

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 21163/06 STJ

SENTENCIA Nº: 143

PROCESADO: BUSTAMANTE ORLANDO AMÉRICO

DELITO: PECULADO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 18-09-06

FIRMANTES: SODERO NIEVAS (NO FIRMA POR LICENCIA) – BALLADINI –
LUTZ EN ABSTENCIÓN

///MA, de septiembre de 2006.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “FISCALÍA DE INVESTIGACIONES
ADMINISTRATIVAS s/Dcia. Fraude a la Administración Pública s/Casación”
(Expte.Nº 21163/06 STJ), puestas a despacho para resolver, realizada la deliberación
según constancia de fs. 1653; y- - - - - CONSIDERANDO:- - - - -

-----1.- Que mediante sentencia Nº 15, del 11 de abril de 2006, la Sala B de la Cámara
en lo Criminal de Viedma resolvió –en lo pertinente- condenar a Orlando Américo
Bustamante a las penas de dos años y ocho meses de prisión en suspenso e
inhabilitación absoluta perpetua por considerarlo autor penalmente responsable del
delito de peculado en relación con el hecho nominado primero por el que fue imputado
(arts. 261 primer párrafo, 19 y 26 C.P.), con costas. También condenó a Daniel Saúl
Turner a la pena de dos años y dos meses de prisión en suspenso por considerarlo
cómplice primario del delito de peculado en relación con el hecho nominado primero
por el que fue imputado (arts. 45, 261 primer párrafo, 19 y 26 C.P.), con costas.
Asimismo, absolvió a Orlando Américo Bustamante, Daniel Saúl Turner, Luis Felipe
Suárez y Gabriel Schanider en relación con el hecho segundo por el que fueron
imputados.- - - - -

-----2.- Que, contra lo así decidido, el doctor Miguel Ángel Cardella, en representación
de Orlando Américo Bustamante, interpuso recurso extraordinario de casación, que fue
concedido por el tribunal de grado inferior.- - - - -

-----3.- Que el recurrente señala que cumple los requisitos ///2.- de admisibilidad y

desarrolla los siguientes agravios en cuanto a la “procedencia sustancial del recurso”:- -

- -

-----a) Respecto de la falta del requerimiento de instrucción y la falta de motivación del requerimiento de elevación a juicio, afirma que iniciado el debate y como cuestión previa planteó la nulidad ambas piezas procesales, fundado en los arts. 162 inc. 2º, 159 inc. 2º y 318 del Código Procesal Penal y el art. 218 de la Constitución Provincial, ante cuyo rechazo hizo reserva de recurrir en casación.- - - - -

----- Agrega que la falta de individualización de Bustamante en el requerimiento de instrucción y la falta de motivación y la confusa calificación legal en el requerimiento de elevación a juicio vulneran fatalmente la estructura del proceso y por eso solicita la nulidad total.- - - - -

----- Al respecto, señala que la denuncia no individualizó ninguna persona ni datos, el requerimiento se hizo por el delito de defraudación a la administración pública y se dirigió contra autores desconocidos y que el Ministerio Público pidió medidas probatorias con la finalidad de ampliarlo y adecuarlo a las previsiones del ritual penal. En tal sentido, refiere que es errónea la resolución del a quo cuando señala que esa cuestión se subsanó por la individualización de los partícipes que hizo el Juez (art. 185 inc. 3º C.P.P.), porque una cosa es perseguir por medio de la acción penal y otra es individualizar a una persona. Así, en ningún momento el Ministerio Fiscal individualizó a Bustamante, con lo que no cumplió su compromiso de ampliar el requerimiento ni controló las actuaciones ni promovió la ///3.- correspondiente acción penal.- - - - -

- - -

----- Posteriormente relata que Bustamante ingresó en la causa por medio del decreto de fs. 233, cuando fue citado para indagatoria, de lo que fue notificado el Ministerio Público a fs. 234 y donde no dijo nada, de modo que el Juez se adueñó de la acción, cuyo titular es el Ministerio Público. Concluye entonces que el escrito de fs. 6/7 no es un requerimiento de acción pública de acuerdo con el art. 180 del rito y que de ningún modo se completó con la actuación del juez de instrucción, porque éste no es el titular de la acción.- - - - -

----- Por otra parte, sostiene que existe ausencia de la debida motivación en la requisitoria de elevación a juicio, puesto que en la narración de los hechos del requerimiento de instrucción no figura el delito de peculado (“sustraer”), mientras que en aquél se indicó un concurso de peculado con defraudación en relación con la entrega de repuestos, pero en ningún momento Bustamante fue indagado por el hecho de

“sustraer” efectos de propiedad de la administración pública y no se le reprocharon conductas de la figura del art. 261 del Código Penal. Esto configura, a su criterio, una violación al derecho de defensa en uno de sus elementos integradores, que es el principio de congruencia.- - - - -

----- Afirma además que del requerimiento de elevación a juicio no se desprende si la calificación legal es igual para los hechos primero y segundo, como así tampoco si el delito de peculado se imputó en su primer o segundo supuesto.- - - - -

-----b) La defensa alega luego violación del derecho de ///4.- defensa y el debido proceso, en tanto el Fiscal de Cámara dijo en los alegatos que los hechos se encontraban probados, pero que en realidad los denominados primero y segundo hechos eran tramos de una misma administración fraudulenta por el período imputado. De tal forma, el Fiscal no sostuvo el requerimiento de elevación a juicio, lo cambió, fijó de otro modo los hechos y la conducta de Bustamante, convirtió el suceso en un solo hecho y le dio otra calificación legal, al decir que era una defraudación a la administración pública y que la figura requería solo del dolo genérico.- - - - -

----- Agrega que se violó el derecho de defensa porque el a quo se remitió al requerimiento fiscal de elevación a juicio y condenó a su pupilo por el delito de peculado, cuando en ningún momento se acusó por una conducta típica de “sustraer”, es decir, nunca se describió o discutió la figura del peculado. De modo tal, refiere que la defensa técnica fue realizada sobre la base de la acusación formulada en el alegato final del Ministerio Público, por lo que se ejerció sobre un solo hecho y por una sola conducta: defraudación a la administración pública.- - - - -

----- Luego de citar un párrafo del a quo (fs. 1555), manifiesta que la Corte de Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “CÁSERES” sostuvo que el requerimiento de elevación a juicio no basta como acusación en los términos del debido proceso y que ese precedente, así como “TARIFEÑO” y “MOSTACCIO”, exigen la observancia de la acusación como forma sustancial del juicio, puesto que es imposible no tener en cuenta la acusación fiscal para dictar la///5.- sentencia.- - - - -

----- A lo anterior suma que la Cámara intenta aplicar el principio iura novit curia (art. 372 C.P.P.) pero de forma errónea e ilegal, porque no se cumplió ni con el requisito de que los hechos sean los mismos en todos los tramos de la investigación ni con el deber de fundamentar los motivos por los cuales los jueces se apartan de las conclusiones de la acusación (por la tipificación del hecho).- - - - -

----- Afirma luego que el hecho fijado como primero en el requerimiento de elevación a juicio y en la condena no describe la comisión del delito de peculado, porque allí se utiliza el verbo “entregar”, de modo que las figuras penales son distintas en sus aspectos subjetivos como objetivos.- -

----- También entiende que hay error en Bustamante sobre los elementos cognitivos de su función, que no sabía que los insumos le correspondían a Turner ni discutió los términos contractuales, pero que el a quo no dejó incorporar constancia en el acta de debate de lo declarado por testigos, de lo que hizo reserva de casación.- - - - -

----- Aduce también que la sustracción que se le imputa a su defendido no dice que los repuestos hayan sido apartados del patrimonio de la Policía, que no estaban apartados de la esfera de actividad patrimonial y jamás se incorporaron al patrimonio de Turner.- -

- - - - -

----- Por último, hace reserva del recurso extraordinario federal y solicita que al resolverse en definitiva se case la sentencia por resultar violatoria de la ley sustancial y formal y de la doctrina legal, con la consecuente absoluciónde Orlando Américo Bustamante.- - - - - //6.--4.- Que este Tribunal de Casación viene sosteniendo en forma continua y reiterada que el análisis de admisibilidad del recurso de casación del tribunal de grado inferior debe responder a los nuevos parámetros fijados como garantía de la doble instancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “CASAL” (C. 1757, XL., del 20-09-05, ratificado en los fallos “MARTÍNEZ ARECO”, del 25-10-05, “BENÍTEZ”, del 28-02-06, LL del 03-05-06, “DÍAZ” y “VILLAR”, del 04-07-06).- - - - -

----- En el sub examine, el a quo declaró la admisibilidad formal del recurso con la afirmación de que este Superior Tribunal de Justicia ha adoptado el criterio del fallo “CASAL” de la Corte Suprema y así, sin más, entendió cumplidos los requisitos formales exigidos para habilitar la instancia extraordinaria.- - - - -

