia, fs. 2208vta./2209).

La naturaleza de los hechos investigados y descriptos en el auto de procesamiento de fs. 1209/1233, en el requerimiento de remisión a juicio de fs. 1401/1412 y en la sentencia de fs. 2187/2227 no hacen posible la aplicación de la doctrina de excepción fijada en los autos "A., M." -expte. n° 834/05 SR-. Ello así, toda vez que la plataforma fáctica se ha mantenido incólume. Aún cuando durante la audiencia ampliatoria el Dr. Soler hubiera manifestado que los cambios en el encuadre jurídico dificultaron la labor de la defensa, ello no da sustento al invocado estado de indefensión sobre el que se sustenta el planteo de los casacionistas: ya sea que en la descripción se haga hincapié en la cantidad de facturas ideológicamente falsas que reflejaban trabajos no realizados, o en los fondos públicos entregados a Bernal -en su carácter de Subsecretario de Obras Públicas- en dos oportunidades (anticipos del 15 de octubre de 2004 y del 23 de noviembre de 2004), todos estas circunstancias fueron oportunamente informadas y mantenidas incólumes a lo largo del proceso posibilitando el pleno ejercicio del derecho de defensa por parte del imputado.

También debe desestimarse que la subsunción legal hubiera sido escogida por la fiscalía para petitionar la imposición de una pena más severa (arg. sostenido en la audiencia). Se tuvo por acreditado que Bernal recibió fondos públicos en dos oportunidades para la realización de varias obras en el marco de ayuda social, algunas de las cuales no se llevaron a cabo, aún cuando en el expediente administrativo aparecían como realizadas. Con relación a esas obras, los montos dinerarios fueron sustraídos: de allí que el Tribunal de Juicio haga referencia a sustracción parcial de los fondos (fs. 2208vta./2209). La concurrencia de delitos abre un abanico muy amplio respecto del quantum punitivo y define la medida del reproche penal. En definitiva, el encuadre jurídico adoptado constituye de una solución posible que no se muestra ni arbitraria ni caprichosa.

De acuerdo a lo expuesto, este planteo debe ser desestimado.

7.- A fs. 2290vta./2291, los defensores denuncian la violación al principio que prohíbe la doble persecución penal, al considerar que en otras causas también se investiga el manejo de los fondos recibidos en el marco de estos anticipos con cargo a rendir. Recuerdan que el principio ne bis in idem ampara el riesgo a una doble

persecución penal sobre el mismo hecho y cuestionan que el tribunal no aceptó nueva prueba (entre ellas, la declaración indagatoria prestada por uno de los testigos de autos), lo que significó un trato diferente con relación a Sánchez.

Sobre este punto, asiste razón al a quo cuando al tratar este planteo introducido por la parte como cuestión preliminar, sostuvo que el derecho que invoca debe hacerlo valer en las restantes actuaciones, a fin de que se acredite la triple identidad que exige el principio ne bis in idem (ver fs. 2166 y vta. y 2168vta. del acta de debate y fs. 2197vta./2198 de la sentencia). En igual sentido, se pronuncia el Dr. Fappiano a fs. 2355vta./2356vta. de su dictamen.

8.- Con relación a la intervención del Dr. García Arpón integrando el Tribunal de Juicio (agravio de fs. 2291 y vta.), según surge de la lectura de los obrados, la defensa solicitó la suspensión del juicio a prueba pocas horas antes del inicio de la audiencia de debate (ver fs. 2165vta./2166 y 2167 del acta de debate), y ello sirvió de sustento para el pedido de recusación del magistrado. Durante la audiencia ampliatoria, el Dr. Santamaría sostuvo que en su carácter de Juez Correccional, el Dr. García Arpón debió permanecer en esa función.

Estimo que el agravio expuesto a fs. 2291 y vta. debe ser desestimado. En primer lugar, entiendo que no escapará al conocimiento de los letrados defensores que este Estrado ha señalado que el pedido de suspensión del juicio -en los términos del art. 76 bis del Cód. Penal- no suspende por su sola interposición el trámite del proceso principal (según lo dicho en "Íbalo, Andrés Antonio s/ Abuso deshonesto" -expte. n° 827/05 SR del 07.11.2005, Libro XI, f° 615/626-), doctrina citada por el a quo al resolver la cuestión preliminar opuesta (fs. 2167 del acta de debate).

En segundo término, asiste razón al a quo cuando señala que en el marco del incidente sustanciado por el pedido de suspensión del juicio, el Dr. García Arpón no dictó resolución alguna, y que el mero inicio del trámite correspondiente al pedido de suspensión del juicio no puede conducir linealmente al apartamiento del magistrado en los autos principales (ver fs. 2167 y vta. del acta). En autos, la recusación se intenta ante la eventual "doble actuación" del Dr. García Arpón, esto es, como juez de la causa principal y como juez del incidente de probation, pero su apartamiento se intenta contra su primera actuación -como juez del Tribunal de Juicio-, sin ningún elemento concreto que respalde esa petición. Es que, en realidad, no lo hay: como se explicó, al momento del inicio del debate, el trámite del incidente de suspensión estaba recién iniciado, sin que el juez se hubiera pronunciado sobre la petición.

Por lo demás, conforme se explicó en los autos "Dumé, Marisa Luz s/ Defraudación contra la Administración Pública (2 hechos) en concurso real" -expte. n° 921/06 SR del 20.06.2006, Libro XII, f° 416/419-, la parte olvida que -aún cuando ello no aconteció en autos- la resolución del incidente de la llamada probation tampoco lleva per se al apartamiento del magistrado para tratar la causa principal, pues el objeto que debe evaluarse en aquel incidente no es similar al que persigue la causa principal.

9.- A fs. 2291, la parte cita la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Llerena" (del 17.05.2005).

En ese pronunciamiento, el Alto Estrado dejó sin efecto una resolución que mantenía en el conocimiento de la causa a una juez correccional que, previamente, había ejercido funciones instructorias relevantes durante la etapa investigativa de ese proceso. Esta magistrada había realizado la totalidad de la actividad de la instrucción preparatoria: ordenó diversas medidas de prueba tendientes a acreditar la responsabilidad del imputado, aseguró la efectiva aplicación de la ley penal mediante medidas cautelares (secuestros), indagó al imputado, formuló auto de mérito y después de desarrollada tal actividad, fue ella misma quien expresó su temor de haber perdido la objetividad al momento de tener que efectuar el debate y dictar sentencia (conf. consid. 34° del voto del Dr. Petracchi).

Se trata, y así se desprende claramente de las consideraciones efectuadas por la Corte, de un temor de parcialidad en el juzgamiento del caso fundado en esta circunstancia objetiva. La mención del consid. 38°

del voto del Dr. Petracchi relacionada con un eventual ocultamiento de los posibles defectos o errores de la instrucción que la misma juez realizó, situación que representaría un interés en el resultado del juicio, no puede ser escindida de las particulares características de ese proceso, en que -de acuerdo a lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal- la misma magistrada que instruyó el proceso iba llevar adelante el juicio y a dictar sentencia. Recuérdese que el art. 88 de la ley 24.121 suprimió la causal de recusación basada en la intervención previa del juez en el proceso (sobre este tema puede verse Guillermo Rafael Navarro - Roberto Raúl Daray, "Código Procesal Penal de la Nación", tomo 1, Hammurabi, 2004, págs. 210/213). Acertadamente la Corte evitó que una juez que intervino en forma determinante en la instrucción dicte la sentencia definitiva que culmine el proceso (conf. se reseñó en el "Incidente s/ nulidad por arbitraria elección del tribunal interviniente (Causa n° 1206/08 'Armesto, Daniel y otros s/ Defraudación contra la Administración Pública')" -expte. n° 1226/09 SR del 12.11.2009, Libro XV, f° 712/ 721-).

