

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 18796/03 STJ

SENTENCIA Nº: 35

PROCESADO: BIDERBOST DANIEL ALEJANDRO

DELITO: PECULADO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 12-03-04

FIRMANTES: SODERO NIEVAS - LUTZ - MATURANA (SUBROGANTE) EN
ABSTENCIÓN

///MA, de marzo de 2004.-

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: "RESPONSABLE FONDO
PERMANENTE s/Pta. Defraudación al Poder Judicial s/ Casación" (Expte.Nº 18796/03
STJ), puestas a despacho para resolver; y- - - - -

CONSIDERANDO:- - - - - El señor Juez doctor Víctor
Hugo Soderó Nievas dijo:- - -

-----1.- Mediante sentencia Nº 105, de fecha 22 de agosto de 2003, la Cámara en lo
Criminal de Viedma resolvió -en lo pertinente- condenar a Daniel Alejandro Biderbost a
la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, como co-autor
material y penalmente responsable del delito de peculado (art. 261, primer apartado del
C.P.) en carácter de delito continuado.- - - - -

-----2.- Contra lo decidido, la defensa interpuso recurso de casación, que fue declarado
admisible por el tribunal de grado inferior, conforme sentencia interlocutoria de fs.
3095/3095 y vta.- - - - -

-----3.- El señor defensor sostiene la nulidad del resolutorio de condena atento a la
arbitrariedad en la desestimación de su planteo preliminar en debate en lo vinculado con
irregularidades en la declaración indagatoria de uno de los coimputados -Julio Daniel
Olivera- y en los testimonios prestados en sede instructoria (de Julián San, Luis Simón,
Carlos Porreti, Rubén Musarella, Raúl Mirán, Luis A. Penna, Darío Cévoli, Luis Zulián,
Ernesto Rocatagliatta, Rubén Giglio, Marcelo Balzi, Rubén Stribing, Alberto Faas, Raúl
Hueche, Ricardo Wolfi, Adrián Gentile, René Otermin, Ángel F. Nieto, Juan C.

Fronrich, Miguel A.

///2.- Amico, Héctor G. Hollman, Félix Malaspina, Atilio Montenegro, Luis E. Porro, Luis A. Aliberti, Domingo Gestoso, Julio Barcia, Carlos Balzi y Eduardo F. Van Doorn). Respecto de la primera, reitera que quien declaró no lo hacía con discernimiento y libertad, y agrega que el Secretario no firmó el acta que instrumentaba la diligencia procesal ni se le hizo saber al imputado el delito por el cual sería investigado, en relación con los hechos atribuidos. Señala también que se le omitió la prueba para esclarecer el modo y las circunstancias de la declaración espontánea de Julio Daniel Olivera, en violación del artículo 326 del Código Procesal Penal. En cuanto a los testimonios mencionados, entiende vulnerados los arts. 233 y 105 del rito por oponerse al principio de oralidad, toda vez que se trata de la ratificación en sede jurisdiccional de declaraciones prestadas en otra administrativa. Así, entiende violentados los artículos 18 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución Provincial y el Pacto de San José de Costa Rica.-----

----- A lo anterior suma una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva pues la creación y/o presentación de diversas facturas -tanto originales como adulteradas- no supone la sustracción de caudales, ya que ésta se consumó con el libramiento de los cheques respectivos. Asimismo alega la absurdidad en la valoración de la prueba e insiste en que su pupilo no tenía la coadministración de los fondos sustraídos ni podía disponer de ellos. En apoyo de su postura, cita la resolución del Superior Tribunal de Justicia N° 112/88 en función del

///3.- artículo 6 de la Acordada N° 82/85 y los artículos 4, 8 y 9 de la Ley 2938 y similares del Decreto 819/80. Sostiene que no existe constancia alguna de que Biderbost hubiera autorizado los gastos ni que obrara en ejercicio de sus funciones y, por último, cuestiona el monto de la pena impuesta.-----

-----4.- Ingresando al tratamiento de los agravios, el planteo nulificadorio de la declaración indagatoria cuestionada no puede ser habilitado toda vez que tal acto procesal fue realizado por otro coimputado distinto al representado por el impugnante - el señor defensor representa a Daniel Alejandro Biderbost, mientras que la declaración indagatoria que motiva la cuestión fue prestada por Julio Daniel Olivera-. De tal modo, el recurrente carece de legitimación activa para hacerlo pues aparece defendiendo el interés de un tercero, que es a quien -eventualmente- corresponde tal tarea.-----

----- Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "Es improcedente el

remedio federal cuando tiene sustento en el interés de terceros no representados por el recurrente, toda vez que la defensa de sus derechos sólo a ellos corresponde" (ver Fallos 312:371, 1149; en igual sentido este STJ, in re "CADILLO GARCIA", Se. 167/96).- -

----- Por otra parte, la crítica a tal acto procesal -si quien declaraba lo hacía con discernimiento, intención y libertad- remite al análisis de aspectos de hecho ajenos al recurso extraordinario intentado, conforme doctrina legal constante de este Tribunal de Casación (in re "IRUSTA", Se. 35/98, y "MUÑOZ", Se. 42/02, entre otras).- - - - -

-///4.-- Además, el contenido de la declaración indagatoria en sede de instrucción ha sido ratificado por el defensor de quien la prestó, por ser parte del alegato en el debate oral (ver fs. 2967 y ss.). También fue consentido cuando se le corrió vista de igual cuestión preliminar planteada por el aquí impugnante y manifestó no tener nada que decir (fs. 2829). Así, el relato confesorio es admitido por el interesado -incluso forma parte de su estrategia defensiva al alegar oralmente-, es corroborado por el resto de la prueba y es uno de los fundamentos de la imposición en suspenso de la pena de prisión (ver fs. 3053). Por ello, tampoco puede estimarse que haya ocasionado perjuicio al coimputado Olivera.- - - - -

----- Por lo tanto, el aludido incumplimiento de diversas formas referidas a la instrumentación del acto aparece en el solo beneficio de la ley, además de que lo manifestado ha sido dado por valedero y cierto. En este orden de ideas, es doctrina legal reiterada que "... señalado determinado vicio procedimental, la crítica nulificatoria -para ser eficaz-, además de indicar la norma involucrada y la interpretación que pretende, debe desarrollar el concreto perjuicio que la irregularidad denunciada ocasiona a sus intereses, esto es, las defensas que se vio privado de ejercitar. De lo contrario, la sanción nulificatoria sería en el sólo beneficio de la ley, lo que resulta inadmisibles" (in re "MUÑOZ", Se. 44/02; en igual sentido "SERVIDIO", Se. 88/01). No cabe, para dicha exigencia, hacer distinción entre nulidades absolutas y relativas.- - - - -

-----5.- El agravio referido a la nulidad de diversas

///5.- declaraciones testimoniales merituadas en la sentencia tampoco puede prosperar.-

- - - - -

----- El primer grupo trata de quienes prestan su testimonio en el debate oral pero que contradicen o varían lo antes sostenido en sede instructoria, por lo que se autoriza a la lectura de lo ahí sostenido con el fin de aclarar el desacuerdo. Es de destacar que tal excepción al régimen de la oralidad tiene reconocimiento legislativo expreso en el artículo 362 inc. 2º del rito y ha sido admitida por el Tribunal de Casación con el mismo

alcance restrictivo que el a quo, esto es, en la parte donde se verifica tal contradicción o variación, de lo que se deja constancia en el acta de debate. Así, lo ocurrido con el testimonio de Rina L. Balda -fs. 2833 vta.-, Patricia Alejandra Tolnai -fs. 2834-, Víctor Hugo Scoli -fs. 2839 vta.-, Julio Manuel Barcia -íd.-, entre otros.- - - -

----- El segundo grupo se vincula con la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales cuando existe conformidad del Fiscal y el defensor. Dicho supuesto se encuentra establecido en el primer inciso del artículo antes citado y -en lo que interesa- su incorporación por lectura fue solicitada por la propia parte, según la petición de fs. 2653/2654 a la que la Cámara hizo lugar, teniendo presente para su oportunidad tal incorporación -v. fs. 2655-. Por ello, no puede ahora impugnarse lo que previamente fue peticionado.- - - - -

----- Además, dichas declaraciones testimoniales fueron judicializadas y formalizadas por el magistrado instructor, con la audiencia de quienes declararon en el sumario ///6.- administrativo, por lo que no rige al respecto la prohibición de incorporar por lectura testimonios extraprocesales (ver in re "REBOLLEDO", Se. 98/98).- - - - -