----- De tal modo, la sentencia interlocutoria del 10 de mayo de 2006 incumple con la motivación prevista por el art. 110 del rito en tanto los precedentes citados no implican por sí una habilitación automática de la doble instancia por la sola interposición del recurso contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.- - - - -

----- Es que, aunque ahora el control abarca las cuestiones de hecho y prueba y deja fuera sólo aquellos aspectos que dependan de la inmediación del debate oral (esto es lo sustancial que indica “CASAL”, pues en su nueva matriz el clásico medio de impugnación extraordinario se viste de las notas de los recursos ordinarios, conforme

Morello y González

Campaña, “La Teoría del máximo rendimiento en el derecho procesal”, en LL Suplemento Penal y Procesal Penal, ///7.- del 21-07-06), el a quo debe realizar una evaluación de verosimilitud de los agravios esgrimidos mediante un análisis circunstanciado de procedencia de cada uno de ellos.- - - - -

- - -

----- En este sentido, “... 1. [e]xpresar agravios es ejercer el control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del juez y por ponerlos en evidencia, obtener la modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que se causara. 2. El tribunal de alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que meramente denotan disconformidad subjetiva con la sentencia y que por eso son insuficientes como fundamentación del recurso” (CCom. de San Isidro, Sala I, 11-5-99, LLBA 2000-935). En un orden similar de ideas, “[s]i bien la expresión de agravios no está sujeta a formas sacramentales, ella tampoco importa una simple fórmula, pues el recurso de apelación no constituye un medio para sostener el proceso al parecer de otro tribunal” (CCCom. de Rosario, sala II, 31-10-97; Sonia Medina, en “Recursos Ordinarios y Extraordinarios”, Director Roland Arazi, Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición, 2005, pág. 175). Así, el tribunal a quo debe evaluar la interposición de una crítica concreta y razonada a la legalidad del decisorio dictado.- - - - -

----- En tal tarea, el tribunal de grado inferior no puede sustraerse al mérito y la consideración de la doctrina legal que resuelva la cuestión propuesta a discusión, pues conspiraría contra el debido proceso legal la habilitación de la instancia de agravios que manifiestamente no puedan prosperar.- - - - - ///8.-- De igual modo, ante la presentación de planteos nulificatorios, el a quo debe hacer un somero análisis del cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad, entre los que no pueden obviarse el interés que sustente el agravio y su temporaneidad.- - - - -

- - - - -

----- Como fue referido supra, tal tarea ha sido obviada por el sentenciante, con lo que el análisis de admisibilidad no responde a los nuevos parámetros mencionados supra y que ya se encontraban presentes en la doctrina legal del Superior Tribunal expuesta in re “ZACARÍAS” (Se. 138/05).- - - - -

----- De ser seguida la orientación opuesta, el Tribunal debería admitir que su jurisdicción se viese, en principio, habilitada o denegada sin razones que avalaran uno u otro resultado, lo cual irrogaría un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes

y al adecuado servicio de justicia.- - - - -

----- La consecuencia primera de lo anterior sería la declaración de nulidad de la admisión del recurso de casación con el consecuente reenvío para su nuevo examen, pero el principio de celeridad procesal antes mencionado hace necesario que, en el sub examine, el tribunal de casación ingrese sin más al tratamiento de los agravios expuestos.- - - - -

----- Ahora bien, siguiendo el orden de ideas que se viene desarrollando, debe distinguirse adecuadamente el recurso de casación con la actual interpretación asignada por la Corte Suprema en “CASAL” (respecto del segundo supuesto del art. 456 C.P.P.N. idéntico al art. 426 inc. 2º C.P.P.R.N.) de lo que sería un “recurso directo”. Así, es posible que existan ///9.- en un ordenamiento jurídico tres recursos para asegurar la garantía de la doble instancia: 1) apelación integral, que puede estar a cargo de un tribunal especializado o de impugnación o intermedio; 2) casación en sentido amplio, incluidas las cuestiones de hecho y derecho –es decir, eliminando la clásica distinción-, y 3) directo o elevación en consulta, como surge del art. 179 inc. 2 de la Constitución de la Provincia del Chubut (modificada en el año 1994) reglamentado en el art. 377 del Código Procesal Penal de esa provincia (Ley 5748).- - - - -

----- En la provincia de Río Negro, hasta tanto no exista modificación de la normativa vigente (Constitución Provincial o Código Procesal Penal), sólo se aplica el recurso de casación con la interpretación que le dio la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- - - - -

----- Entonces, para habilitar la instancia de casación, basta con la presentación plausible de todo agravio que razonablemente pueda constituir un error de la decisión que, de ser cierto, conduzca a la eliminación total o parcial de la resolución.- - - - -

----- De tal forma, el carácter total de la revisión no implica per se la apertura de la instancia ni que el examen que este Superior Tribunal de Justicia debe realizar respecto de la sentencia de condena deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa. Ello es así porque, al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la sentencia le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del ///10.- fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador.- - - - -

----- En consecuencia, es necesario realizar un nuevo análisis de admisibilidad (esto es,

no sólo de los requisitos formales previstos) con el objeto de asegurar una mejor administración de justicia y el cumplimiento de la garantía constitucional de la duración razonable del proceso y de la celeridad de su trámite, y para evitar la incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva (art. 18 C.N.). Ello así pues debe "... reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio y reconocido por el art. 14, ap. 3º, inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene jerarquía constitucional, el derecho de todo imputado a obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal" (Fallos 323:982).- - - - -

----- En este orden de ideas, sin exigir a la formulación del recurso de casación cortapisas solemnes, pero sí la presentación de una crítica concreta y razonada atento a lo sostenido en el sumario 12 del voto de la doctora Carmen M. Argibay en el fallo "CASAL" y en el voto de la mayoría en el fallo "VILLAR", supra citados, en concordancia con la exigencia de los arts. 415 y 432 del rito, se advierte que los fundamentos expuestos son ineficaces para demostrar la falta de razón de la sentencia cuestionada, lo que hace aconsejable, luego de su revisión integral, negar la///11.-habilitación de la instancia, para una mejor administración de justicia y en resguardo del derecho del imputado a que se defina su situación procesal en el menor tiempo posible.- - - - -

-----5.- Que el a quo sostiene que con "las pruebas producidas en el debate e incorporadas por lectura, se tiene acreditado con certeza la materialidad del hecho nominado como primero en esta sentencia y la participación en el mismo de los imputados Bustamante y Turner, esto es que en dos oportunidades ocurridas el 1 de septiembre de 1995 la primera y el 2 de noviembre de 1995 la segunda, Orlando Américo Bustamante, en su carácter de Director de Logística y Finanzas de la Policía de Río Negro entregó a Daniel Saúl Turner, que a la sazón prestaba el servicio de mantenimiento de la flota automotor de la Policía de Río Negro los repuestos que se encontraban bajo su esfera de custodia y que eran de propiedad de la Institución por haber sido adquiridos en la licitación pública n° 8/94 tramitada por expte. n° 132.457-j-93 caratulado '\S/ adquisición automotores flota policial\'', cuando incluso estaba a cargo del nombrado Turner la provisión de algunos de tales repuestos, generándose en definitiva un perjuicio patrimonial al erario público" (fs. 1494/1495).- - - - -

-----6.- Que, analizados los agravios del recurrente, cabe adelantar que no pueden prosperar y que su ineficacia determina la imposibilidad de habilitar la instancia de casación.-----

----- En este sentido, es improcedente el planteo de nulidad con base en que el requerimiento de instrucción no///12.- individualiza a Orlando Américo Bustamante, toda vez que –como lo resolvió la Cámara- la imputación se formuló "in incertam personam" y era el Tribunal el que debía descubrir e individualizar al sospechoso y, en su caso, ampliar este elemento subjetivo de la imputación (art. 185 inc. 3º C.P.P.).- - -

----- Ocurre que, cuando se ignora quién o quiénes han sido los posibles autores del hecho imputado, la acción habrá de dirigirse –de forma necesaria- "in incertam personam", insuficiencia que deberá salvar el Juez. De esta manera el instructor, sin necesidad de una nueva requisitoria fiscal, puede y debe traer al proceso durante la tramitación del sumario a todos los que aparezcan como posibles partícipes del hecho sometido a su conocimiento, lo que resulta del carácter indivisible de la acción.- - - - -

----- En el momento en que se procede a formular la requisitoria del art. 180 del cuerpo adjetivo suele existir una relativa indeterminación acerca de innumerables aspectos por investigar, ya que se está ante una hipótesis sobre la existencia de un delito cuya realidad es una representación que se debe verificar -mediante la búsqueda, la recepción, la selección y la valoración de los elementos de prueba pertinentes y útiles- e individualizar a sus partícipes. Además, es el propio art. 180 del rito el que prevé la alternativa de que en ese requerimiento

se ignoren las condiciones personales del imputado, sin que por ello deje de surtir eficacia como acto impulsor de la acción.- - - - -