Nada de ello sucede en nuestro caso: el Dr. García Arpón no intervino previamente en el proceso ni -en concreto- se pronunció sobre el pedido de suspensión de juicio a prueba formulado por la defensa.

Todo lo expuesto llevó al Sr. Fiscal ante este Estrado a sostener que se trataba de una simple maniobra dilatoria (fs. 2355 de su dictamen).

En suma, la pretensión no puede tener acogida.

10.- A fs. 2291vta., los recurrentes cuestionan que Edita Alvarado Sánchez y Luis Bernales Díaz no hubiesen sido traídos a juicio como imputados, habiendo -ambos- prestado declaración testimonial. Durante la audiencia ampliatoria, reiteraron los fundamentos expuestos en el escrito casatorio.

Edita Alvarado Sánchez se desempeñaba como Directora de Finanzas y Presupuesto del Ministerio de Desarrollo Social.

En autos, se tuvo por acreditado que si bien ella había solicitado el segundo segmento del anticipo con cargo a rendir (ver resolución de fs. 6 del expte. adm. 14.110), recibido el dinero lo entregó inmediatamente en la Subsecretaría de Obras Públicas (encargada de las obras). Así surge de su declaración de fs. 2203, en cuanto sostuvo que retiró del Banco la suma de \$ 50.000 y con ella se dirigió a la Secretaría de Obras Públicas para entregársela al Subsecretario Pedro Manuel Bernal. Relató que fue atendida por "Lucho" Bernales Díaz, quien contó el dinero "...y se dirigió a otra oficina diciéndole que se lo entregaría al Sr. Bernal; un instante después le trajo un recibo firmado por Bernal y se lo dio" (sentencia, fs. 2203). La fotocopia certificada de dicho recibo luce a fs. 589.

Establecido que Edita Alvarado Sánchez no dispuso materialmente de ese dinero, limitándose a entregarlo al responsable del área de Obras Públicas que debía llevar adelante las tareas de desarrollo social, ni conformó facturas que reflejaban tareas no realizadas (como lo hiciera Mónica Esther Díaz), no parece arbitrario su intervención en autos en carácter de testigo.

11.- Luis Bernales Díaz se desempeñaba como Director General de Administración Financiera del Ministerio de Obras Públicas, y dependía jerárquicamente del Subsecretario Pedro Manuel Bernal (sentencia, fs. 2205vta.).

Al prestar declaración, sostuvo que tanto en el primer segmento del anticipo (\$ 60.000 del 15 de octubre de 2004) como en el segundo segmento (\$ 50.000 del 23 de noviembre de 2004), fue recibido por Pedro Manuel Bernal. Así surge de los recibos que en copia certificada lucen a fs. 562 (por \$ 60.000) y fs. 589 (por \$ 50.000). Y agregó que el dinero quedó en poder de Bernal, y que la documentación agregada a partir de la foja 7 en el expte. adm. 14.110 la tenía el nombrado (fs. 2205vta./2206). Sostuvo el a quo: "Reafirmó Bernales que el dinero en ambos casos se lo quedó Pedro Bernal que fue quien lo manejó, agregando que no le consta que se hayan hecho las obras, pues no era específicamente su función, y que tampoco le consta que las facturas agregadas al expte. hayan sido pagadas" (fs. 2206).

Sin perjuicio de su eventual participación en la formación de los expedientes administrativos, no se advierten

las razones por las que el tribunal tuviera vedado analizar su declaración al examinar la situación procesal de Bernal. Los casacionistas indican que Bernales Díaz se limita a descargar su responsabilidad en su superior jerárquico, pero omiten ponderar que -durante la audiencia de debate- su asistido reconoció como propia la firma inserta en el recibo de fs. 562. Con relación al recibo de fs. 589, si bien durante el debate el encausado no reconoció haberlo firmado, sí lo había hecho al prestar declaración durante la instrucción. Dicha declaración fue incorporada al debate por el a quo (sentencia, fs. 2204 y vta.). Durante la audiencia ampliatoria, los defensores indicaron que el tribunal no podía acudir y valorar lo dicho por el imputado durante la instrucción. No hay regla legal que avale tal postura.

12.- A fs. 2291vta., la parte remite a lo resuelto por este Estrado en los autos “Fiscal Mayor Dr. Guillermo Massimi s/ Recurso de casación interpuesto en causa: 'Incidente art. 422 C.P.P.P. en relación a causa Longhitano, Miguel s/ Denuncia' s/ Recurso de queja” -expte. n° 1169/08 SR del 17.03.2009, Libro XV, f° 116/120-. En aquellos obrados, el Superior Tribunal consideró que la decisión que rechazó el pedido de citación a prestar declaración indagatoria al imputado formulado por la fiscalía sobre la prueba existente, no revestía el carácter de definitividad establecido en el art. 425 del C.P.P., toda vez que permitía al acusador público reunir nueva prueba para impulsar la acción penal pública.

Quizás, lo que pretende destacar la parte -porque concretamente no lo menciona- es que la decisión de la Cámara de Apelaciones -confirmatoria de lo resuelto por la Sra. Juez de Instrucción- había vedado la posibilidad de que el acusador público utilizara en contra del imputado prueba documental que él mismo había presentado en el proceso en el marco de una declaración testimonial. Como se ve, la prueba se vinculaba con el mismo imputado que la había presentado, por lo que se estimó que el sujeto terminaba autoincriminándose.

Nada de eso se advierte en el presente caso. La declaración de Bernales Díaz confirmó lo consignado en los recibos obrantes a fs. 562 y 589: que el dinero presentado por las funcionarias del Ministerio de Desarrollo Social fue recibido por Pedro Manuel Bernal.

En virtud de las consideraciones efectuadas, no se advierte ninguna irregularidad en la valoración de los dichos de Edita Alvarado Sánchez y Luis Bernales Díaz.

13.- A fs. 2292, la parte formula dos agravios con excesiva brevedad, casi telegráficamente, coronando ambas exposiciones con la fórmula "Por ello es que debe admitir el agravio y casar la sentencia". Ello se repite más adelante.

En primer término, expresa que -en realidad- el hecho constituye un único peculado que no puede ser dividido en dos segmentos. Y cita con ligereza a Donna, en el sentido que los caudales públicos deben ser sustraídos en su totalidad. "Cualquier desvío en la administración, es decir, del pago, implica infidelidad, y no peculado" (fs. 2292).

Lo manifestado se opone a lo sostenido por el a quo, en cuanto indicó que para la aplicación de la figura de peculado resultaba indiferente que algunas obras hubieran sido efectivamente llevadas a cabo, pues la sustracción prevista por el art. 261 del Cód. Penal puede ser total o parcial (ver fs. 2209).