----- Más aun, el señor defensor tampoco hace un planteo censurante completo, toda vez que solicita la nulidad de las declaraciones testimoniales incorporadas por lectura pero sin argumentar acerca de la incidencia de dichos medios de prueba en la decisión, por lo que no cabe entender fundado su agravio en los términos de lo exigido por el art. 432 del Código Procesal para la interposición del recurso de casación.- - - - -

----- Para completar el tratamiento de la cuestión propuesta a discusión, es de destacar que -además de la prueba pericial y documental- la sentencia encuentra fundamento en la declaración indagatoria del coimputado Olivera y en los testimonios de Tolnai, Macri, Caderón, Barilá, Peña, Vázquez, Echarren y Scoli, todos ellos prestados en el debate oral y -por lo tanto- sometidos a control de la defensa. Ésa era la posibilidad útil y efectiva para interrogarlos y sus dichos son irrevisables en casación

-art. 8 inc. 2º letra "f" de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) y art. 14 inc. 3º letra "c" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLVI-B, 1107).- - - - -

----- Por lo tanto, dado que tal cúmulo probatorio corrobora lo surgido de las declaraciones testimoniales incorporadas por lectura -vg. lo dicho por Polizzi y Morón-, aunque -en hipótesis- no haya habido control suficiente de la defensa sobre éstas, aquél

efectuado sobre las primeras garantiza el

///7.- adecuado funcionamiento del sistema de las libres convicciones y permite descartar la posibilidad de error, contradicciones o vicios invalidantes (José María Orgeira, "Control de la prueba testimonial en la etapa sumarial", nota al fallo de la CNCPenal, sala I, 11-02-00, en LL 2001-B, 357).- - - - -

-----6.- También debe ser rechazado el agravio referido a que el imputado no administraba los fondos sustraídos, pues no puede prosperar aquél que niega la ejecución del verbo típico previsto por el artículo 261 del Código Penal, por ser manifiestamente improcedente.- - - - -

----- En el delito de peculado 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. Asimismo, es doctrina conocida y reiterada -ha sido citada por el señor defensor- que la acción reprimida es la de sustraer y que sólo puede ser autor de este delito el funcionario competente para administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos (Justo Laje Anaya y Laje Ros, "Código Penal Argentino", 2ª ed. actualizada, p. 452). Sustraer es quitar o extraer los bienes de la esfera de la administración pública donde han sido colocados por leyes, reglamentos u orden legítima (conf. Washington Rodríguez y Galetta, "Delitos Especiales". Ed Juris, p. 449).- - - - -

----- En verdad es Creus ("Delitos contra la Administración Pública", p. 296) quien precisa los conceptos: "no se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación,

///8.- puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero. Sustraer el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa..."- - - - -

----- En el mismo sentido, Donna señala que el tipo penal intenta proteger la buena marcha patrimonial de la administración pública, sancionando la violación del deber de probidad del funcionario o empleado ("Delitos contra la Administración Pública", págs. 276 y ss.)- - - - -

----- Así, nada tiene en común con las figuras de la estafa, pues en la de peculado se admite el dolo eventual. Se trata de un delito de resultado que admite la tentativa y para su configuración requiere que los bienes objeto de sustracción sean públicos; dicho carácter es el que poseen los caudales de que dispone una administración pública nacional, provincial o municipal a los fines de cuya realización tiene el agente

(CNCFederal, Sala II, LL 1987-E, 339). Esta nota de caudal o efecto público es fundamental para distinguir el peculado del fraude contra la administración.- - - - -

----- También es importante destacar la diferencia que existe con la figura de malversación de caudales públicos

-art. 260 C.P.-, ya que malversar es invertir mal, distraer de su destino, dar indebida aplicación. Pero en el peculado -art. 261 íd.- hay sustracción aunque el beneficiario sea un tercero. Puede no haber malversación y sí fraude a la administración pública (art. 174 C.P.) cuando no se desvían los fondos, sino que el hecho constituye una apropiación en beneficio de particulares.- - - - -

----- Por último, la sustracción penada por el artículo 261

///9.- 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.- - - - -

----- En este orden de ideas, el recurrente sostiene que su pupilo no tenía tal competencia, ni podía sustraer, toda vez que los gastos de los fondos permanentes eran consecuencia del accionar de su responsable, único "con firma" para extraerlos mediante cheques. Tal planteo restringe el análisis de los hechos comprobados, suficientes en su completud para ser subsumidos en la norma seleccionada.- - -