----- Entonces, la identificación física del imputado en el requerimiento de instrucción fiscal no era esencial por ///13.- cuanto el juez está autorizado a fijar o bien ampliar la imputación desde el punto de vista subjetivo, es decir que, sin necesidad de nueva requisitoria fiscal, el órgano judicial puede traer al proceso a los que aparezcan como imputados en su transcurso.-----

----- En conclusión, para el momento de la imputación inicial propia del estado embrionario de la investigación en que aquel acto se produjo, el legislador contempló la posibilidad de que se desconozcan los datos identificadores de los eventuales partícipes en el hecho delictivo denunciado, de modo que en tal situación la acción penal puede

ser promovida in incertam personam y será precisamente la labor instructora del juez la que deberá "descubrir e individualizar al sospechoso y, en su caso, ampliar este elemento subjetivo de la imputación (conf. Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal", Tº II, 1984, págs. 557 y sgtes.; Ábalos, "Código Procesal Penal de la Nación", 1994, pág. 461), todo lo que determina la improcedencia del agravio.-

-----7.- Que el recurrente afirma además que se violó el derecho de defensa porque el delito de peculado no figura en el requerimiento de instrucción ni en la indagatoria.- - - -

----- En realidad, el argumento carece de eficacia porque todas las etapas procesales se cumplieron sin mengua de las garantías constitucionales.- - - - -

----- Obsérvese que la acción penal se promovió a fs. 6/7 y vta. y luego el juez instructor realizó sucesivas medidas de prueba para lo cual contó con la conformidad fiscal (v.gr. fs. 9 vta., 20 vta., 94, 141 vta., 158, 181, 187, entre otras que constan durante toda la etapa de instrucción). En ///14.- función de la prueba colectada, a fs. 233 se ordenó recibir declaración indagatoria a Orlando Américo Bustamante (conf. art. 273 C.P.P.), lo que también fue confirmado por el Ministerio Fiscal (fs. 234), y a fs. 243 y vta. el mencionado se abstuvo de declarar.- - - - -

----- Es dable dejar constancia de que por ese entonces no regía la última parte del art. 277 del rito -modificado por el art. 3 de la Ley 3794 (BOP del 22-12-03)-, que establece que "[e]l hecho objeto de la intimación se describirá en el acta bajo sanción de nulidad", y que entre la prueba en su contra de la que se le hizo saber se mencionaron todas las que sustentan la sentencia de condena.- - - - -

----- El 01-10-99 se dictó el auto de procesamiento por el hecho de condena calificado como defraudación calificada a una administración pública por administración fraudulenta y peculado, en concurso ideal –arts. 173 inc. 7º, 174 inc. 5º, 261 y 54 C.P. (fs. 300/313 vta.)-, el que se notificó al Agente Fiscal a fs. 313 vta. in fine y a Bustamante y su defensor doctor Cardella el 08-10-99 (fs. 337).- - - - -

----- Apelado el resolutorio, la Cámara refirió: "El Sr. Fiscal de Cámara estimó que procede desestimar los recursos presentados; entendió que se ha acreditado con la documental agregada la contratación de Turner y la entrega a éste –con la intervención de Bustamante- de repuestos que, según las cláusulas del contrato debían estar a cargo del primero. Estos extremos son apoyados por los testimonios incorporados" (fs. 558). Luego agregó: "La Defensa de Bustamante refiere que el procesamiento recurrido admite hechos que no se han cometido o cometidos no lo fueron ///15.- durante la gestión de Bustamante; ataca la calificación legal. Discurre luego sobre la entrega de

repuestos para terminar aceptando que Bustamante entregó repuestos que no estaban en los pliegos para alegar que ello fue con cargo de devolución. Destaca luego que los repuestos fueron devueltos. Califica la conducta de su pupilo como falta administrativa. Analiza la calificación jurídica negando que Bustamante haya sustraído algo en provecho propio o de un tercero o haya empleado en provecho propio servicios pagados por una administración pública; niega dolo en la conducta atribuida, así como la posibilidad de endilgarle ardid o engaño” (fs. 558 vta.). Finalmente, resolvió rechazar las impugnaciones deducidas (fs. 558/561 vta.).-----

----- El 08-10-99 se ordenó recibir ampliación de la declaración indagatoria a Orlando Américo Bustamante conforme con lo solicitado por la defensa (fs. 338), lo que se notificó al Ministerio Fiscal a fs. 338 vta. El 22 del mismo mes y año se realizó tal medida en presencia del abogado defensor, y en la oportunidad Bustamante relató extensa y pormenorizadamente los hechos que consideraba relevantes para su defensa (fs. 360/368 vta.). Se observa aquí también una detallada exposición de hechos, circunstancias y documentación sobre el hecho de condena (ver fs. 363/364 vta. y 367 vta./368), es decir que, ante el concreto reproche (perfectamente delimitado en el auto de procesamiento de fecha 01-10-99), el imputado desarrolló su defensa material en presencia de su representante técnico.-

----- A fs. 823/849 el Ministerio Fiscal requirió la///16.- elevación a juicio, para lo cual hizo una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos por los que se condenó al recurrente –el nominado primero-. Este acto, notificado al recurrente (fs. 864 y vta.), no le mereció ningún cuestionamiento entonces ni tampoco en la oportunidad de ofrecer prueba para el debate oral (fs. 932/935).- - -

----- Como cuestión previa al inicio del debate, la defensa planteó nulidades por ausencia de individualización de su pupilo en el requerimiento de instrucción (supra desechado) y por falta de motivación y diferente descripción del hecho en el requerimiento de elevación a juicio (fs. 1394 y vta.), las que se rechazaron motivadamente (fs. 1395 y vta.).- - -

----- Además, durante el desarrollo del juicio oral, el imputado (ver fs. 1506) y su asistente técnico (ver fs. 1470) tampoco tuvieron ningún obstáculo formal ni real para ejercer el derecho de defensa por los hechos de condena.- -

----- Es decir, en todas las etapas del proceso el derecho de defensa fue cierto, real y ejercido activamente por el imputado y su defensa técnica, de modo tal que existieron y se utilizaron todas las garantías posibles y así el proceso se encuentra enmarcado dentro

de las normativas que se imponen en garantía de los principios constitucionales (arts. 18 Const.Nac. y 22 Const.Prov.).- - - - -

----- A mayor abundamiento, cabe señalar que en los agravios no se expone ni se advierten perjuicios ni el interés jurídico que sustenta la petición de nulidad, ya que simplemente se solicita a este Tribunal que la declare, circunstancia que en modo alguno puede obviar la aplicación del "principio de trascendencia".- - - - -

///17.-- En este sentido, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho: “Atento al principio de trascendencia, seguido de modo reiterado por este Cuerpo, para el adecuado funcionamiento del sistema de nulidades, éstas no deben ser declaradas si no media interés jurídico en reparar pues el remedio alegado por la parte \no tiene por finalidad satisfacer pruritos formales sino subsanar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación [de las formas procesales]... cada vez que esta desviación suponga restricción a las garantías debidas a las partes\ (CNCrim. y Correc., sala V, 30-03-01, \DE ROSSO\, en LL 2001-E:170). Es que las formas procesales obligan al resguardo del trámite sancionando su incumplimiento con la tacha de nulidad, pues procuran adecuar las etapas de acusación, defensa, prueba y sentencia, exigiendo al aparato judicial determinadas medidas para posibilitar a las partes el ejercicio de sus derechos. Cuando estos derechos han sido ejercidos aun en defecto de formas no tiene sentido la sanción de nulidad, pues aquellas etapas habrían sido cumplidas: la forma en sí no tiene que ser protegida, como en el sistema sacramental del derecho romano. De ello se deduce la necesidad, para un planteo nulificadorio completo, de que quien deduzca un recurso en tal sentido demuestre de qué modo los defectos de actividad del juzgador resultaron en concretos perjuicios a los intereses de su pupilo, así como qué defensas se vio privado de oponer... [L]a Corte Suprema de Justicia de la Nación (\ROMERO\, 31-03-01, en LL. 1999-E, 669)... \ha dicho que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el ///18.- solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma\...” (Se. 68/03 STJRNSP).- - - - -

----- A ello cabe agregar que toda la actividad del Ministerio Fiscal se alineó en el fin del ejercicio de la acción penal, expresamente manifestado por el Fiscal de Cámara en oportunidad de solicitar el rechazo de la apelación deducida por Orlando Américo Bustamante, lo que tiene concordancia con el deber jurídico de ese Ministerio de expedirse, sea formulando el requerimiento de instrucción, sea solicitando la

desestimación o la remisión a otra jurisdicción –conf. arts. 172 y ccdtes. C.P.P.- - -

----- Entonces, las sucesivas y concordantes intervenciones del Ministerio Fiscal (supra mencionadas) contrastan diametralmente con una eventual desestimación, inactividad o abandono que haga presumir el desinterés en ejercitar la pretensión punitiva por los hechos de condena, en virtud de que su actividad se desplegó cumpliendo las diligencias impuestas por el ordenamiento procesal vigente dirigidas a que las actuaciones se encuentren en condiciones de ser elevadas a juicio.- - - -