Comparto la interpretación consagrada por el a quo. Como correctamente indica el Dr. Fappiano a fs. 2358vta., en los autos “Ybars, Jorge Luis s/ Peculado, administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública y falsedad ideológica, todo en concurso real” -expte. n° 872/05 SR del 20.03.2006, Libro XII, f° 155/164-, este Estrado explicó que la acción reprimida por el art. 261 del Cód. Penal es la de “sustraer”, lo cual significa extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa en que ellos han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas (conf. Carlos Creus, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo 1, Astrea, 1993, pág. 296; en igual sentido: Edgardo Alberto Donna, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo 3, Rubinzal-Culzoni, 2000, págs. 277/278). Esta conducta difiere sustancialmente de la de malversación de caudales públicos prevista en la primera parte del art. 260 que reprime al “...funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella que

estuvieren destinados". En aquel precedente, el imputado había fraguado un expediente administrativo tratando de que los beneficiarios de la ayuda social aparecieran como desempleados, lo que no se condecía con la realidad.

En este sentido, siguiendo al mismo autor citado por los recurrentes, podemos decir que "el delito de peculado es un delito contra la administración pública, de modo que el significado de la palabra sustraer debe ser entendida, tal como se explicó, como separar, apartar. Por eso, el peculado se diferencia sustancialmente del hurto y también de un abuso de confianza y no se trata de un delito contra la propiedad. En nuestro caso, el funcionario quebranta la buena marcha patrimonial de la administración pública mediante la violación de su deber de probidad, apartando, separando, el bien cuando no lo debía hacer y aun con la intención de volverlo a llevar a la administración pública" (Edgardo Alberto Donna, "Delitos contra la administración pública", segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 326). En esta obra, el autor no hace la distinción que la parte invoca.

En suma, respecto de las obras no realizadas, y rendidas a través de facturas ideológicamente falsas, el imputado sustrajo los fondos públicos destinados a su realización.

En segundo lugar, señala que de acuerdo a la normativa que regía el mecanismo de los anticipos con cargo a rendir, no era su asistido quien tenía a su cargo la rendición de los anticipos, sino que ésta debía ser por parte los funcionarios en favor de quiénes se autorizaban: en el primer caso, Mónica Esther Díaz, y en el segundo caso, Edita Alvarado Sánchez (ver resoluciones de fs. 4 y 6 del expte. adm. 14.110). Y en el ámbito del Ministerio de Obras Públicas, Luis Bernales Díaz, Director General de Administración Financiera.

Ello omite valorar que la responsabilidad penal es eminentemente personal, y que a lo largo del proceso se tuvo por probado que el manejo de los fondos y la formación de los expedientes administrativos nros. 13.188 y 14.110 estuvo bajo el dominio directo e inmediato de Pedro Manuel Bernal.

14. De acuerdo a las manifestaciones de Edita Alvarado Sánchez y Luis Bernales Díaz, Pedro Manuel Bernal recibió los montos correspondientes a los anticipos con cargo a rendir. A fs. 2292vta./2293, los recurrentes indican que su asistido fue totalmente ajeno a la tramitación de las actuaciones administrativas.

Sin embargo, asiste razón al Sr. Fiscal ante este Estrado cuando afirma que de la lectura del expte. 14.110 surge que tuvo activa participación, firmando las constancias de fs. 183 y 185/186 (dictamen, fs. 2365vta.). Ello coincide con lo dicho por Mónica Esther Díaz, en cuanto sostuvo que cuando retiró la suma del primer anticipo se lo entregó a Pedro Manuel Bernal y que con relación al expte. 14.110, ella fue convocada por Bernal a su despacho y éste le pidió que tramitara por el Ministerio de Desarrollo Social un anticipo con cargo a rendir; que las obras se realizarían en el ámbito de Obras Públicas; que Bernal le refirió que tenía que entregarle la plata a él porque así lo había ordenado el Gobernador; que luego de que dejara de trabajar en el Ministerio de Desarrollo Social, en mayo de 2005 le fue remitido el expediente para la conformación de las facturas (reseña de fs. 2201vta./2202vta.).

Ello condujo al a quo a sostener que "...no cabe ninguna duda, y en consecuencia tengo por debidamente probado que Bernal, no sólo percibió las sumas correspondientes a ambos anticipos en las fechas indicadas, sino que tuvo el manejo efectivo del expediente, incorporando a él las diferentes facturas, algunas reales como fuera indicado, y otras definitivamente falsas en su contenido, tendientes a justificar gastos que no se habían efectuado, habida cuenta que sustrajo los fondos que, por razón de su cargo, había recibido para ser asignados a la satisfacción de las ayudas sociales solicitadas" (fs. 2366). Esta conclusión no merece observaciones sustanciales.

Con relación a la situación de Viviana Alicia Pinus y Omar Alberto Calquín, comparto lo manifestado por el Dr. Fappiano cuando señala que las obras que consignan los instrumentos de las firmas que ellos representan jamás se realizaron, y que los nombrados no han invocado otras hipótesis ni formularon denuncia de extravío o sustracción de dichos instrumentos (fs. 2366 y vta.). Lo actuado sigue la mecánica ilícita con que se desarrollaron los hechos.

15.- A fs. 2293, los defensores atacan que el a quo hubiera considerado a las facturas comerciales como documentos públicos, a los fines típicos. Por ello -dicen- el préstamo de facturas en blanco se encuentra regido por la escala penal del art. 292 del Cód. Penal, y descartada la participación necesaria en el hecho principal, debe admitirse la prescripción de la acción penal seguida a Viviana Alicia Pinus y Omar Alberto Calquín.

En primer lugar, como se analizó, resulta improcedente excluir la participación necesaria en la falsificación de documentos públicos que el a quo atribuye a los nombrados.

Respecto del carácter de las facturas conformadas incorporadas a los expedientes administrativos, al tratar y resolver la situación de Mónica E. Díaz tuve oportunidad de tratar el tema. Por razones de brevedad, remito a lo dicho en los consid. 3º y 4º de la tercera cuestión tratada; solo cabe señalar que esas facturas presentaban consecuencias jurídicas relevantes, pues según la normativa aplicable, la conformación del funcionario público bastaba para justificar que el proveedor cumplió con lo consignado en la factura. En otras palabras, esos instrumentos daban fe de que lo que describían se había realizado.

16.- Asimismo, la parte invoca la suspensión del juicio en los términos del art. 3º de la ley 26.476 (arg. de fs. 2293).

La ley 26.476, publicada en el Boletín Oficial del 24 de diciembre de 2008 constituye una ley de blanqueo, regularización de impuestos y recursos de la seguridad social. El primer párrafo del art. 1º establece: "Los contribuyentes y responsables de los impuestos y de los recursos de la seguridad social, cuya aplicación, percepción y fiscalización se encuentra a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, podrán acogerse por las obligaciones vencidas o infracciones cometidas al 31 de diciembre de 2007, y con excepción de los aportes y contribuciones con destino al sistema nacional de obras sociales, al régimen de regularización de deudas tributarias y de exención de intereses, multas y demás sanciones que se establece por el presente título".

El art. 2º señala: "Quedan incluidas en lo dispuesto en el artículo anterior aquellas obligaciones que se encuentren en curso de discusión administrativa, contencioso administrativa o judicial, a la fecha de publicación de la presente ley en el Boletín Oficial, en tanto el demandado se allanare incondicionalmente y, en su caso, desista y renuncie a toda acción y derecho, incluso el de repetición, asumiendo el pago de las costas y gastos causídicos. / El allanamiento o desistimiento podrá ser total o parcial y procederá en cualquier etapa o instancia administrativa, contencioso administrativa o judicial, según corresponda".

Finalmente, el art. 3º -invocado por la parte- dice: "El acogimiento al presente régimen producirá la suspensión de las acciones penales en curso y la interrupción de la prescripción penal, cualquiera sea la etapa del proceso en que se encuentre la causa, siempre y cuando la misma no tuviere sentencia firme. / La cancelación total de la deuda en las condiciones previstas en el presente régimen de contado o mediante plan de facilidades de pago producirá la extinción de la acción penal, en la medida que no existiera sentencia firme. / El incumplimiento total o parcial del plan de facilidades de pago, implicará la reanudación de la acción penal o la promoción por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos de la denuncia penal que corresponda, en aquellos casos en que el acogimiento se hubiere dado en forma previa a su interposición, y el comienzo del cómputo de la prescripción penal".

Establecido ello, tratándose de una ley con un objeto específico, esto es, la regularización de impuestos y recursos de la seguridad social cuya aplicación, percepción y fiscalización se encuentra a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos ("ley de amnistía fiscal" o "ley de perdón fiscal", según refirió el Dr. Santamaría durante la audiencia ampliatoria), no se advierte de qué modo puede alcanzar a los imputados Calquín y Pinus, a quienes se les imputa una participación primaria en el delito de falsedad ideológica de instrumento público (arts. 293 párrafo 1º del Cód. Penal) por los hechos cometidos entre el 15 de octubre de 2004 y el mes de mayo de 2005.

La pretensión debe ser desestimada.

17.- A fs. 2293 y vta., la parte cuestiona la pena de cumplimiento efectivo impuesta a Pedro Manuel Bernal. Sostiene que se escogió un encuadre legal más gravoso para arribar a esa consecuencia, se dio por probado que el nombrado se apropió del dinero y que se valoró de un modo cargoso su "falta de arrepentimiento".

Es doctrina pacífica de este Estrado que -en principio- el recurso de casación no constituye una vía hábil para revisar la evaluación realizada por el sentenciante de los criterios objetivos y subjetivos previstos por el art. 41 del Cód. Penal para determinar el quantum de la pena a imponer ("Reynals, Claudio Martín y otros s/ Robo agravado por el uso de armas en poblado y en banda" -expte. n° 426/01 SR del 05.07.2001, Libro VII, f° 374/403-; "Villarreal, Juan Cruz y otros s/ Robo agravado (tres hechos); agresión con arma; hurto; encubrimiento y tenencia ilegal de arma de fuego" -expte. n° 1010/07 SR del 09.10.2007, Libro XIII, f° 579/597-; "Brundi, Fernando Daniel s/ Homicidio culposo y lesiones culposas en concurso ideal" -expte. n° 1086/08 SR del 02.09.2008, Libro XIV, f° 561/572-; "López, René y otro s/ Homicidio en grado de tent. y lesiones leves en conc. real" -expte. n° 1176/08 SR del 18.06.2009, Libro XV, f° 295/309-; entre muchos otros).

En este sentido, se ha dicho que en el ámbito de la casación está vedada la posibilidad de examinar los extremos fácticos que han sido pieza de convicción del juzgador y que sólo se encuentra abierta la posibilidad de revisar el monto de la pena cuando aparezca el vicio de la arbitrariedad. En tal sentido, la vía de la casación se erige como un control debido sólo en aquellos casos en que nos encontramos frente a la ilogicidad de las conclusiones del juzgador, en razón de que el criterio sustentado no se condice con la reprochabilidad impuesta (in re "Saldivia, Jorge Aníbal s/ Homicidio simple" -expte. n° 534/02 SR del 05.02.2003, Libro IX, f° 41/55-).

18.- El fundamento de tal postura es explicado por De la Rúa del siguiente modo: mientras el tipo de pena y la escala de la norma hayan sido respetados, la determinación de su monto es incensurable en casación, pues todo lo relativo a su medida de acuerdo a los arts. 40 y 41 del Código Penal se halla condicionado a una serie de elementos y apreciaciones de hecho, como -por ejemplo- la educación, costumbres, antecedentes, medios de vida del imputado, que sólo pueden ser evaluados por el juez de mérito en el debate (Fernando De la Rúa, 'El Recurso de Casación', Zavalía, 1968, pág. 122). Importante doctrina avala esta posición: Lino Enrique Palacio, "Los recursos en el proceso penal", Abeledo-Perrot, 1998, págs. 113 y 114; Jorge A. Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal", tomo 3, actualizado por Jorge Raúl Montero, Rubinzal- Culzoni, 1998, pág. 195; Guillermo Rafael Navarro - Roberto Raúl Daray, "Código Procesal Penal de la Nación", tomo 2, Pensamiento Jurídico Editora, 1996, págs. 206 y 207; entre otros.

La posición expuesta queda sintetizada con claridad en la siguiente cita jurisprudencial: "Salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad o irracionalidad manifiesta, el monto de la pena no puede ser revisado en sede casatoria por tratarse de una cuestión privativa de los jueces de mérito, a menos que se demuestre absurdo en la fijación de los hechos a los que se atribuye la condición de atenuantes o agravantes, o que ellos no posean aptitud para inferir de los mismos criterios que puedan incidir en la cuantificación de la pena..." (Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz, "Muñoz" del 17.07.2006, Base de datos SAIJ, sumario 10004639). Numerosos fallos acompañan esta postura (ver ver "Gallo, Iván Adalberto s/ Robo y hurto de automotor en conc. real y robo en grado de tentativa" -expte. n° 984/07 SR del 11.07.2007, Libro XIII, f° 317/333-), la que también es compartida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "El ejercicio por los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscitan cuestiones que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48" (Fallos, 311:2626; 304:1626; 306:1669 y sus citas 300:1193, 301:676; 302:827; 303:135, 275, 1303, 1700, 2091; entre muchos otros).

En definitiva, al igual que cuando se cuestiona la tarea axiológica del tribunal de mérito, este remedio procesal sólo tiene cabida cuando concurre en el fallo atacado un error de entidad tal que fulmine la valoración efectuada por el a quo como acto jurisdiccional válido. El examen de la decisión recurrida debe ser integral, con el objeto de no incurrir en un remedio procesal meramente formal que infrinja la esencia

misma del derecho a recurrir el fallo condenatorio.

19.- Establecido el marco de estudio del planteo, las breves argumentaciones efectuadas por la defensa no resultan útiles para desplazar las consideraciones expuestas por el tribunal.

Al ponderar la pena a imponer a Pedro Manuel Bernal, a fs. 2212vta./2213 el sentenciante indicó:

"Respecto de las penas a imponer me refiero en primer lugar al imputado Bernal, y tengo en cuenta como única atenuante la inexistencia de antecedentes penales computables.

Como agravantes valoro en primer término el alto cargo que desempeñaba Secretario del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia, la reiteración de los hechos y el importante perjuicio sufrido por el Estado Provincial que asciende a Pesos noventa y un mil ochocientos catorce con sesenta y tres centavos (\$91.814,63), y que posteriormente se detallará al tratar la acción civil. Meritúo asimismo desfavorablemente su absoluta desaprensión hacia las personas que habían solicitado ayuda social, entre las que se contaba gente que había sufrido incendios en sus viviendas, viudas y enfermos y lejos de compadecerse de ellos, se aprovechó de sus solicitudes y la documentación por ellos acompañada, como presupuestos, proformas, informes sociales, para utilizarlos como cobertura de las sustracciones de fondos que había efectuado.

También evaluó como demérito la circunstancia de que los fondos públicos sustraídos por Bernal estaban destinados a un fin social de ayuda al necesitado que fue absolutamente soslayado por él.

Finalmente tengo en cuenta la total y absoluta falta de arrepentimiento demostrada a lo largo del debate.

Con arreglo a tales circunstancias, evaluadas a luz de los Arts. 40 y 41 del Código Penal, y teniendo presente que de acuerdo a las figuras reprochadas y la forma de concurrencia indicada, corresponde en atención a lo prescripto por el Art. 55 del C.P. fijar una sanción no inferior a dos años y no mayor de veinte años de prisión, propongo en definitiva a los colegas que me sucederán en la votación se imponga a Pedro Manuel Bernal las penas de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales y las costas del proceso (Arts. 12 y 29 inc. 3º del Código Penal, 372 y 492 del C.P.P.)."

En esas condiciones, no puede decirse que la pena impuesta sólo se sustentó en la circunstancia descrita por los recurrentes.

Durante la audiencia ampliatoria, los defensores solicitaron que se reduzca la pena impuesta a 3 años de prisión, dejando en suspenso su cumplimiento. De este modo, la pena sería similar a la fijada a la consorte de causa, Mónica Edith Díaz. En rigor, la distinta participación que el tribunal le atribuyó a ambos: a) Díaz, cómplice primario del delito de falsedad ideológica de documento público; y b) Bernal, autor material y penalmente responsable de los delitos de peculado reiterado dos hechos en concurso ideal con falsedad ideológica de instrumento público, justifica suficientemente la formulación de un mayor reproche penal hacia este último, pues su conducta ilustra un mayor contenido del injusto. Tal circunstancia se refleja en la imposición de una pena de mayor gravedad.

20.- A fs. 2293vta., los recurrentes cuestionan la intervención del Tribunal de Cuentas de la Provincia. Por un lado, señalan que aquel órgano tuvo oportunidad de controlar el expte. 14.110 y no hizo ninguna observación. Por otro, se interrogan si aquella actitud no podría llevar a la comisión del delito de peculado por omisión por parte de los integrantes de ese Tribunal.

Ciertamente, esta línea argumental no puede deslegitimar la intervención del Tribunal de Cuentas como actor civil en autos, toda vez que se ha verificado un perjuicio para el Estado Provincial producto de un hecho ilícito.

La responsabilidad civil de los encausados fue prolijamente tratada por el a quo a fs. 2215vta./2223vta. de su pronunciamiento.

La defensa invoca la falta de legitimación pasiva hacia Pinus y Calquín, toda vez que ellos no son estipendiarios (dependientes) del Estado, ni están sujetos a rendición de cuentas (arg. de fs. 2293vta.). En realidad, la responsabilidad civil de los nombrados surge por su participación en la falsedad de documento público que, en definitiva, perjudicó al Estado. Correctamente señala el a quo que la exigibilidad del derecho por parte del Tribunal de Cuentas se basa en una obligación de hacer -consignada como producida en cada factura de los prestadores- no hecha, por la que Pinus y Calquín recibieron dinero incausado (fs. 2221vta./2222). Como en cualquier otro caso, los partícipes de un delito deben responder patrimonialmente por los perjuicios generados por su conducta ilícita. Así lo establece la ley penal, cuando autoriza al tribunal a ordenar en su sentencia la indemnización del daño material y moral ocasionado, siendo dicha obligación solidaria entre todos los responsables del delito (conf. arts. 29 inc. 2º, 31 y 32 del Cód. Penal). Ello, obviamente, en la medida de su participación: de allí los diferentes montos resarcitorios atribuidos a Bernal, Pinus y Calquín (ver fs. 2223 y vta.).



Con relación a la prescripción anual de la acción resarcitoria dirigida por el Tribunal de Cuentas, asiste razón al Dr. Fappiano cuando a fs. 2369 sostiene que la doctrina emergente de los autos "Garramuño Jorge y Otros c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/contencioso administrativo" -expte. n° 1062/00 SDO del 13.07.2001, Libro XXVII, f° 99/108- no resulta aplicable al caso, toda vez que en aquel precedente hubo un juicio de cuentas, circunstancia no acontecida en autos. Citando al a quo, manifiesta: "...mal puede pretenderse -desde la visión de los excepcionantes- que rija el plazo de las disposiciones generales, cuando no se han sustanciado los juicios administrativos de responsabilidad" (fs. 2220). En otras palabras, no hubo rendición ni juicio de cuentas donde se determinara la responsabilidad y, por ende, no se podía ejercer la acción civil en forma autónoma. Y por otro lado, al tratarse de la investigación penal de delitos, la prejudicialidad condicionaba la demanda civil a lo que resuelvan los tribunales penales.

21.- El pronunciamiento de fs. 2187/2227 presenta fundamentos serios y atendibles, y responde en un todo a las cuestiones de hecho y derecho presentes en el caso, en cuanto estableció la autoría y responsabilidad penal de Pedro Manuel Bernal, y la participación dolosa de Viviana Alicia Pinus y Omar Alberto Calquín, en el grado invocado. Podrá compartirse o no lo resuelto, pero no puede sostenerse que carezca de sustento fáctico y/o normativo.

De allí que la pretendida violación al principio in dubio pro reo -invocada durante la audiencia ampliatoria-, sólo se halla en el ánimo de los casacionistas, quienes para su alegación resta la trascendencia probatoria que poseen los elementos de cargo valorados por el a quo. Recordemos que frente a un desarrollo adecuado de los argumentos que respaldan la imputación, de nada sirve que la defensa proponga distintas hipótesis abstractas para poner en crisis el fallo (conf. lo dicho en "León, Daniel Carlos s/ Incendio seguido de muerte" -expte. n° 881/05 SR del 16.03.2006, Libro XII, f° 121/130). Para aplicar el principio in dubio pro reo no basta con generar cualquier tipo de incertidumbre de carácter abstracto (como señalar que en el "expediente está todo confuso", o que no se sabe quién cometió el delito, según se hizo durante la audiencia). Por el contrario, debe contarse con algún sustento; la conjetura debe tener una probabilidad ponderante, dado que una hipótesis está justificada si cumple con los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación que otras (in re "Borges, Juan Ulises s/ Homicidio doblemente calificado; robo calificado y robo en concurso real" -expte. n° 703/04 SR del 28.05.2004, Libro X, f° 345/359- "A., J. H. s/ Abuso sexual agravado" -expte. n° 770/04 SR del 16.12.2004, Libro X, f° 851/863-; y "Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena" -expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, f° 703/717-).

Los recurrentes se limitan a exponer su visión sobre los elementos incorporados al proceso, omitiendo ponderar aquéllos sobre los que el sentenciante funda la autoría y responsabilidad penal atribuida a su asistido. De este modo, no logra demostrar el absurdo en el razonamiento expuesto, ni que los extremos tenidos en cuenta carezcan de sustento probatorio. Por el contrario, en el pronunciamiento se advierte una valoración y análisis del material fáctico y probatorio que no merece observaciones sustanciales, y una derivación razonada y lógica que determina la aplicación del derecho vigente.

Tampoco se han omitido considerar cuestiones conducentes para la correcta solución del caso (C.S., doct.

de Fallos 308:1622). Téngase presente, además que “Los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos. Basta que se hagan cargo de aquéllos que sean conducentes a la decisión en litigio” (Fallos 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.), y no se advierte que -en autos- el examen de elementos esenciales hubieran sido dejados de lado.

22.- Como recordé en los autos “Mazzoni, José María s/ Abuso sexual simple” -expte. n° 1172/08 SR del 11.06.2009, Libro XV, f° 283/291-, no cualquier discordancia con la tarea axiológica del tribunal configura la causal invocada por la parte. “La arbitrariedad que se invoque como vicio sentencial debe fundarse en la incompatibilidad lógica del razonamiento que sustenta el fallo con las constancias de la causa, pero no puede considerarse configurada por la discrepancia que ponga de manifiesto el recurrente con la solución jurídica adoptada que, aunque opinable a juicio del quejoso, sea legalmente posible” (Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, “Cordero” del 30.08.2006, Base de datos SAIJ, sumario I0051336).

En consecuencia, en autos resulta de aplicación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando expresó: “Corresponde rechazar la tacha de arbitrariedad esgrimida si los fundamentos suscitan el análisis de cuestiones de hecho y prueba respecto de las cuales el recurso exhibe una mera discrepancia de criterio” (Fallos 318:73), pues “La tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se estimen tales, sino que atiende sólo a supuestos de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, susceptibles de descalificar a las sentencias como actos judiciales” (Fallos, 317:1655).

En atención a los fundamentos brindados, a la cuestión propuesta he de pronunciarme por la negativa.

La Dra. Josefa H. Martín adhiere a lo dicho por el Dr. Sagastume, votando a la cuarta cuestión por la negativa.

A la quinta cuestión el Dr. Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- He dejado en último término el examen de la situación de Myriam Beatriz Francisquini en virtud de la particular estructura que presenta la figura penal que se le reprocha. El art. 262 del Cód. Penal señala: “Será reprimido con multa del 20 al 60% del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales, o efectos de que se trata en el artículo anterior”. El artículo precedente, habla de caudales o efectos “...cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo”.

La doctrina es unánime al considerar que este tipo penal presenta una estructura irregular, en cuanto “...el actuar culposo del agente no incide directamente produciendo el resultado, sino que lo que hace es facilitar la conducta dolosa de un tercero; no se castiga la sustracción (separación) culposa de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro los sustraiga dolosamente” (Carlos Creus, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo 2, Astrea, 1993, pág. 302).

De allí que si no hay delito doloso por parte de un tercero quien aprovecha directamente de la acción culposa de la persona a quien se le imputa la figura del art. 262, la imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo que ésta pudiera cometer, deviene atípica. “Si no existe acto doloso de un tercero, desaparece la figura culposa del funcionario” (Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, tomo 5, TEA, 1994, pág. 242).

Por ello, estimo correcto abordar el examen del recurso interpuesto a fs. 2241/2263 en favor de Francisquini, una vez analizados los restantes recursos y concluido que efectivamente se cometieron ilícitos dolosos contra la Administración Pública, pues -como se dijo- éste constituye el presupuesto necesario de la imputación sustentada contra la nombrada a tenor del art. 262 del Cód. Penal.

2.- A fs. 2187/2227, el Tribunal de Juicio condenó a Myriam Beatriz Francisquini a la pena de multa \$ 18.500., como autora material y penalmente responsable del delito de malversación culposa reiterada dos hechos (arts. 55 y 262 del Cód. Penal) por los hechos cometidos entre el 15 de octubre de 2004 y el mes de

mayo de 2005 (parte dispositiva, punto 8°).

Para una mejor comprensión del caso, corresponde recordar que según lo examinado en las cuestiones que anteceden, corresponde señalar que -en autos- se investiga el destino de dos partidas de \$ 60.000 y \$ 50.000, respectivamente, que provenían de anticipos con cargo a rendir gestionados por Francisquini, en su carácter de Ministro de Desarrollo Social, con la finalidad específica de encarar la compra de materiales y refacciones de viviendas de personas que habían solicitado ayuda social. Todo ello debía realizarse a través de la Subsecretaría de Planificación del Ministerio de Obras Públicas.

Según la hipótesis acusatoria, en algunos casos esta ayuda social no llegó a los peticionantes, y los expedientes administrativos fueron completados con recibos y facturas, que daban cuenta de trabajos nunca realizados.

Con relación a la situación procesal de Francisquini, el a quo concluyó que -en su carácter de Ministro de Desarrollo Social- fue quien requirió un primitivo anticipo y posteriormente la ampliación del mismo. Tras consignar que ella no recibió personalmente suma alguna, ni tenía obligación de rendir cuentas, el tribunal indicó:

"Ahora bien tal circunstancia y el hecho de no haber percibido ella las sumas correspondientes a tales operatorias, en modo alguno la eximen de su deber de controlar la debida satisfacción de las necesidades sociales que con las mismas se tendía a cubrir. En efecto era bajo su cartera donde se generaban los pertinentes pedidos y en función de los mismos se proveerían los materiales o se realizarían las refacciones según correspondiera. La circunstancia de que, como señalara en su declaración indagatoria, no se encargaba en forma individual del seguimiento de cada uno de los casos, lo que dijo estaba en manos de los Directores y Subsecretarios del Ministerio, tampoco la exime de su deber de solicitar a los mismos le informen acerca de la evolución de las ayudas requeridas, máxime si como en la especie se había dejado en manos de Obras y Servicios Públicos tal tarea.

(...) Recordemos que la Sra. Francisquini nos informó que sería la cuadrilla de Dumé, según a ella le dijeron, la que se encargaría de los trabajos, por lo que desconozco qué constancias se le hubieran arrimado a esa altura, pero de ser algunas de las que posteriormente se fueron agregando al Expediente del caso, habría podido advertir que se hallaban incorporadas facturas correspondientes a empresas particulares, con el mayor desembolso dinerario que ello implica, lo que la hubiera autorizado a efectuar los reclamos del caso como Ministro que era, pues de ser auténticas tales facturaciones, estaba claro que se veía disminuida la suma destinada a ayudas sociales ante la no intervención de empleados públicos que no cobrarían un centavo por la realización de los trabajos.

Pero lisa y llanamente nada controló y solicitó más dinero, resultando suficiente su pedido para que el Sr. Ministro de Economía, tal como nos lo informara en la audiencia, valorando el destino de los fondos, no dudara en firmar de inmediato el acto administrativo pertinente.

Tampoco en relación con esta ampliación ningún acto de contralor llevó a cabo en persona o a través de los funcionarios bajo su órbita.

En manera alguna siquiera mínimamente existen sospechas en cuanto a que la misma participara en la maniobra dolosa enrostrada a sus consortes de causa. Tampoco que se quedó con dinero alguno, pero es evidente que con su accionar negligente al no informarse acerca de lo sucedido con el primer anticipo, e imprudente al haber solicitado su ampliación sin munirse de los elementos indispensables que lo justificaran, dio pie a que Bernal sustrajera las sumas del caso. En concreto creó la oportunidad posibilitadora según los términos de Núñez, para que el nombrado pudiera concretar su objetivo.

Así las cosas, entiendo que corresponde encuadrar los hechos que tuve por probados en relación a Myriam Beatriz Francisquini como malversación culposa reiterada en dos oportunidades, en concurso real entre sí, en los términos de los Arts. 262 y 55 del Código Penal" (fs. 2211vta./2212 del voto del Dr. Pagano Zavalía, al

que adhirieron los Dres. García Arpón y Magraner a fs. 2224).

El a quo también hizo lugar a la acción civil promovida por el Tribunal de Cuentas de la Provincia contra Francisquini y, en consecuencia, la condenó a pagar –solidariamente con Pedro Manuel Bernal y Mónica Edith Díaz (conf. senencia, fs. 2223)- la suma de \$ 91.814,63, con más los intereses legales calculados de la forma establecida en el fallo, desde la fecha de cada una de las facturas indicadas en los considerandos pertinentes, hasta el momento de su efectivo pago, el que deberá realizarse dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que se practique. Con expresa imposición de costas (sentencia, parte dispositiva, punto 11°).

3.- A fs. 2241/2263, Myriam Beatriz Francisquini, con la asistencia técnica del Dr. Héctor Montero, interpuso recurso de casación.

Señala que la conducta que se le reprocha deviene atípica. No discute que, en su carácter de Ministra de Desarrollo Social, solicitó un anticipo con cargo a rendir por la suma de \$ 60.000 y una ampliación posterior de \$ 50.000. En esa primera nota, aclaró que los materiales serían utilizados por personal de la Subsecretaría de Obras Públicas, quienes también se harían cargo de la elaboración del expediente administrativo n° 14.110/04. Así, indica que si bien ella solicitó las sumas dinerarias, éstas serían manejadas por la Subsecretaría de Obras Públicas y rendidas por las personas a cuyo favor se dictaron las resoluciones de otorgamiento, esto es, Mónica Díaz y Edita Alvarado Sánchez (fs. 2249).

Agrega que según la normativa de aplicación, Díaz y Sánchez eran las únicas y exclusivas responsables de retirar los fondos, controlar su aplicación y rendirlos en un plazo máximo de 30 días (resolución de Contaduría General de Gobierno n° 05/02).

En consecuencia, exclama que no puede imputarse a Francisquini negligencia alguna. Caso contrario, también debería ser imputado Juan Manuel Romano, Ministro de Economía que autorizó los anticipos. Y dice que jamás tuvo conocimiento de que el dinero obraba en manos de Bernal (fs. 2250).

Sostiene la atipicidad de la conducta al considerar que como nunca tuvo la custodia de los caudales sustraídos, mal puede hablarse de una conducta negligente al permitir una acción dolosa de un tercero.

Con relación al primer anticipo de \$ 60.000, recuerda que Mónica Díaz retiró el dinero un viernes y se lo entregó a Bernal el día lunes siguiente, de forma tal que no tuvo el dominio del hecho ni posibilidad alguna de prever el resultado ni forma de evitarlo. "Dicho de otra manera, no fue su actuación o su negligencia o imprudencia o la inobservancia de deberes a su cargo, lo que permitió la sustracción de esos sesenta mil pesos. Es decir, no hay relación de causalidad entre su conducta y el resultado, ya que este se produjo en forma totalmente independiente a su conducta" (fs. 2253).

Con relación a la ampliación de \$ 50.000, indica que Francisquini la solicitó cuando Mónica Díaz le informó que los primeros \$ 60.000 ya habían sido rendidos. Y también en este caso, el dinero fue retirado del banco y entregado de inmediato a Bernal.

Respecto de la mecánica de funcionamiento de los anticipos con cargo a rendir, explica que la normativa indicaba que el generador deberá elevar la solicitud para su aprobación al funcionario político del área que dispondrá de los fondos, lo que no significa que ese funcionario (en el caso, la ministro) tenga el manejo de los mismos ni sea responsable de su utilización. Y destaca que el único responsable de la rendición de los fondos es el funcionario o agente a cuyo favor se dictó la resolución y que su intervención firmando el reverso de la factura bastará para justificar que el proveedor ha cumplido con lo expresado en la factura. "Qué quede claro, una cosa es pedir los fondos y disponer su aplicación, y otra distinta es quién y cómo utiliza los mismos. Lo primero en forma alguna constituye ni puede constituir delito en ningún caso, mientras que lo segundo sí puede eventualmente configurar delito" (fs. 2255).

En cuanto a la condena civil dictada, manifiesta que en el caso la culpa civil es inescindible de la culpa penal, la cual debe ser excluida de acuerdo a lo expresado precedentemente. Así pues, al igual que en el

ámbito penal, la responsabilidad civil sólo puede recaer sobre los funcionarios que debían rendir los fondos, que es a quienes se les otorgó el anticipo (fs. 2261/2262).

4.- Comparto la opinión del Dr. Fappiano cuando señala que el recurso no puede prosperar, "...en tanto se advierte que se cometió un delito doloso por parte de un tercero; y la encartada con su acción posibilitó que fondos de su cartera pasasen a manos de otro Ministerio, desentiéndose (sic) totalmente del resultado de la gestión; esto es, si la ayuda social llegó o no, -de modo efectivo-, a sus beneficiarios directos, ya que éstos últimos se hallaban en la órbita de su propio Ministerio" (fs. 2385 del dictamen).

Como señalé en el consid. 1º, la figura contenida por el art. 262 del Cód. Penal reprime al funcionario público que por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales, o efectos de que se trata en el artículo anterior". El artículo 261, habla de caudales o efectos "...cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo".

A más de las citas doctrinarias ya efectuadas, también se ha dicho que "La diferencia de esta figura con las demás culposas, cuya estructura ya se ha explicado, consiste en que la violación al deber objetivo de cuidado lleva a un resultado dañoso para la administración de justicia, provocado por un tercero dolosamente" (Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal. Parte Especial", tomo 3, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 291). En consecuencia, la acción ilícita dolosa de la tercera persona a que refiere la norma debe responder a la violación de cuidado del funcionario público. "Si la causa es otra, es decir, no es la negligencia sino que aunque ésta existe, el tercero no la aprovecha, no será posible el tipo penal en cuestión. En otros términos, entre la violación del deber de cuidado del funcionario público y la sustracción de bienes debe haber una relación directa por la cual el tercero se aprovecha y sustrae" (Donna, "Derecho Penal...", pág. 291; citado en los autos "García, Gustavo Alberto y otros s/ Peculado y malversación culposa de caudales públicos s/ Recurso de queja interpuesto por el defensor de Osvaldo Manuel Rodríguez y otros" -expte. n° 622/03 SR del 05.11.2003, Libro IX, f° 430/434-).

Atento a estas particularidades, carece de relevancia que la imputada no hubiera tenido materialmente en su poder las sumas requeridas en carácter de anticipos con cargo a rendir, ni la custodia directa de esos montos, ni que los caudales en cuestión hubiesen sido entregados de inmediato a Bernal.

5.- Se trata, en definitiva, de determinar si Myriam Batriz Francisquini, en su calidad de Titular del Ministerio de Desarrollo Social, violó los deberes de cuidado que tenía a su cargo, dando ocasión a que se efectuara por otra persona la sustracción de caudales. Durante la audiencia de ampliación oral cuya acta luce a fs. 2334, el Dr. Montero cuestionó la calificación legal dada al delito doloso, expresando que se trataría de un sólo hecho de peculado. En rigor, a los fines de establecer la responsabilidad penal de esta enjuiciada resulta irrelevante el encuadre jurídico del delito doloso que se le atribuye a los otros imputados.

Asiste razón al Sr. Fiscal ante este Estrado cuando señala que las partidas afectadas pertenecían a su Ministerio, y por tanto, a ella le correspondía el control de las mismas, pues la actuación desplegada por dicha funcionaria fue la que habilitó la extracción del dinero (fs. 2386vta.). Caso contrario, cabría interrogarse cuál es la tarea de la Ministro: basta, entonces, suprimir su función y que la responsabilidad del manejo de los asuntos del área recaiga en los funcionarios que ejercen cargos jerárquicamente inferiores (aunque altos en la estructura del Ministerio), para que realicen -sin control alguno- todo lo que crean conveniente para marcar el rumbo del Ministerio. A fs. 2250, la recurrente sostiene que ella desconocía que los fondos públicos hubieran llegado a manos de Bernal. Pues bien, ello no hace más que ilustrar acabadamente su actuar negligente.

Sin dudas, según la normativa vigente, Mónica E. Díaz -Directora General de Administración Financiera del Ministerio- y Edita Alvarado Sánchez -Directora de Finanzas y Presupuesto- eran las encargadas de rendir los anticipos percibidos (arg. de fs. 2249, reiterado durante la audiencia ampliatoria). Sin embargo, ello no desvanece el debido cuidado que Francisquini debía tener para que los fondos pedidos en el ámbito del Ministerio que dirigía sean usados para el fin predeterminado. Durante la audiencia ampliatoria, el letrado

indicó que no era función de su asistida controlar al Subsecretario de Planificación del Ministerio de Obras Públicas. Pues bien, no se trataba de controlarlo a él; antes bien, debía constatar si los fondos requeridos para tareas propias de la órbita de su Ministerio, con fondos otorgados a funcionarias de su Ministerio, eran utilizados para los fines previstos. No debe olvidarse que el reproche penal que se le dirige es a título culposo, concatenado pero muy distinto del reproche que se les puede dirigir a aquéllos que intervinieron dolosamente en la sustracción de caudales públicos.

Por otra parte, no resulta una cuestión menor en este examen, que en la nota suscripta por la encausada con fecha 5 de octubre de 2004 al Subsecretario de Contrataciones y Abastecimiento (fs. 150 del expte. adm. n° 13.188) se estimara que el monto para la adquisición de los materiales para el otorgamiento de la ayuda social fuera estimado en \$ 28.000; siendo que -luego- efectuó un pedido de anticipo con cargo a rendir por la suma de \$ 60.000, y luego otro de \$ 50.000 (fs. 12 y 5 del expte. adm. 14.110). Sin dudas, el pedido es exorbitante si lo comparamos a las previsiones tenidas en cuenta.

6.- En suma, considerar como lo hace el a quo que la conducta negligente de los imputados facilitó el accionar doloso de las personas involucradas en los hechos investigados no resulta una afirmación caprichosa o antojadiza.

En base a un obrar imprudente y negligente, Francisquini se puso totalmente al margen de lo que era una operación de magnitud, que marcaba directamente el funcionamiento y los fines de su Ministerio (v.gr.: la ayuda social). No se comparte su conclusión cuando sostiene que no hay relación de causalidad entre su conducta y el resultado, ya que éste se produjo en forma totalmente independiente a su conducta (arg. de fs. 2253). Por el contrario, su desentendimiento absoluto del tema, dio ocasión al obrar doloso realizado a partir de su requerimiento de fondos. En base a ello, es inadmisibles que se insista en su completa ajenidad -a título culposo- ante el resultado ocasionado.

Lo expuesto también sella la suerte de la condena civil dictada contra la encartada. Obsérvese que a fs. 2261/2262 de su recurso no se discute el monto de la condena civil; antes bien, simplemente señala que -al igual que la responsabilidad penal- la culpa civil debe circunscribirse exclusivamente a aquellas funcionarias que recibieron el anticipo.

En virtud de las consideraciones realizadas, a la presente cuestión voto por la negativa.

La Dra. Josefa H. Martín adhiere a lo dicho por el Dr. Sagastume, votando a la cuestión propuesta por la negativa.

A la sexta cuestión el Dr. Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

Atento a la forma en que fueron resueltas las cuestiones que anteceden, propongo, por un lado, declarar inadmisibles, y por ello mal concedido, el recurso de casación interpuesto a fs. 2281/2287 por la defensa de Manuel Alberto Sánchez contra la sentencia de fs. 2187/2227. Las costas deben ser soportadas por el vencido, de acuerdo al principio establecido en la primera parte del art. 492 del C.P.P.

Asimismo, corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos a fs. 2229/2240 por la defensa de Julio Esteban Ávalos; a fs. 2241/2263 por Myriam Francisquini; a fs. 2267/2279 por la defensa de Mónica Esther Díaz; y a fs. 2288/2294 por la defensa de Viviana Alicia Pinus, Omar Alberto Calquín y Pedro Manuel Bernal, todos contra la sentencia de fs. 2187/2227.

Cabe imponer las costas a los enjuiciados, de acuerdo al principio establecido en la primera parte del art. 492 del C.P.P.

La Dra. Josefa H. Martín comparte y hace suya la propuesta formulada por el Dr. Sagastume, votando a la sexta cuestión en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 8 de octubre de 2010.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1º) DECLARAR INADMISIBLE, y por ello mal concedido, el recurso de casación interpuesto a fs. 2281/2287 por la defensa de Manuel Alberto Sánchez contra la sentencia de fs. 2187/2227. Con costas (art. 492, primera parte, del C.P.P.).

2º) RECHAZAR los recursos de casación interpuestos a fs. 2229/2240 por la defensa de Julio Esteban Ávalos; a fs. 2241/2263 por la defensa de Myriam Francisquini; a fs. 2267/2279 por la defensa de Mónica Esther Díaz; y a fs. 2288/2294 por la defensa de Viviana Alicia Pinus, Omar Alberto Calquín y Pedro Manuel Bernal, todos contra la sentencia de fs. 2187/ 2227. Con costas (art. 492, primera parte, del C.P.P.).

3º) MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: Carlos Gonzalo Sagastume – Josefa H. Martín (por subrogancia legal)

Secretario: Jorge P. Tenailon

Tomo XVI, Fº 827/866

??

??

??

??

1