----- En efecto, la sentencia establece un peculado en perjuicio del Poder Judicial de la Provincia (varios hechos dependientes), cometido -en lo que interesa- por el aquí recurrente -Jefe del Departamento Técnico, Administrativo y Contable- y el señor Olivera, funcionario judicial, titular de diversos fondos permanentes. Ambos imputados son condenados como coautores del delito en tratamiento, cometido de modo continuado (las sustracciones que se sucedieron a lo largo de aproximadamente tres años).- - - -

----- En síntesis, se establece la existencia de una maniobra engañosa por parte de ambos consistente en el gasto de dichos fondos permanentes, la adulteración en más de las facturas justificativas del gasto, la presentación de la rendición de cuentas por parte del responsable del fondo al recurrente, quien -mediante la resolución respectiva- la aprobaba, afectaba las partidas presupuestarias necesarias y ordenaba reintegrar el importe al responsable. Luego de tal

///10.- orden de pago, la sección de Tesorería emitía un cheque de la cuenta corriente principal a favor del responsable del fondo, que era recibido y depositado, con lo que el

fondo volvía a tener el monto inicial, para luego reiterar la operación, en un delito continuado.- - - - -

----- Como se advierte, la sustracción de los dineros públicos no puede ser limitada a la sola extracción de los fondos permanentes a cargo de Olivera; por el contrario, el funcionamiento anormal del gasto administrativo -etapa ejecutiva del delito- también comprende la afectación preventiva de las partidas presupuestarias respectivas, la aprobación del gasto y la orden para que se emita el cheque que permita la restitución del fondo.- - - - -

----- En este orden de ideas y para la comprensión de lo dicho, es útil sostener que para establecer el comienzo de ejecución del verbo típico se tiene en cuenta qué hecho comienza a poner en peligro dicho normal funcionamiento del gasto y si éste era idóneo para provocar tal peligro. Expresa Jorge de la Rúa ("Código Penal Argentino. Parte General", 756): "De allí que el peligro es el fundamento prelegislativo del castigo de la tentativa, y es, a su vez, estructurante de ella como tipo delictivo subordinado, pero a través del 'comienzo de ejecución'. El legislador castiga la tentativa por el peligro de lesión a bienes jurídicos... Pero al estructurar el tipo, lo hace de modo restringido, con exigencias subjetivas y objetivas. Las primeras, de dolo directo, tanto en relación al resultado como a los medios (conducta) utilizados. La exigencia objetiva es ya una noción restringida, en la que el peligro concreto (actos

///11.- idóneos in fieri, para diferenciar el delito imposible), es un componente (no exclusivo) de un factum normatizado, pues presupone, limitativamente, que los actos peligrosos relevantes son sólo los ejecutivos, con lo cual resulta que el concepto de peligro es insuficiente para conceptualizar al acto ejecutivo. El plan del autor es un elemento coadyuvante, que permitirá en la mayoría de los casos advertir la ejecutividad del acto... El criterio decisivo en la apreciación objetiva de la ejecutividad del acto derivará de un análisis de las causalidades comprendidas en el tipo delictivo y de un hipotético examen de consumación".- - - - -

----- En el caso de autos, además de la existencia de un plan delictivo entre ambos imputados, los hechos de quien se encontraba a cargo de la Jefatura eran absolutamente indispensables e idóneos para realizar el peculado toda vez que la causalidad de la sustracción tenía origen en la desafectación de partidas, cuyo dinero finalizaba en el fondo para realizar el gasto, que era aprobado, lo que completaba así el circuito de un delito continuado, en el que la decisión delictiva sobre una pluralidad de actos necesita en el plano objetivo de relaciones de homogeneidad y conexidad entre ellos (LL Litoral

2003, 591/600.).- - - -

----- Entonces, fijados así los actos de comienzo de ejecución para la sustracción de fondos públicos, se advierte con facilidad la coautoría de Biderbost por división de funciones o tareas en las que tomaba parte.- -

----- Zaffaroni, Alagi y Slokar ("Derecho Penal. Parte General", 752/753) dicen que "[l]a coautoría funcional

///12.- presupone un aspecto subjetivo y otro aspecto objetivo. El primero es la decisión común al hecho, y el segundo es la ejecución de esta decisión común mediante división de trabajo... La decisión común es imprescindible, puesto que es lo que confiere una unidad de sentido a la ejecución y delimita la tipicidad... Para determinar qué clase de contribución al hecho configura ejecución típica, es menester investigar en cada caso si la contribución en el estado de ejecución constituye un prepuesto indispensable para la realización del resultado buscado conforme al plan concreto, según que sin esa acción el completo emprendimiento permanezca o caiga...". Ambos requisitos se dan en el accionar de Biderbost: plan común y realización de una fracción de conducta imprescindible en la etapa ejecutiva.