- - - - -

----- En efecto, se trata de la realización de actos de filiación procesal que dan vida activa, cierta y firme al proceso; que hacen proseguir efectivamente la causa y que acuerdan, dan o conceden al proceso una dinámica indudable y real, apta para un efecto jurídico, cuya producción no puede ser considerada como inactividad ni desinterés de ejercer la función punitiva. Ello, sumado a la plena compatibilidad y ///19.- adecuación - en la descripción fáctica- de la declaración indagatoria, el auto de procesamiento, el requerimiento de elevación a juicio y la sentencia de condena, permiten descartar el agravio.- - - - -

----- En suma, la petición de nulidad carece de eficacia recursiva porque en ninguna etapa procesal se afectó el derecho de defensa ni existió un perjuicio concreto, todo lo que determina la improcedencia del argumento.- - - - -

-----8.- Que el doctor Cardella afirma que el requerimiento de elevación a juicio presenta una falta de motivación y una confusa calificación legal. Sin embargo, un detenido análisis de dicho acto procesal (fs. 823/849) permite comprobar el yerro de la defensa, como ya resolvió el a quo (ver fs. 1477).- - - - -

----- Cuando el Ministerio Fiscal requirió la elevación a juicio hizo una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos –entre ellos, el nominado primero por el que se condenó a Orlando Américo Bustamante- y los encuadró en el delito de defraudación en función del art. 173 inc. 7º del Código Penal en concurso ideal “con el delito de ‘peculado’ –art. 261 del CP- por cuanto, en relación a la entrega de repuestos a Turner, permitió la salida de su esfera de custodia de bienes propiedad de la Policía Provincial que se encontraban en la dependencia a su cargo, consumándose el delito con la sola separación ‘aunque se opere una posterior restitución, sin requerimiento alguno y aunque el autor, al adoptar la conducta típica, lo haya hecho con el ánimo de restituir los bienes’ (‘Delitos contra la administración pública’, Creus, pág. 331)” (fs. 827/828).- - -

- - - - - ///20.-- En síntesis, la pieza procesal en cuestión ha cumplido en forma acabada

con los requisitos del art. 318 del código ritual y expone la correspondiente motivación (art. 60 íd.), lo que determina la ineficacia recursiva.- -

-----9.- Que, en función de los agravios del recurrente, es de destacar que se condenó a Orlando Américo Bustamante por el delito de peculado previsto en el primer párrafo del art. 261 del Código Penal -peculado de bienes públicos-, que establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo”.- - - - -

----- En lo que interesa para el sub examine, en la figura mencionada es dable recordar los siguientes extremos:- - - -

-----a) Los bienes jurídicos afectados son varios: la sustracción de los fondos afecta la propiedad, el normal funcionamiento patrimonial de la Administración, la confianza pública y la seguridad con que aquélla trata de preservar los bienes públicos (Laje Anaya y Laje Ros, "Código Penal Argentino", 2ª ed. actualizada, pág. 452, conf. Se. 35/04 STJRNSP).- - - - -

-----b) El “sujeto activo del peculado del párrafo 1, artículo 261, Cód. Penal, es aquel funcionario o empleado público que participa, temporal o permanentemente, de una actividad representativa de la voluntad de la administración pública en sentido lato, respecto de bienes públicos cuya administración, percepción o custodia, le es confiada en razón de su cargo” (Daniel P. Carrera, “Peculado”, 2ª ed. ///21.- actualizada por A. Sánchez Freytes, ed. Mediterránea, 2005, pág. 100; en igual sentido, Laje Anaya y Laje Ros, "Código Penal Argentino", 2ª ed. actualizada, pág. 452 -conf. Se. 35/04 STJRNSP-). “Se trata de un delito especial propio que se caracteriza por la calidad que inviste el autor y por su relación funcional con los bienes a su cargo” (Jorge E. Buompadre, “Delitos contra la administración pública”, ed. Mave, 2001, pág. 255).- - - - -

-----c) El objeto material del peculado está “constituido por caudales o efectos públicos. Es decir, por caudales o efectos que pertenezcan a la administración pública en sentido lato”, y es válido “considerar que ‘caudales’ comprende los bienes de toda clase, en el sentido del art. 2312, Cód. Civil. Es decir, que de los significados idiomáticos corresponde asignarle el de ‘bienes de cualquier especie’” (Daniel P. Carrera, op. cit., págs. 135 y 104).- -

-----d) Como presupuesto del delito, la ley condiciona el peculado a la existencia de una “relación funcional entre el autor y los bienes”, la que contiene diversos elementos (conf. Carrera, op. cit., págs. 135 y sgtes.)- - - - -

-----d.1) Título de la relación con los bienes:- - - - -

----- Administración: “El funcionario que administra es aquel que, con arreglo a los ordenamientos respectivos, posee facultad de disposición. Puede legalmente afectar bienes públicos a un destino determinado, es decir, es quien hace su imputación. Esta facultad de gobernar o de regir no entraña, necesariamente, la posesión material de los bienes”.- - - - -

----- Custodia: es “la facultad de la administración pública ///22.- de guarda y conservación de sus bienes, desarrollada por los funcionarios competentes”.- - - - -
- - - -

-----d.2) Naturaleza de la acción constitutiva de la relación con los bienes:- - - - -
- - - - -

----- Confiados: la acción de confiar debe estar determinada por “razón del cargo” y ello la torna objetiva por las funciones que competen al agente. Así, en principio, son la ley o la reglamentación las que indican, al fijar la competencia funcional de los agentes, la calidad de éstos como sujetos activos del peculado.- - - - -

-----d.3) Causa de la relación funcional con los bienes:- -

----- Razón del cargo: exige que la entrega de bienes se funde en normas delimitadoras de la competencia funcional del agente, de manera que constituya una relación claramente objetiva.- - - - -

-----e) Acción típica: "La acción reprimida es la de sustraer, con lo que se significa la de extraer o quitar los bienes de la tenencia -efectiva o simbólica- con que en el ámbito administrativo han sido colocados por las leyes, reglamentos y órdenes... Por eso la acción propia del peculado se ha descrito como la de 'apartar, separar, extraer', y se afirma que se satisface con el simple quebrantamiento de la esfera de custodia en la que el bien legalmente se encontraba..." (Creus, "Delitos contra la Administración Pública", pág. 325, conf. Se. 61/05).- - - -

----- “Resulta así que aludiendo 'sustracción' a la idea de 'apartar, separar, extraer', en el peculado equivale a todo acto que importe 'separar o apartar' los bienes de la esfera de actividad patrimonial de la administración pública. ///23.- Además, como la esfera de actividad patrimonial de la administración pública surge de la ley, del reglamento o de las disposiciones en general, habrá sustracción peculadora cuando los funcionarios públicos a quienes compete el desenvolvimiento de esa actividad patrimonial ejecuten, con relación a los bienes, cualquier acto que importe el quebrantamiento de ella” (Daniel P. Carrera, op. cit., pág. 171; en igual sentido, Edgardo Alberto Donna, “Delitos

contra la administración pública”, ed. Rubinzal Culzoni, 2002, pág. 277; y Jorge E. Buompadre, op. cit., pág. 251).- - - - -

-----f) Consumación: “La sustracción se tiene por consumada siempre por el solo quebrantamiento de la esfera de actividad patrimonial de la administración pública, con independencia de que promedie de parte del funcionario obligación de rendir cuentas o que se acompañe o no de un efectivo perjuicio en el patrimonio” (Carrera, op. cit., pág. 183).- - - - -

----- De igual modo, "... la jurisprudencia tiene resuelto que \el momento consumativo en el peculado es independiente del efectivo perjuicio patrimonial que pueda sufrir el Estado, dado que el solo peligro de que se produzca importa la lesión que se quiere evitar con el fin de asegurar su regular desenvolvimiento administrativo\" (Jorge E. Buompadre, op. Cit., 256).- - - - -

-----g) Elemento subjetivo: la figura del primer párrafo del art. 261 del Código Penal no ofrece un corpus estructurado por elementos anímicos del autor, para que sea posible hablar de la existencia de un dolo específico o///24.- especializado. Tal exigencia, sin duda, no es propia de la figura. Ésta, conforme a su estructura, se satisface con la presencia del dolo genérico (conf. Manzini; Fontán Balestra; Díaz; Creus; Buompadre, citados en Carrera, op. cit., pág. 185). Además, dentro del dolo genérico, tanto el directo como el eventual permiten afirmar la existencia del peculado (conf. Se. 35/04 STJRNSP).- - - - -

----- En este orden de ideas, y antes de continuar con el análisis de las impugnaciones recursivas, es dable destacar que de los hechos del reproche y condena (ver supra apartado 5) no se ha cuestionado:- - - - -

-----i) que Orlando Américo Bustamante fuera Director de Logística y Finanzas de la Policía de Río Negro (calidad de sujeto activo del delito);- - - - -

-----ii) que los repuestos se encontraran bajo la esfera de custodia de la Administración y que fueran de propiedad de la Policía, cuando incluso estaba a cargo del nombrado Turner la provisión de algunos de ellos (objeto material del delito);- - - - -
- - - - -

-----iii) que Orlando Américo Bustamante en su carácter de Director de Logística y Finanzas a la fecha de los dos hechos (01-09-95 y 02-11-95) tuviera la responsabilidad de los bienes patrimoniales (conf. Decreto 1643/86 y Decreto 1230), administración que fue confiada en razón del cargo, presupuesto exigido por el delito, ni- - - - -

-----iv) que los bienes salieran de la esfera de custodia de la administración pública (consumación del delito).- - - - -

----- El recurrente reconoce que “Orlando Américo Bustamante entregó a Daniel Saúl Turner los repuestos”, pero niega que ///25.- ello implique la acción típica del delito, pues esos “bienes no estaban apartados de la esfera de actividad patrimonial” (fs. 1639), y que el verbo de la imputación (“entregar”) pueda considerarse como una acción típica (“sustraer”); asimismo, desconoce el elemento subjetivo (dolo) del delito.- - - - -

- - - - -

-----10.- Que aparece como improcedente el agravio de la defensa según el cual en ningún momento se habría acusado por una conducta típica de “sustraer”, es decir, por la descripción del hecho de la figura del peculado. Sabido es que la imputación no requiere la mención del verbo de la figura típica (en el caso “sustraer”), sino una descripción del hecho que tenga correlación con aquél.- - - - -

----- Héctor O. Sagretti ("Principio de Congruencia", en LL 2000-F, 927) expresa: "El punto de partida para identificar tal hecho, estará constituido, evidentemente, por la acción u omisión típicas, consistente en un acto de ejecución, cooperación, auxilio o instigación. La confrontación de las conductas comisivas u omisivas -erigidas en el elemento sustancial del hecho- será el primer factor que conduzca a establecer el correlato de la imputación".- - - - -

----- Entonces, el punto de partida de análisis es el verbo del tipo y la conducta que éste supone, ya que si el reconocido en la sentencia fuera diferente del utilizado en el reproche, también lo sería el ejercicio de la defensa y ésta se habría visto privada de ejercer su ministerio durante el proceso (conf. Se. 65/05 STJRNSP).- - - - -

----- Dicho lo anterior, de la confrontación de la acción típica “sustracción” y de su significado jurídico (apartar, ///26.- separar, extraer) con la acusación realizada por el Ministerio Fiscal (“... entregó... los repuestos que se encontraban bajo su esfera de custodia y que eran de propiedad de la Institución...”) se desprende su correlación. Así, se demuestra que se imputó y condenó a Orlando Américo Bustamante por la “entrega” de repuestos de la Policía a Daniel Saúl Turner, lo que fáctica o materialmente se traduce en que la Administración dejó de tener efectivamente las cosas.- - - - -

- - -

----- A su vez, jurídicamente, significa que los apartó, separó o extrajo (sustracción) de la esfera de actividad patrimonial de la administración pública porque dejó de existir la “relación funcional” entre el funcionario público (en el caso, Bustamante) y los bienes

(repuestos), como así también la consecuente posibilidad de ejercer una legal administración y custodia de los repuestos (conforme a la normativa vigente). Para determinar lo anterior es irrelevante que “quien los poseía [Turner] era el único y exclusivo prestador de servicios y [... que] esos repuestos jamás se incorporaron al patrimonio del Sr. Turner” (fs. 1639 del recurso de casación) por cuanto, respecto del delito de peculado, “[s]u materialidad radica en quebrantar la seguridad legal que la Administración pública ha establecido para preservar los [... caudales –repuestos en el subexamine–] públicos” (Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, “Código Penal y leyes complementarias”, Tomo 2, 5ª edición, ed. Astrea, 2003, pág. 661).- - - - -

-----11.- Que el recurrente argumenta que el Fiscal no sostuvo el requerimiento de elevación a juicio porque, al ///27.- fijar de otro modo los hechos y la conducta de Bustamante, los cambió.- - - - -

----- En este punto, cierto es que en la requisitoria de elevación a juicio se calificó el hecho de condena como peculado (art. 261 C.P.), como así también que el Fiscal de Cámara en los alegatos dijo que los hechos se encontraban probados, entendió que los nominados primero y segundo (según la requisitoria de elevación a juicio) no eran sino tramos de una misma administración fraudulenta por el período en que el imputado se habría desempeñado y responsabilizó a Bustamante como autor del delito de administración fraudulenta calificada en contra de una Administración Pública (art. 173 inc. 7º en función del art. 174 inc. 5º y último párrafo C.P.).- - - - -

----- Ahora bien, sobre el elemento objetivo o materialidad delictiva descripto en el requerimiento de elevación a juicio como “entregar” y que habría sido cambiado en los alegatos por el de “sustraer” (ver fs. 1636/1637), ya en el apartado precedente se demostró el error de la defensa.- - -

----- Por otra parte, la materialidad de la acusación (es decir, la entrega de repuestos de la Administración que Bustamante realizó a Turner en las fechas 01-09-95 y 02-11-95) ninguna relación tiene con el “cambio” de encuadramiento legal que hizo el Fiscal de Cámara en los alegatos al definir los hechos probados como tramos de una misma administración fraudulenta. La plataforma fáctica sigue siendo la misma con independencia de la figura penal escogida por la parte acusadora.- - - - -

----- No obstante, ante la reiteración insistente de la ///28.- defensa en sostener que cuando el Fiscal de Cámara “cambió” el encuadramiento legal también “cambió” los hechos de la acusación en sus elementos objetivos y subjetivos (fs. 1536 y sgtes.), cabe hacer las siguientes consideraciones para demostrar su yerro.- - - - -

----- En principio, en cuanto al art. 174 inc. 5 del Código Penal, el “tipo exige que el agente cometa un fraude: aquí, el fraude engloba indistintamente una defraudación, ya sea por estafa del art. 172 y las existentes en el artículo 173, o por alguna otra forma de abuso de situación o abuso de confianza del artículo 173. La acción deberá contener los elementos típicos correspondientes a la defraudación de que se trate, aplicándose el agravante cuando el ofendido resulte ser la administración pública” (Donna, “Derecho penal parte especial”, Tomo II-B, ed. Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 552).- - - - -

----- Por su parte, respecto del art. 173 inc. 7 ídem, cabe recordar que “[l]a esencia de este delito es el doloso perjuicio de un patrimonio ajeno, causado desde adentro de éste, ya que es llevado a cabo desde una posición legal de poder, mediante la utilización, de una manera infiel, de la protección que se tenía de esos bienes, que lleva a causar perjuicio a su titular” (Donna, op. cit., pág. 407).- - - -

----- Bajo esta línea conceptual y la desarrollada supra respecto del delito de peculado (apartado 9) y con el fin de dar respuesta a los planteos del recurrente, es claro que el “bien jurídico protegido” (Donna, op. cit., págs. 405/406), el “sujeto activo” (ver Buompadre, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo 2, ed. Mave, 2000, págs. 161/164; Donna, op. cit., págs. 421/422), el “objeto material” (Donna, op. cit., pág. 554), la “relación funcional entre el autor y los bienes” (ver Buompadre, op. cit., págs. 162/164; en igual sentido Donna, op. cit., págs. 411/415) y la “acción típica” (ver Buompadre, op. cit., págs. 164/166; en igual sentido, Donna, op. cit., págs. 416/420) del marco fáctico de la acusación del sub examine también encuadran en el delito de administración fraudulenta en perjuicio

de una administración pública (art. 174 inc. 5° en función del art. 173 inc. 7° C.P.).- - - -

----- Ahora bien, dentro de los límites fácticos del caso concreto y siguiendo la línea de pensamiento, cabe mencionar las diferencias:- - - - -

-----a) El delito del art. 174 inc. 5° en función del art. 173 inc. 7° del Código Penal se “consume” con el perjuicio (conf. Se. 113/05 –ver doctrina legal–; Donna, op. cit., págs. 420/421 y 424). En cambio, el delito del art. 261 primer párrafo se “consume” con el solo quebrantamiento de la esfera de actividad patrimonial de la administración pública y no se exige que además exista perjuicio.- - - -

-----b) En el delito del art. 174 inc. 5° en función del art. 173 inc. 7° del código de fondo, el “elemento subjetivo” admite sólo el dolo directo con un plus de obrar con el

fin de lucro o con el propósito de causar un daño respecto del patrimonio de la administración pública (conf. Se. 115/05; Buompadre, op. cit., págs. 167/168; Donna, op. cit., pág. 558). Por su parte, en el delito del art. 261 primer párrafo, el “elemento subjetivo” exige sólo un dolo genérico del carácter de los bienes y de la relación funcional que lo une a ellos y la voluntad de separarlos de la administración; además, el dolo eventual también funciona típicamente (Creus, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tº 2, 3ª ed. actualizada, ed. Astrea, 1990, pág. 298). Así, la figura de peculado no requiere ningún plus.- -

----- De tal forma, queda en evidencia que los elementos objetivos y subjetivos mencionados en la acusación del Fiscal de Cámara también encuadran en la figura penal seleccionada por la Cámara en lo Criminal para condenar. Es que los puntos de contacto entre ambas figuras no pueden desconocerse, pero la aplicación de una u otra disposición dependerá de la observación del acontecer fáctico y del modo y de la forma de lesión sobre los bienes cuestionados, de lo que dependerá la correcta aplicación (conf. Juan H. Sproviero, “Delitos de estafas y otras defraudaciones”, Tº 2, ed. Ábaco, 1998, pág. 64).- - - - -

----- Para Baigún y Bergel, “tanto la infidelidad defraudatoria como el abuso se confunden, a veces, ontológicamente con la llamada malversación de caudales públicos o con el peculado” (“El fraude en la administración societaria”, pág. 205). Entonces, y sin “dejar de conocer la postura de Baigún y Bergel (ob. cit., pág. 207), para quienes “[e]l tipo de la malversación concurre idealmente con la administración fraudulenta, pues si bien existe una unidad de conducta, son dos las desvalorizaciones normativas: una en el ámbito de los delitos contra la administración pública; la segunda en la esfera de la propiedad, con el agregado de que los dos comportamientos no se hallan en relación necesaria\”” (Se. 61/05 STJRNSP; en ///31.- igual sentido, Juan H. Sproviero, op. cit., págs. 63/64; Gustavo Eduardo Aboso, “El delito de defraudación por administración infiel”, ed. B de F, 2001, págs. 129/130, quien cita a Millán, “Los delitos de administración fraudulenta...”), este Superior Tribunal de Justicia sostiene que entre los tipos penales mencionados se produce un desplazamiento por especialidad.- - - - -

----- Así, en el peculado se observan, como notas típicas esenciales y con mayor gravitación, la relación funcional del autor con los bienes y con el hecho de que el bien tutelado es el regular funcionamiento de la administración pública.- - - - -

----- Welzel sostiene que “la esencia de los delitos de funcionarios consiste en que los hechos punibles son cometidos abusando del poder público como lesión del deber propio del cargo. No es la calidad de funcionario lo que convierte al hecho en un delito de funcionario... es la lesión del deber propio del cargo lo que caracteriza a los delitos de funcionarios” (citado por Bacigalupo, “Estudios sobre la parte especial del derecho penal”, ed. Akal (España), 1991, págs. 350 y sgtes.).- - - - -

----- Al respecto, y mutatis mutandis, este Cuerpo ha dicho: “Si \... la imputada -funcionaria pública del municipio afectado- tenía las facultades de disponer de fondos colocados legalmente bajo su esfera de custodia y los sustrajo de la administración, el tipo penal mencionado es desplazado por el de malversación de caudales públicos, en la modalidad prevista por el artículo 261 del Código Penal -peculado-, por aplicación del principio de especialidad al ///32.- tratarse de un concurso aparente de leyes, habida cuenta de que la calidad del sujeto activo y los efectos que lo vinculan son los elementos especializadores, no contemplados en el art. 173 inc. 7º de la normativa de fondo\” (Se. 61/05 y Se. 66/04).- - - - -

----- Es decir, “la sustracción penada por el artículo 261 del código de fondo resulta más específica que la de administración infiel, ésta de carácter más amplio, y la desplaza por especialidad -conf. Breglia Arias y Gauna, “Código Penal”, p. 663-, todo por el principio de pluralidad de los bienes afectados por este delito” (Se. 35/04).- - -

----- Concuera con ello que el “art. 174, inc. 5º, Cód. Pen., no crea ni prevé ninguna figura especial de defraudación, sino que sólo agrava la sanción correspondiente a las estafas y defraudaciones contempladas en los arts. 172, 173 y 174, Cód. Pen., cuando el sujeto pasivo lo es la administración pública (se cita: 25-10-57, \C. de Filippo, F.\; CNPen., 29-3-63, c. 20.448, JPBA 5-557)” (Donna, op. cit., pág. 550, cita 952; conf. Se. 115/05 STJRNSP).- - - - -

----- En igual sentido, la “\sustracción\” penada por el art. 261 del Código Penal, resulta más específica que la de la administración infiel -de carácter más amplio- desplazándola por especialidad (conf. Carrera, Daniel \Defraudación por infidelidad y abuso\ en Colección de Ensayos Jurídicos (11), Ed. De Palma, pág. 103/104), donde si bien refiere al concurso ideal, afirma que la administración infiel va mas allá de la malversación y atrapa casos que ésta no sanciona (del mismo autor \Peculado\, Ed. Depalma 1968, pág. 117, ///33.- sosteniendo la concurrencia ideal entre el peculado y la apropiación indebida o también un concurso aparente de leyes)” (CNac. Crim. y Corr. Fed., Sala 1ª, del 20-02-92, Lexis N° 9/5152).- - - - -

----- “Cuando no sólo se perjudica patrimonialmente a la administración pública sino también principalmente los diversos bienes jurídicos protegidos por el Título XI, Capítulo VII del Código Penal, la norma penal aplicable es la contenida en el art. 261, primera parte, de dicho código. Así, se ha sostenido que en el peculado, son varios los bienes jurídicos afectados: en primer lugar, la sustracción del bien afecta la propiedad (en el sentido penal); se afecta conjuntamente la seguridad con que la Administración trata de preservar los bienes públicos, la fe o confianza pública depositada en el funcionario encargado del manejo o custodia de esos bienes, y también el normal funcionamiento de la administración en su aspecto patrimonial. Pero, de lo que no cabe duda es de que, entre nosotros, se hace predominar la preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado, al colocarse el peculado entre los delitos contra la administración y, especialmente, como tipo dentro del cuadro de las malversaciones” (CNac. Crim. y Corr. Fed., Sala 1ª, citado supra, Lexis N° 9/5153).

----- En conclusión, en el sub examine asiste razón al a quo en el tipo penal de condena seleccionado (art. 261 C.P.), en virtud de “que existe concurso aparente -por especialidad- entre los tipos penales mencionados. La referida relación normativa tiene lugar cuando un tipo penal (en este caso el ///34.- art. 174 inc. 5, en función del 173 inc. 7 CPen.) contiene todos los elementos del otro (art. [261] CPen.) pero, además, algún otro elemento que demuestra un fundamento especial de punibilidad (ver Bacigalupo, Enrique ‘Derecho Penal. Parte general’, 1999, Ed. Hammurabi, p. 572)” (CNac. Crim. y Corr. Fed., Sala 2ª, del 15-06-06, Lexis N° 35003790).-----

-----12.- Que el impugnante argumenta además que la Cámara aplicó el principio iura novit curia de forma errónea e ilegal (art. 372 C.P.P.). Sin embargo, como se sostuvo supra, los hechos son los mismos en todos los tramos de la investigación y la condena y los elementos objetivos y subjetivos de la acusación (art. 174 inc. 5 en función del 173 inc. 7 C.P.) encuadran en el delito de condena (art. 261).-----

----- A ello cabe agregar que el principio de legalidad obliga al Tribunal a calificar los hechos de acuerdo con la ley sustantiva, so riesgo de incurrir en violaciones de garantías constitucionales, y que el a quo no puede dejar de aplicar la doctrina legal supra referida sobre la especialidad del art. 261 del Código Penal (art. 43 segundo párrafo Ley 2430).-----

----- En consecuencia, la posibilidad de apartarse de las conclusiones de la acusación es

una facultad que el sentenciante ejerce ajustado a la normativa (*iura novit curia*, art. 372 C.P.P.), quien, al motivar la calificación, está –simultáneamente y en forma tácita– dando el fundamento del cambio de calificación, ya que al argumentarse el cumplimiento de los elementos de una figura penal se///35.-descarta –por definición legal– el encuadramiento en otras.- - - - -

----- Por ello, los hechos fueron calificados con corrección en el delito de peculado, que –conforme la doctrina legal de este Cuerpo– es especial en relación con el de fraude a la administración pública

en la modalidad de administración infiel o abusiva.- - - - -

----- En consecuencia, al no existir violación del principio de congruencia, el agravio no puede prosperar, toda vez que el cambio de calificación al delito de peculado (art. 261 C.P.) se encuentra dentro de las facultades del juzgador (art. 372 C.P.P.), pues éste sólo debe atenerse a los mismos hechos de la acusación.- - - - -

----- En este orden de ideas, el reproche es por la entrega de determinados repuestos de la administración, y que se los entienda sustraídos no implica un cambio fáctico pues – como se dijo supra– la materialidad fáctica –que comprende el elemento subjetivo de la figura– se mantiene inalterable: aparta de la esfera de custodia de la administración los repuestos señalados mediante la entrega.- - - - -

----- De modo coincidente, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (Expte. Nº 572/00, Se. del 26-12-01) dijo: "No puede prosperar la presente queja por cuanto si bien el eje argumental de la impugnación es la supuesta violación del principio de congruencia y de defensa en juicio –habida cuenta de que el encartado fue condenado por el delito de peculado por un hecho distinto de aquel por el cual se lo habría acusado–, es dable señalar que a la luz de los antecedentes de mayor relevancia de la doctrina///36.- jurisprudencial de la Corte sobre la materia en examen –donde se consolidó el postulado de que no se excede la atribución judicial de declarar el derecho que rige el caso sino cuando se juzga respecto de hechos diferentes a los debatidos en la causa–, y en el caso en examen, la arbitrariedad acusada por el recurrente no encuentra un mínimo de asidero que permita concluir que el Tribunal hubiese excedido el acotamiento fáctico al confirmar el pronunciamiento emanado del Juez de Sentencia –que oportunamente condenara al recurrente como autor penalmente responsable del delito de peculado en los términos del artículo 261 del Código Penal, no obstante el procesamiento y la acusación estuvieran dirigidas a la comisión del tipo previsto en el artículo 174 inciso 5 –fraude en perjuicio de alguna administración pública–".- - - - -

----- Es corroborante de lo expuesto que el recurrente no indica las defensas que se vio privado de oponer por el cambio de calificación o las restricciones al ejercicio de su ministerio, lo que niega que el cambio pueda ser conceptuado como sorpresivo (y mucho menos cuando el requerimiento de elevación a juicio encuadró el hecho de condena –nominado primero- en el art. 261 C.P.), de modo que el planteo nulificador carece de fundamento y debe ser rechazado, pues no hay nulidad en el solo beneficio de la ley.- - - - -

-----13.- Que la defensa también critica que el a quo se remitiera al requerimiento fiscal de elevación a juicio, pero ello es incorrecto. En efecto, la Cámara se refirió a dicho acto procesal en concordancia con la acusación del ///37.- debate para sentenciar (ver fs. 1480, sgtes. y ccdtes.).- - - - -

----- Además, la mención que realizó la defensa a un párrafo de fs. 1555 en nada conmueve lo anterior, sin dejar de advertir que allí el a quo motivó sobre el segundo hecho de la acusación por el cual Orlando Américo Bustamante resultó absuelto.- - - - -

-----14.- Que el recurrente aduce que hay error en Orlando Américo Bustamante sobre los elementos cognitivos de su función porque no discutió los términos contractuales de la Administración/Turner. Esta impugnación fue planteada por el imputado en el juicio oral (ver fs. 1506) y descartada por el a quo de forma motivada en el punto 9.4. de la sentencia de condena (fs. 1509 y sgtes.), donde, en lo sustancial, se dijo: “Con fecha 28 de junio de 1995, Orlando Bustamante fue designado Jefe de la Dirección de Logística y Finanzas de la Policía de Río Negro por resolución N° 1222 \JEF\ desde el 28-06-95 (fs. 46/47) hasta el 14-12-95 (fs. 41 y 48/49) y fue también integrante de la Comisión Administradora del Fondo de Reequipamiento Policial creada por Decreto N° 1590/89 según resolución 1274 \JEF\ de fecha 06/07/95 cesando el 27-12-99 (fs. 73 y 74).- - - - -

----- “Por Decreto N° 1643-86 se aprobó el Reglamento de la Dirección Logística y Finanzas de la Policía de la Provincia de Río Negro con fecha 11 de septiembre de 1986. El citado Reglamento determina en su art. 10 que \El Director de Logística y Finanzas (D2) será responsable de conducir la Dirección y asesorar al Subjefe y Plana mayor Policial en todo lo atinente a la materia que trata el área de su ///38.- responsabilidad\'. A su vez, el art. 11 al determinar las funciones del Director señala en su inciso h) \Asumir la responsabilidad de los bienes patrimoniales a cargo de la Dirección\'.- - - - -

----- “Por otra parte el Decreto N° 1230 que determina el ‘Reglamento Patrimonial’ fijando el régimen al que debe ajustarse la gestión de los bienes de la Provincia, vigente a la fecha de los hechos. Allí se determina el régimen transferencias, cambio de destino, préstamo, permutas, etc, de los bienes de dominio de la provincia, señalándose quien es el funcionario que debe autorizar los mismos y sus registraciones entre otras cuestiones.- - - - -

----- “No puede alegarse seriamente un desconocimiento de la normativa que determinaba los deberes y obligaciones del estratégico cargo que asumía Bustamante como Director de Logística y Finanzas de la Policía Provincial. Esta claro que su designación en una época de crisis como la que permanentemente se describe, responde no solo a sus cualidades de mando sino a un previo conocimiento de la situación. La importancia de su función imponía un máximo de celo en cualquier determinación que allí se tomara respecto de los bienes cuya administración y custodia le fue confiada por razón de su cargo, como se[...] analiz[ó ...] en extenso al tratarse el Segundo Hecho” (fs. 1509/1510).- - - - -

----- Lo sustancial y conciso de dicha motivación no sufre menoscabo ante los supuestos dichos de los testigos Rulli y Pfoh en la audiencia de debate, quienes habrían afirmado que “los únicos que conocían los términos de la contratación directa fueron los funcionarios que tomaron la decisión de ///39.- contratación directa” -ver fs. 1639-, sobre los que el recurrente petitionó dejar constancia en acta con reserva de casación y el sentenciante no hizo lugar (ver fs. 1443 vta. y 1465 vta.).- - - - -
-

----- En primer lugar, Daniel Pfoh llegó a la etapa procesal de juicio procesado y luego fue sobreseído por prescripción (ver incidente de prescripción agregado por cuerda). En la audiencia de debate declaró como testigo, referida por el a quo a fs. 1499/1501. Allí consta que “... estuvo a cargo del Departamento de Materiales de la Dirección de Finanzas y Logística desde el 28 de junio de 1995 hasta finales de 1999, sostuvo en debate que en una oportunidad, estando en su oficina vino el oficial Alan con un remito donde constaban algunos repuestos. Que el Director le había manifestado que el declarante firmara ese listado por que él no lo quería hacer, era una entrega de repuestos a Turner. Él lo firmó porque lo pidió su superior. Continúa diciendo que... hubo una entrega de repuestos de la cual él no sabía nada, más o menos en noviembre de 1995. El se enteró después cuando se inicia la investigación por el problema de los repuestos... Agrega que de los repuestos e insumos se encargaba el Director [Bustamante], que él

trató de hacer un inventario de repuestos, uniformes, armas, no había ningún registro. ... Respecto de la entrega de repuestos cuando firmó el remito, refiere que no verificó lo que se llevaron, que no era poca cantidad... Que Bustamante tomaba las decisiones que había que ejecutar en el Dep. Materiales, por ejemplo la entrega de repuestos. Si el Director disponía que tal cosa hay que mandarla a tal lugar no le preguntaban a él ///40.- por su criterio...”.- - - - -

----- De tal forma, lo que habría dicho Pfoh según la defensa no surge de lo referido por la Cámara, y mucho menos puede correlacionarse lógica y racionalmente los supuestos dichos con lo precedentemente transcripto. Es decir, no es razonable que Pfoh dijera que era un subordinado de Bustamante a quien no le cuestionaba las decisiones que tomaba sobre las entregas de repuestos, sobre las que dijo nada conocer, y también que declarara –según el defensor- que “los únicos que conocían los términos de la contratación directa fueron los funcionarios que tomaron la decisión de contratación directa”. Cómo podría Pfoh afirmar seriamente quiénes conocían los términos de una contratación directa que se realizó antes de que él estuviera en el Departamento de Materiales (el 10-04-95, ver fs. 1497) y por la “Comisión Administradora Decreto 1590” que no integraba y en la que el Secretario era Orlando Bustamante.- - - - -

- - -

----- Además, los dichos atribuidos a Pfoh tampoco tendrían ningún respaldo en el resto de la prueba, pues: a) la contratación con Daniel Turner fue resuelta por la citada Comisión en el expte. 17388-J-95 (fs. 1497), en el cual obran seis facturas firmadas por Bustamante y sus correlativas constancias de pago (fs. 1518); b) en fecha 6 de octubre de 1995 se registró e inició en la Jefatura de Policía el expte. 22323-J-95 mediante nota de fecha 2 de octubre de 1995 del director de Logística y Finanzas, Crio. Myr Orlando Bustamante, en el que se analizó la continuidad del servicio de mantenimiento de la flota automotor de la Policía para el año 1996 (fs. 1520); c) en indagatoria, ///41.- Suárez dijo que como integrante de la Comisión se decidió la contratación de los servicios de Turner para atender los automóviles Dodge y Cherokee, a lo que prestaron conformidad junto con él el Ministro y Bustamante, este último a cargo de la Dirección de Logística y responsable de la ejecución del servicio junto con Turner (fs. 1533/1534), y aclaró que el responsable de la ejecución de las decisiones de la Comisión Administradora era el Director de Logística y Finanzas y que con su firma certificó la realización de los servicios (fs. 1536); y d) Schnaider, en indagatoria, sostuvo que el expte. 17388-J-95 era manejado por Bustamante “en mano” (fs. 1541).- -

- - - - -

----- En consecuencia, si “existieron” los dichos de Pfoh que menciona la defensa, carecen de credibilidad por cuanto no pudo ser un testigo directo de ello y ni siquiera tienen respaldo en prueba indiciaria alguna, de allí que su prescindencia valorativa se torna inevitable.- - - - -

----- Similar consideración corresponde hacer sobre los dichos “iguales” que la defensa le atribuye al testigo Roberto Luis Rulli, quien declaró en debate que en su gestión como Ministro se contrató con Turner la inclusión de otros vehículos hasta finales de ese año 1995. Agregó que Bustamante conformaba las facturas y, refiriéndose a las funciones de la Comisión, dijo que ésta tomaba decisiones y que el ejecutor de aquéllas era la Dirección de Logística y Finanzas (fs. 1549), es decir, Orlando Bustamante, quien declaró que de acuerdo con la reglamentación del funcionamiento de la Comisión, él era el Secretario, y reconoció que ejecutaba las decisiones de la Comisión ///42.- Administradora del Fondo y reconoció sus firmas en cuatro facturas del expte. 17388-J-95 (fs. 1538).- - - - -

----- Por último, para desacreditar lo que aquellos testigos (Rulli y Pfoh) habrían declarado, según el defensor, es suficiente remitir a lo declarado por Orlando Américo Bustamante en su indagatoria del 22-10-99 (fs. 360/368 vta.): “... Indica que todas estas situaciones de emergencia determinaron en su momento que se procediera a autorizar la salida con cargo desde el depósito de la Dirección de Logística de una determinada cantidad de repuestos, los que fueron discriminados por unidad, se confeccionaron los pertinentes remitos, como era usual y en su momento dichos repuestos fueron reintegrados a la Dirección de Logística y Finanzas por el prestador Daniel Turner, por cuanto así se había convenido. Dichos repuestos comprendían dos rubros: uno se trataba de entre cinco y seis insumos, que el proveedor debía proporcionar a sus costas (filtro de aire, nafta y combustible, pastillas de freno, correas y bujías), en una cantidad que no superaba la atención de aproximadamente 30 vehículos, sobre los casi 180 ó 190 automotores que el mismo atendía. Que estos se hizo por excepción, teniendo en cuenta que algunos de los insumos mencionados no se obtenían normalmente en el mercado. Los restantes repuestos entregados a Turner bajo remito y con cargo de devolución, que habían sido adquiridos para ser destinados a la Flota automotor, lugar en el que fueron utilizados sólo algunos de ellos, por cuanto el resto fue devuelto conforme lo pactado, fueron entregados al prestador por cuanto se evitaba de esta manera la demora entre el ///43.- pedido que debía formular el responsable de los vehículos, su envío y la posterior

reparación que sería realizada en el próximo viaje, solucionándose de esta manera en el mismo momento de detectado el inconveniente mecánico” (fs. 363 y vta.).- - - - -

----- A ello se puede añadir que Bustamante, en la misma oportunidad, también declaró “... que autorizó a entregar a Turner una cantidad determinada de repuestos lo que se hizo bajo remito, los que fueron firmados por el receptor y en las condiciones que lo relatara anteriormente, respetando las normas vigentes para la entrada y salida de materiales e insumos, siguiendo las normas de la repartición para lo cual prestaba servicios. Que tal entrega debió de haberse producido entre los meses de agosto y septiembre del año 1995. Agrega el compareciente que para los casos en los que entregó insumos para que Turner concretara los services porque ocasionalmente en ese momento no contaba con los mismos, tales bienes fueron devueltos por Turner según consta en el oficio N° 28 \D.2-DM-SU\, correspondiente a los primeros meses del año 1996 en que ya el deponente no se encontraba en el área de logística y finanzas. Dicho oficio consignaba los elementos que se le habían entregado y separado aquellos que al momento estaba reintegrando, teniendo conocimiento que los repuestos que correspondían a los que él debía proveer fueron reintegrados en su totalidad. En cuanto aquellos que le habían sido entregados para reposición existieron algunos faltantes cuya colocación en los móviles policiales fue acreditada conforme surge de antecedentes que obran en la causa. Añade que los repuestos ///44.- fueron entregados a Turner en base a una nota en que el declarante autorizaba su entrega, que la misma fue realizada cree que por Ocampo y Garilli, teniendo conocimiento que también estuvo en la entrega el Jefe de Departamento Materiales, como forma de verificar que no existieran anomalías, no recordando quien firmó los remitos, ni quien fue el empleado que los trasladó, salvo el conocimiento que tiene después de haber leído las pertinentes declaraciones prestadas en la causa...” (fs. 367 vta./368).- - - - -

----- Adviértase que “no existe en autos constancia de que Bustamante le haya requerido en circunstancia alguna la devolución de los repuestos durante su gestión, y menos aún, prueba alguna de una manifestación de voluntad en tal sentido por parte de Turner. Sí se ha acreditado, por el contrario, que Turner fue notificado que debía reintegrar los repuestos entregados oportunamente, absteniéndose el mismo de firmar tal notificación. Ello consta en el acta de fecha 01 de marzo de 1996 obrante en el bibliorato marrón reservado en secretaría en caja IV, reconocida por los testigos Alan y Pfoh” (fs. 1508 de la sentencia de condena, no controvertido por el recurrente).- - - - -

----- Lo precedente permite afirmar –en coincidencia con el sentenciante- que el imputado, en ejercicio del cargo de Director de Logística y Finanzas de la Policía Provincial, conocía los términos de la contratación realizada con Turner y la elemental normativa que la regía y que, inclusive, la pertenencia a la Comisión Administradora del Fondo de Reequipamiento Policial también llevó a su conocimiento, de ///45.- manera directa o indirecta, los términos de la contratación de Turner con la Policía.- - - - -

- -

----- En conclusión, lo declarado en indagatoria y una exégesis ajustada a los principios de la lógica conducen a la certeza de que se acreditaron los elementos típicos requeridos por la figura de peculado. En esta inteligencia, el nombrado no puede reputarse como ajeno o con error a toda la operatoria descripta en virtud de la cual se quitaron de la esfera de actividad los bienes del Estado. Así, el agravio carece de eficacia recursiva de forma manifiesta por lo que la instancia no se puede habilitar.- - - - -

-----15.- Que, por último, a lo precedentemente argumentado deben sumarse las consecuencias jurídicas de que Orlando Américo Bustamante reconociera en indagatoria la “entrega” de los repuestos (fs. 1505/1506), al igual que su defensa técnica en oportunidad de los alegatos (fs. 1486), en el contexto de que no demostró y se descartó el pretendido “error” y de que “se ha tenido por acreditada la sustracción de efectos cuya administración y custodia le había sido confiada por razón de su cargo” (fs. 1513), en tanto “se entregaron [insumos y repuestos] a Turner no obstante que debían ser provistos por él (en el caso de los insumos) y sin control alguno (en el caso de los repuestos) resultando en definitiva éste el beneficiario de las entregas” (fs. 1516).- - - -

- - - - -

-----16.- Que, en definitiva, el a quo al sentenciar ha dado muestras de haber realizado un pormenorizado análisis de los elementos de cargo colectados y ha expuesto su libre convicción con la necesaria motivación que le imponen los ///46.- arts. 369 y ccdtes. del Código Procesal Penal, compartida por este Superior Tribunal, la que permanece irrefutada ante el recurso articulado por la defensa.- - -

-----17.- Que, por los argumentos vertidos en los párrafos precedentes, los fundamentos invocados por el doctor Miguel Ángel Cardella en representación de Orlando Américo Bustamante resultan insuficientes para admitir la instancia extraordinaria. En consecuencia, corresponde declarar la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto a fs. 1621/1640 de los presentes autos, con costas, y, al haberse efectuado una revisión integral de la sentencia condenatoria N° 15 del 11 de abril de 2006,

confirmarla en todas sus partes.- - - - -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto en los considerandos, el señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas no firma la presente por encontrarse de licencia,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Declarar formalmente inadmisibile el recurso de

----- casación deducido a fs. 1621/1640 de las presentes actuaciones por el doctor Miguel Ángel Cardella en representación de Orlando Américo Bustamante, con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 15, dictada por la Sala B de la Cámara Criminal de Viedma el 11 de abril del corriente.- - - - - ///47.-Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 10

SENTENCIA: 143

FOLIOS: 1989/2035

SECRETARÍA: 2