----- Ahora, "[e]l funcionario 'administrador' es aquel que, con arreglo a los ordenamientos respectivos, posee facultades de disposición de los bienes, es decir que tiene legalmente facultades para aplicarlos a las finalidades determinadas por el orden jurídico, aunque ello no signifique, como antes se dijo, que necesariamente deba detentar la posesión material de ellos. La noción abarca al funcionario con facultades adicionales de imputar el bien público a un destino determinado, como el coadministrador" (Buompadre, "Delitos contra la administración pública, p. 252/253). A su vez, Carrera ("Peculado", 1ª ed. 1968, págs. 104/108 y 126) sostiene que uno de los presupuestos del delito es la relación funcional con los bienes.- - - - -

----- Por su parte, Núñez ("Tratado", T. VII, 108), Creus (op. cit., 314 y ss.) y Buompadre ("Delitos contra la

///13.- administración pública", p. 252) señalan que administran quienes, con arreglo a los ordenamientos respectivos, están facultados a disponer de los bienes y comparten con otros la facultad de disposición de caudales o efectos. Es decir, quienes tienen facultades para aplicarlos a finalidades determinadas por el orden jurídico.- - - - -

----- El señor defensor disiente la titularidad de los fondos de su pupilo, y cita diversas Acordadas del Superior Tribunal referidas a su manejo y responsables designados, involucrando a su titular directo y a quien debía aprobar finalmente el gasto. Entonces,

la esfera de custodia del imputado de la que se separan los bienes no estaría determinada por la ley, el reglamento o la orden legalmente formulada de la autoridad competente y éste no cometería peculado, porque tal delito supone la violación de deberes del cargo.-

----- En el caso que nos ocupa la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 140 y respecto de las funciones de quien se encuentre a cargo de la Contaduría General, dice que éste ejercerá las funciones que determine el reglamento. Así, diversas acordadas administrativas reglamentaron la Contaduría del Poder Judicial, que comenzó siendo un Servicio Técnico Administrativo (Ac. 210/73) para ser reemplazada por una Secretaría Técnica-Administrativa y Contable (Ac. 130/87), que modifica su denominación como Departamento Técnico Administrativo y Contable (Ac. 100/92).-----

----- Empero, es de destacar la carencia de una reglamentación específica de las tareas del Contador General

///14.- respecto de la aprobación de los gastos, atribución esta del Presidente del Superior Tribunal de Justicia en conformidad con los artículos 45 inc. h) de la Ley 2430, 15 de la Ley de Contabilidad y 224 de la Constitución de la Provincia, que no resulta óbice para reprochar al imputado el delito de peculado atento a que -en efecto- aquél realizaba el trámite administrativo aludido, conforme usos y costumbres, por delegación de tareas del magistrado a cargo de la presidencia del Superior Tribunal, de acuerdo con la delegación a que lo autoriza el citado artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-----

----- En tal sentido, Creus ("Delitos contra la Administración Pública", p. 330) afirma que "... en principio, la costumbre suscitada dentro de la Administración no puede crear dicho presupuesto del peculado, salvo cuando funcione como verdadera fuente de derecho administrativo, lo cual puede ocurrir cuando la práctica administrativa, ante el vacío del reglamento, otorgue funciones de administración, percepción o custodia a funcionarios cuya particular competencia no los comprende; entonces, 'cuando se presentan casos como los indicados, con asentimiento de los órganos responsables y dentro de las funciones genéricas del agente', éste pasa a ejercer aquellas funciones y a convertirse en posible sujeto activo de peculado" (con cita de Carrera, "Peculado", ps. 123 y 124; SC Mendoza, Sala II, 30-09-65 en LL 122-889).-----

----- El ejercicio de tales atribuciones delegadas ha sido comprobado por prueba testimonial y documental y se desarrolló en forma pública y notoria en el ámbito de la

///15.- gestión, de forma permanente y continuada.- - - -

----- Destaco que tal costumbre administrativa por función delegada tuvo luego reconocimiento expreso en la Acordada N° 112/99, en tanto le concede al Contador General, entre otras funciones, las de autorizar y aprobar gastos con la extensión y límites establecidos en la norma específica, conformar las órdenes de pago de los expedientes girados a la Tesorería, regular los pagos a realizar por el Departamento de Tesorería con arreglo a las disponibilidades financieras de la cuenta principal y conformar las órdenes de compras en aquellas actuaciones donde resultaran exigibles, etc.- - - - -

----- Por último, tampoco puede prosperar el planteo del casacionista que pretende identificar los diversos medios para lograr la sustracción (vg. presentación de boletas adulteradas) con la sustracción misma. Tales medios no son más que diversas maniobras cometidas para llevar a cabo o facilitar la consumación del peculado o para ocultar su existencia y no merecieron calificación legal alguna por parte del Tribunal de grado inferior, por lo que no es dable ingresar al tratamiento de dichas falsedades.- - - - -

-----7.- Asimismo, debe ser declarado inadmisibile el agravio en donde se discute el monto de la pena impuesta, toda vez que su determinación se encuentra dentro de los poderes discrecionales del juzgador y es insusceptible de recurso en la instancia extraordinaria. Por otra parte, los fundamentos que justifican dicho monto se encuentran desarrollados en la cuarta cuestión de la sentencia, por lo que cabe descartar la tacha de arbitrariedad. También es de advertir que se ha

///16.- respetado la escala penal prevista en el tipo respectivo para las especies de pena impuesta.- - - - -

-----8.- Por las razones que anteceden, no debe habilitarse el recurso de casación interpuesto a fs. 3077/3092 de las presentes actuaciones por el doctor Néstor I. Torres, por lo que debe ser rechazado con costas. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:- - - - -

-----1.- Adhiero al voto del señor Juez preopinante y agrego:- - - - -
- - - - -

-----1.1.- En primer término, atento al contenido del recurso de casación sub examine, no puedo dejar de mencionar la doctrina legal de este Cuerpo respecto de que la valoración de los elementos probatorios que fundamentaron las conclusiones del decisorio constituye una atribución propia del mérito y ajena a la instancia extraordinaria.-

----- Además, "[l]a doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, mas no habilitar la última instancia respecto de fallos supuestamente equívocos o que se estimen tales según las divergencias del recurrente con la inteligencia de las normas" (CNCPenal, sala III, 28-02-97, en ED 175, p. 420).- - - - -

----- En este orden de ideas, descarto la existencia del vicio de arbitrariedad en el pronunciamiento recurrido, toda vez que -en concordancia con lo sostenido por el doctor Sodero Nieves- advierto que cuenta con fundamentos suficientes para la acreditación de los hechos y para la tarea subsunción jurídica a la que arriba.- - - - -

-

----- También es doctrina constante, tanto para las
///17.- nulidades absolutas como para las relativas, que su declaración necesita que el vicio formal alegado ocasione un perjuicio concreto a sus intereses e impida el ejercicio de la defensa. En este sentido, las nulidades no pueden ser adoptadas en el solo beneficio de la ley, pues no puede declararse una nulidad "por la nulidad misma".- - - - -

- -

----- Así, la totalidad de los planteos nulificatorios deducidos carecen de tal requisito, por lo que no pueden habilitar la instancia casatoria.- - - - -

-----1.2.- En relación con el tipo penal seleccionado por el tribunal de grado inferior -peculado-, el Código Penal sanciona al funcionario público que "... sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo". En este orden de ideas, "[a]dministra los caudales o efectos el funcionario público que con arreglo a los ordenamientos respectivos, está facultado para disponer de ellos, aunque no tenga su posesión material. También administra el que comparte con otros la facultad de disposición de los caudales o efectos (coadministrador)" (Núñez, "Derecho Penal Argentino", T. VII, p. 108).- - - - -

----- En el caso que nos ocupa, la sentencia tiene comprobada -aspecto irrevisable en casación, salvo arbitrariedad, que como fue referido no se advierte ni se demuestra- la totalidad de un trámite para propiciar un delito continuado que consta de ciertos actos administrativos imprescindibles para el gasto del dinero existente en diversos fondos permanentes. Algunos de estos actos -aprobación de la rendición de cuentas, afectación de

///18.- partidas presupuetarias, orden de reintegro del importe gastado, etc.- son de exclusiva e innegable autoría del ahora recurrente, desde que era el funcionario con

competencia para hacerlo.- - - - -

----- Entonces, la sustracción de tales fondos no puede serle atribuida sólo a quien se encontraba autorizado a disponer de ellos, por ser el responsable del fondo permanente, desde que tal disposición se complementaba con aquellos actos mencionados. Así, el delito de peculado se configuraba por tal maniobra ejecutiva -art. 42 C.P.-, en coautoría por división de tareas, según un plan común, dado que eran actos que posibilitaban su salida del control administrativo, en beneficio personal.- - - - -

-----1.3.- Ahora, en lo referido a la "competencia" del funcionario recurrente para realizar los actos administrativos mencionados -que niega la defensa-, entiendo que el tema ha sido tratado por quien me precede en el voto.- - - - -

- - - -

----- Las tareas del Contador General del Poder Judicial no se encontraban reglamentadas específicamente hasta el dictado de la Acordada 112/99, que es posterior a los hechos investigados. La aprobación de los gastos es una atribución del Presidente del Superior Tribunal de Justicia, conforme con los artículos 45 inc. h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (2430), 15 de la Ley de Contabilidad y 224 de la Constitución de la Provincia. Es el propio artículo 45 mencionado el que autoriza al Presidente a la delegación de las tareas que el imputado niega en este recurso y que ejerció en forma pública, notoria y consentida durante todo

///19.- el lapso de tiempo del delito reprochado.- - - - -

----- Dice Marienhoff ("Tratado de Derecho Administrativo", T. I, págs. 593 y ss.) que la competencia debe surgir de una norma expresa, pero que este principio no debe ser desvirtuado a través de una interpretación literal. Sostiene que una de las excepciones está representada por la delegación, que supone el desprendimiento de un deber funcional, en donde el ejercicio de un poder determinado pasa a otra persona.- - - - -

- - - - -

----- Además, en relación con la forma pública y notoria de ejercicio de dichas funciones delegadas, cabe sostener que luego de la reforma al artículo 17 del Código Civil deberá aceptarse la convalidación de la costumbre como fuente normativa, para reglar la legalidad administrativa.- - -

----- En este sentido Fiorini ("Derecho Administrativo", T. I, p. 70) expresa: "La costumbre como fuente jurídica deberá manifestarse en forma habitual, permanente, cumplirse concretamente, tener carácter objetivo y no vulnerar el interés público... La costumbre, con los caracteres indicados, debe provenir del seno de la Administración

Pública y contar con el acatamiento de los administrados". Digo que tales caracteres de habitualidad, permanencia y acatamiento han sido determinados con suficiencia en el resolutorio recurrido, aspectos de hecho ajenos a la instancia.-----

----- Las tareas ejercidas por el Contador General tenían una fuente legal, toda vez que eran consecuencia de la delegación de competencia autorizada por el artículo 45 de la Ley 2430 y tenían reconocimiento en la costumbre administrativa, que también las validaba.-----
-----2.- Entiendo que, así, ha quedado suficientemente aclarada mi postura respecto del rol que le cupo al recurrente en la etapa ejecutiva del delito, en un supuesto de coautoría por división de tareas y también que sus actos eran de disposición de fondos. También considero que era competente para ello, conforme fuentes legales y consuetudinarias.-----

-----3.- Por las razones que anteceden, adhiero a la solución propuesta por quien me precede en orden de votación en el sentido de que debe declararse inadmisibile el recurso de casación interpuesto a fs. 3077/3092 de estos actuados, con costas. MI VOTO.-----

----- El señor Juez subrogante doctor Roberto Hernán Maturana dijo:-----

----- Que atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).-----

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Declarar formalmente inadmisibile el recurso de

----- casación interpuesto a fs. 3077/3092 de las presentes actuaciones, con costas.-----

----- Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.-----

Roberto Hernán Maturana

Juez subrogante

En abstención

(art.39 L.O.)

ANTE MÍ: FRANCISCO A. CERDERA - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 2

SENTENCIA Nº: 35

FOLIOS: 226/245

SECRETARÍA: 2

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA