

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24834/10 STJ

SENTENCIA Nº: 142

PROCESADOS: SÁNCHEZ FRANCISCO RUBÉN – ZALESKY JUAN JOSÉ  
(ABSUELTO)

DELITO: PECULADO DE SERVICIOS – INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES  
DE FUNCIONARIO PÚBLICO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 27/08/12

FIRMANTES: BAROTTO – BROGGINI (SUBROGANTE) – DOUGLAS PRICE  
(SUBROGANTE) EN ABSTENCIÓN (NO FIRMA)

///MA, de agosto de 2012.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Sergio M. Barotto, Diego Brogginini y Jorge Douglas Price –los dos últimos por subrogancia-, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “SÁNCHEZ, Francisco R. y ZALESKY, Juan J. s/Inf. Art. 261, 2do. Supuesto y 248 del C.P. s/Casación” (Expte.Nº 24834/10 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:--

#### CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

#### VOTACIÓN

Los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Diego Brogginini dijeron:-----

-----

-----1.- Antecedentes de la causa:-----

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 19, del 12 de agosto de 2010, y su aclaratoria de fecha 18 de igual mes y año, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial resolvió absolver libremente de culpa y cargo a Francisco Rubens Sánchez del

delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 C.P.), cuya autoría se le había reprochado, sin costas (art. 498 C.P.P.); absolver libremente de culpa y cargo a Juan José Zalesky del mismo delito, que se le había imputado en calidad de partícipe primario (art. 248 C.P.), también sin costas, y condenar al primero de los nombrados a la pena de tres (3)

///2.- años de prisión efectiva e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas, como autor material y penalmente responsable del delito de peculado de trabajos y servicios (arts. 261 segundo párrafo C.P. y 498 y 499 C.P.P.; fs. 3305/3340 vta. y 3342 y vta.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo así decidido, el señor Fiscal de Cámara subrogante (fs.3348/3365) y el imputado Francisco Rubens Sánchez, con el patrocinio del Defensor Oficial (fs. 3368/3392 y vta.), dedujeron sendos recursos de casación, que fueron declarados admisibles por el Tribunal de grado inferior (fs. 3395/3397).- - - - -

-----1.3.- En el examen de admisibilidad, mediante Sentencia N° 50/11 STJRNSP, este Superior Tribunal de Justicia resolvió: “Primero: Declarar parcialmente admisible el recurso de casación deducido a fs. 3348/3365 de autos por el señor Fiscal de Cámara subrogante doctor Marcelo Álvarez, solo en cuanto a la absolución del imputado Juan José Zalesky.- Segundo: Declarar parcialmente admisible el recurso de casación interpuesto a fs. 3368/3392 y vta. por el imputado Francisco Rubens Sánchez, con el patrocinio del señor Defensor Oficial doctor Marcelo Chironi, en lo relativo a la modalidad de ejecución de la pena de prisión impuesta, y declararlo formalmente inadmisibles en relación con los demás agravios, con costas” (fs. 3405/3417).- - - -

-----1.4.- Luego se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los recurrentes. A fs. 3440/3464 se agrega el escrito de la señora Defensora General mediante el cual sostiene el recurso deducido en los términos del art. 21 inc. d de la

///3.- Ley K 4199. También se reservan en Secretaría presentaciones de la defensa de Juan José Zalesky para su agregación durante la audiencia de debate del art. 438 del rito (fs. 3466). A fs. 3497/3519 se agrega el escrito de contestación del señor Fiscal General subrogante.- - - - -

-----1.5.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo, asisten el señor Fiscal General subrogante, la señora Defensora General y el doctor Francisco Sánchez, y se incorporan los escritos reservados en Secretaría y unas breves notas del imputado Juan José Zalesky, luego de lo cual los miembros del Tribunal pasan

a deliberar.- - - - -

-----2.- Argumentos del recurso de casación del señor Fiscal de Cámara subrogante:- - -

-----

----- El recurso se interpone contra la absolución de ambos imputados respecto del incumplimiento de los deberes de funcionario público, desarrollando una única argumentación. No obstante ello, y en virtud de la admisibilidad parcial resuelta por este Superior Tribunal de Justicia, se citan las partes pertinentes de la impugnación contra la absolución de Juan José Zalesky.- - - - -

----- El funcionario transcribe el reproche realizado en el requerimiento de elevación a juicio y afirma que en la sentencia se tuvieron por probados todos y cada uno de los extremos constitutivos de los tipos objetivos y subjetivos de la figura penal “incumplimiento de los deberes de funcionario público”; además, en el decisorio se tuvo por probado el carácter en que intervinieron los imputados, Francisco Rubens Sánchez como autor y Juan José Zalesky como

///4.- partícipe necesario. A ello añade que, pese a tener por comprobados tales extremos, se absolvió a los inculos, conclusión que importa un alejamiento de la esperada y recta interpretación de la ley sustantiva.- - - - -

----- Al analizar la adecuación jurídica del hecho, alega que el criterio seguido en la sentencia importa desconocer las exigencias y obligaciones que la ley de fondo coloca en cabeza de algunos funcionarios públicos. Entiende que esta exige una conducta concreta a determinados funcionarios públicos, y que el funcionario público al que la norma está dirigida desarrolla la conducta contraria a la esperada, a la exigida. “Omite su cumplimiento y tal omisión deviene abusiva y, por ende, suficiente para quebrantar el bien jurídico tutelado por la Ley Penal. En el caso en análisis el sujeto activo (Dr. Sánchez) ha evidenciado un proceder contrario a derecho, realizando la conducta que le estaba prohibida (entiéndase: omitiendo su cumplimiento), para así lograrlo se valió de la necesaria intervención que le cupo a quien asumió el rol de representante de aquellos que accionaban contra el Estado (Dr. Zalesky)” (fs. 3360/3361).-

----- El Fiscal se agravia además de la cantidad de cuestiones que la sentencia no ha respondido y sobre las que no ha brindado razón suficiente, lo que hace que resulte infundada, no motivada, arbitraria.- - - - - Refiere asimismo que el concepto volcado por el a quo alude a uno de los supuestos de la arbitrariedad que habilitan la casación pretendida, esto es, la existencia de conclusiones insostenibles. Reitera que el fallo se sustenta en requerir -para la configuración de la conducta ilícita-

//5.- la concurrencia de un elemento normativo inexistente. Expresa que el Tribunal de juicio ha tenido por probados todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal (tanto del tipo objetivo como del subjetivo) y, no obstante ello, descartó su aplicación al exigir la comprobación de un extremo ajeno, lo que es, además de contrario a la ley, insostenible.- - - - -

----- Finaliza diciendo que a lo largo del escrito ha indicado que la “fundamentación de la sentencia es inexistente”, por lo que solicita que se case la sentencia y se resuelva el caso con arreglo a la ley y la doctrina aplicable al caso, tal como lo dispone el art. 440 del Código Procesal Penal.- - - - -

-----2.- Argumentos del recurso de casación del imputado Francisco Rubens Sánchez con el patrocinio del señor Defensor Oficial:- - - - -

----- En la parte correspondiente a la modalidad de ejecución efectiva de la pena impuesta, único agravio admitido por este Tribunal, el señor Defensor argumenta que resulta inmotivada, arbitraria e infundada, en tanto no observa un mínimo análisis acerca del pronóstico de peligrosidad de Sánchez que indique la inconveniencia de aplicar una pena de ejecución condicional, lo que claramente puede hacerse en el caso, de modo que se violentan los derechos constitucionalmente reconocidos de debido proceso y defensa en juicio, como el art. 200 de la Constitución Provincial y los arts. 98 y 374 del Código Procesal Penal. Agrega que no se respeta la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y del Superior Tribunal provincial.- - - - -

//6.-- Plantea que la sentencia también resulta arbitraria por la notoria vulneración de las formas esenciales del proceso penal relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por jueces naturales, dado que, al establecer una pena de tres años de prisión efectiva, la Cámara excedió el pedido de pena realizado por el señor Fiscal de Cámara subrogante en su alegato, oportunidad en la cual requirió una condena de tres años de cumplimiento condicional.- - - - -

----- El doctor Chironi entiende que los fundamentos del beneficio de la libertad condicional han sido tratados por el propio legislador, la jurisprudencia y la doctrina. Así, considera que el peligro del encierro breve, el principio de la mínima suficiencia, la razón práctica de descongestionar las cárceles y las amplias condiciones compromisorias contenidas en el art. 27 bis del Código Penal, la demostración efectiva de la prevención especial mediante el cumplimiento de las citadas reglas de conducta, entre otras y por citar las más importantes, hacen que la concesión de este beneficio se encuentre vinculada altamente a la personalidad moral del imputado, su actitud

posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad. Pero, fundamentalmente, aduce que falta un diagnóstico de peligrosidad del sujeto que indique la inconveniencia de aplicar una pena en suspenso porque del análisis de las circunstancias surja que volvería a delinquir.-----

-----  
///7.-- De acuerdo con lo expuesto, funda el agravio en que la sentencia en crisis omitió evaluar la inconveniencia de la aplicación de la pena en suspenso y no dio fundamentos serios para la imposición de la pena efectiva. De esta forma, el fallo tiene una fundamentación aparente e incurre en afirmaciones dogmáticas y antojadizas sobre cuya base se valoraron en contra de su asistido diversas circunstancias que -a tenor de las disposiciones de los arts. 40 y 41 C.P.- debieron considerarse de manera positiva.-----

----- Expresa que la sentencia recurrida ha desconocido la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia (Se. 218/06 y 190/06 STJRNPS) y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “SQUILARIO” (Fallos: 329: 3006).

----- Según el criterio de las citas reseñadas, el Defensor Penal estima que la sentencia condenatoria decide de modo arbitrario la imposición de cumplimiento efectivo de la pena, cuando debió conocer su carácter resocializador y la postura del Máximo Tribunal nacional en orden a la aplicación del art. 26 de la ley de fondo, ello máxime por cuanto en el caso se encuentra cumplido el requisito objetivo exigido: la inexistencia de reincidencia. En consecuencia, prosigue, la pena impuesta se torna en irrazonable y arbitraria.-----

----- También sostiene que la decisión resulta contraria al denominado principio de mínima suficiencia y proporcionalidad de la pena, y que corresponde al Estado agotar los medios menos lesivos antes de acudir a la prisión efectiva. Esa línea entiende que el principio de mínima suficiencia ha tenido recepción en el derecho

///8.- infraconstitucional argentino, lo que se evidencia en los institutos de la suspensión del juicio a prueba, la condena condicional, la libertad condicional y los distintos institutos de la ley de ejecución penitenciaria que establecen beneficios a favor del imputado o condenado, procurando consecuencias menos gravosas que el encierro como pena.-----

----- El señor Defensor agrega que existe una errónea valoración de las circunstancias analizadas como agravantes o atenuantes en la individualización de la pena.

Especialmente, señala que se ha omitido justipreciar la falta de antecedentes penales, la personalidad moral del imputado, sus hábitos y costumbres, la actitud desplegada en el debate y las constancias probatorias existentes en relación con el origen de los bienes de su asistido. Alega que el fallo valoró la condición de profesional como un agravante para meritar la pena, apartándose incluso del antecedente de la Corte Suprema señalado.- - - - -

----- También sostiene que la sentencia recurrida tomó como agravantes circunstancias que conforman los elementos constitutivos del tipo penal, haciendo referencia a que en el delito de peculado de trabajos y servicios la utilización de “trabajos” implica necesariamente un elemento constitutivo.- - - - -

----- Por todo lo expuesto, solicita que se case la sentencia atacada en cuanto dispone la pena de tres años de prisión efectiva y se ordene su imposición en carácter condicional, o bien declare la nulidad del pronunciamiento y se ordene uno nuevo ajustado a derecho.- - - - -

///9.--3.- Responde del Fiscal General subrogante al recurso de casación del imputado Francisco Rubens Sánchez (fs. 3497/3519):- - - - -

----- El representante del Ministerio Público Fiscal sostiene que la tercera cuestión de la sentencia recurrida ha analizado pormenorizadamente, punto por punto, cada una de las circunstancias atenuantes y agravante de los arts. 40 y 41 del Código Penal, reconociendo la necesidad de fundar el carácter no condicional de la pena conforme los precedentes del Superior Tribunal, no obstante argumentar la innecesariedad de ello conforme los claros términos del precepto legal (art. 26 C.P.).- - - - -

----- Agrega que la sentencia resulta razonable y ha fundado legalmente la pena de tres años de prisión efectiva impuesta. Por ello, alega que la defensa yerra, puesto que el fallo refiere razonablemente como constitutivos de la peligrosidad cada una de las circunstancias negativas expuestas.- - - - -

----- Al agravio de la defensa según el cual la pena impuesta se aparta del criterio de la prevención especial, responde que su ejercicio -fundamento del ius puniendi del Estado- puede consistir legalmente en la aplicación de una pena de prisión efectiva, cuando ello se desprenda de la razonable y lógica apreciación judicial de las circunstancias referidas en los arts. 40 y 41 del código de fondo y se entienda necesario el encierro del imputado en un establecimiento penitenciario hasta tanto opere efectivamente su resocialización (art. 18 C.Nac.).- - - -

----- A la impugnación referida a que la Juez votante en

///10.- primer término conocía los hábitos y costumbres del imputado Sánchez y no podía desconocer si es un ser “bueno” y “tranquilo”, contesta que tal argumento nunca se planteó con anterioridad, por lo que su revisión y análisis es imposible en esta etapa procesal. Afirma que tampoco surge de la causa dicha relación que implique el conocimiento de la magistrada respecto de la personalidad moral del imputado, y que esta no ha sido considerada como una circunstancia agravante para determinar la condena efectiva, por lo que mal serviría para operar como un factor de fundamentación en este último sentido.- - - - -

----- Concuera asimismo con las pautas de mensuración de la pena y la necesidad de su imposición efectiva desarrolladas en el fallo recurrido y las considera ajustadas a derecho. Así, se explyta sobre la actitud posterior al delito, la mayor comprensión del imputado de la contrariedad de su actuar que hará mayor la reprochabilidad; agrega que, aun en la indeterminación de la cantidad (ausencia de exactitud) en la gestión de poderes, entiende que fue una gran cantidad, y finalmente niega que la sentencia refiera a la condición de funcionario público (elemento del tipo) como agravante, sino que remite a la cuestión de la estructura jerárquica de la policía.- - - - -  
-----

----- En cuanto a la crítica fundada en que la sentencia ha excedido la pena de prisión requerida por el Ministerio Público Fiscal, recuerda que este Superior Tribunal de Justicia ha señalado que la determinación de la pena es una facultad del juez y que no tiene como límite máximo la pena pedida por el Fiscal.- - - - -

///11.-- Finalmente, observa que los argumentos defensivos no alcanzan el grado de razonabilidad o logicidad suficiente como para rebatir la motivación expresada por el Tribunal juzgador, por lo que entiende improcedentes los agravios recursivos.- - - - -  
-----

-----4.- Dictamen de la Defensora General en sustento del recurso de casación del imputado Francisco Rubens Sánchez:-

----- La doctora Custet Llambí plantea que, analizado el recurso, adhiere a los fundamentos en él vertidos por compartirlos plenamente y los hace propios en el entendimiento de que la sentencia impugnada debe ser dejada sin efecto pues le asiste razón al recurrente en relación con la valoración errónea y arbitraria de la prueba producida en autos, violatoria de la garantía del debido proceso y el derecho de defensa. A su vez, plantea que el fallo incurre en inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva.- - - - -

----- Añade que el fallo adolece de una incorrecta individualización de la pena de acuerdo con los parámetros impuestos por la doctrina, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 331: 2343) y, fundamentalmente, por la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia (Se. 190/06, 131/07, 45/08 y 134/08 STJRNSP).-----

----- Entiende que el apartamiento del a quo respecto del requerimiento fiscal en cuanto al modo de ejecución de la pena viola el derecho de defensa y lesiona el sistema acusatorio constitucionalmente reconocido, además de desobedecer los principios de mínima intervención y última

///12.- ratio al imponer a Sánchez una pena de cumplimiento efectivo.-----  
-----

----- Manifiesta que no resulta un dato menor que la introducción intempestiva de la negación de la condicionalidad privó a Sánchez de ejercer el derecho que la norma le reconoce de manera especial cuando faculta a las partes a aportar la prueba útil al efecto (art. 26 C.P.).- -

----- La sentencia en crisis -agrega- no solo desatiende el modo de ejecución de la pena requerida por el Fiscal al momento de perfeccionar su acusación, sino que -en una doble violación al derecho de defensa- carece de la debida ponderación de las pautas subjetivas y objetivas de manera conjunta según los elementos incorporados a la causa (Fallos: 329: 3006). Así, insiste, no surgen motivos válidos para excluir la procedencia de la condicionalidad en el caso, sino que, por el contrario, se encuentran acabadamente cumplidos los requisitos exigidos por el art. 26 del Código Penal.-----  
-----

----- Entiende además que de la sentencia surge que ninguno de los parámetros fue objeto de un análisis serio, razonado y legal acorde con las constancias de la causa. Tal como sostuvo la Corte Suprema de Justicia en la referida cita, expresa, la denegación de la condenación condicional debe ser fundada “puesto que de otro modo [se] estaría privando a quien la sufre [de] la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar las decisiones basadas en criterios

///13.- discrecionales de los magistrados que la disponen”.-

----- De acuerdo con este criterio, afirma que la sentencia recurrida yerra al entender que es “imposible fundar una aplicación condicional de la pena”, ya que el razonamiento

debería ser el inverso y fundar, conforme a derecho y a las constancias de la causa, la necesidad de aplicar una condena de ejecución efectiva, como también analizar la imposibilidad de recurrir a otras medidas no privativas de libertad.- - - - -

----- También observa que en la sentencia condenatoria subyacen connotaciones que se apartan del principio de mínima intervención, pregonado principalmente por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, denominadas Reglas de Tokio (punto 2.6), y se soslaya el principio pro hómine consagrado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29), que erige como premisa que siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva a los derechos establecidos en los instrumentos citados.- - - - -

----- Luego se agravia de que la sentencia de condena fundó la efectividad de la prisión en la calidad de funcionario público y la actitud de Sánchez con posterioridad a la supuesta comisión del delito. Asimismo, dice que el fallo se ha contaminado con opiniones propias del sentenciante que escapan a la valoración de los hechos y de las constancias de la causa en el marco del derecho penal vigente, pues subyacen fundamentos de una sanción de tipo ejemplificativa que utiliza a su asistido como instrumento de advertencia

///14.- para la comunidad.- - - - -

-----5.- Sosténimiento del recurso por el señor Fiscal General subrogante en la audiencia de casación:- - - - -

----- En la audiencia de casación, el señor Fiscal General subrogante sostiene el recurso deducido por su parte y se remite a los fundamentos expuestos en lo vinculado con la absoluciónde Zalesky y la condena de Sánchez. Afirma que el delito se consumó, pues la ley impide a los funcionarios tramitar gestiones judiciales y extrajudiciales. Luego reseña el recurso oportunamente presentado y alega que la condena en relación con Sánchez es fundada, en tanto se han observado los arts. 40 y 41 del Código Penal. Ratifica así el escrito deducido.- - - - -

-----6.- Argumentos del defensor particular y del imputado Juan José Zalesky (escrito reservado en Secretaría -fs. 3466- y breves notas):- - - - -

----- En el primer libelo, el imputado y su defensor dicen que en la sentencia definitiva de la Cámara en lo Criminal de Viedma, de fecha 12 de agosto de 2010, se determinó la inexistencia de delito alguno en el accionar del imputado Sánchez, quien fue absuelto

del delito de incumplimiento de deberes de funcionario público (art. 248 C.P.) porque su actividad no estuvo en contradicción con la norma penal invocada para su juzgamiento. Sostiene que de ello surge que la conducta del partícipe -en este caso Zalesky- no puede ser juzgada ni revisada nuevamente, como tampoco podría recaer condena a su respecto, ya que la atribución de su responsabilidad es total y absolutamente accesoria a la del autor principal Sánchez. Dicha accesoriedad, agrega, importa

//15.- que no puede existir en manera alguna juzgamiento penal dirigido a un partícipe de una imputación delictiva que para el principal ha sido considerada inexistente en la conducta desplegada.- - - - -

----- En el segundo escrito (también suscripto por el defensor particular doctor Carlos Javier Dvorzak y el imputado Juan José Zalesky), refiere la imputación delictiva afirmando que la Sala B de la Cámara del Crimen modificó la tipificación legal y los hechos en que la funda.- - - - -

----- Luego señala vicios de la imputación penal, y afirma que se persigue el supuesto delito de haber “gestionado poderes”, encuadrando esa gestión en tarea propia de la profesión de un abogado, y que Zalesky no participó en el hecho, ni prestó auxilio o cooperación en la supuesta gestión de poderes de Sánchez y por eso no es partícipe del supuesto incumplimiento de este. Sobre la “gestión de poderes” a sabiendas de su improcedencia, afirma que desconoce la incompatibilidad de Sánchez pues desconoce las particularidades reglamentarias de su vinculación con el Estado. En el punto, argumenta sobre el bien jurídico tutelado por el art. 248 del Código Penal, la gratuidad de las actuaciones en causas laborales para empleados públicos y la asistencia legal por parte del Estado, así como sobre las normas internacionales acerca de las disminuciones salariales.- - - - -

----- Al final de ambos escritos solicita que se rechace el recurso de casación presentado por el Fiscal de Cámara y se confirme la sentencia recurrida.- - - - -

----- En sus breves notas, el doctor Juan José Zalesky

//16.- expresa que el propio Fiscal reconoció que carecía de agravio concreto respecto de su parte, pues su conducta es accesoria de la del autor principal, cuya absolución fue confirmada -sin autor no hay participación-. A mayor abundamiento, alega que su participación nunca pudo ser necesaria, pues el propio autor, si hubiese querido litigar contra el Estado, podría haber firmado él mismo las demandas y realizado todos los actos procesales correspondientes.- -

-----7.- Intervención de la señora Defensora General en la audiencia de casación:- - - -

-----

----- La doctora María Rita Custet Llambí sostiene que, en lo vinculado con la pena impuesta, su pupilo fue acusado por dos delitos en concurso y la sentencia lo absolvió de uno de ellos, por lo que, de acuerdo con el pedido de pena del Ministerio Público Fiscal, la Cámara se ha excedido y violado así el principio acusatorio. Refiere al voto del señor Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación doctor Zaffaroni en el fallo “SANDOVAL”.-----

----- Posteriormente reseña los fundamentos de la sentencia para dar sustento a la efectividad de la pena, y argumenta que no le fue advertida la posibilidad de una pena efectiva, por lo que no tuvo la oportunidad de ofrecer prueba para su derecho. También considera infundada la efectividad de la pena de prisión impuesta, e invoca los precedentes “GASOL” y “SQUILARIO” del máximo Tribunal de la Nación. Arguye que estamos ante un caso penal y no se trata de un juicio moral, por lo cual las decisiones deben ser jurisdiccionales y fundadas en derecho, con ajuste a los principios de legalidad y culpabilidad. Cita asimismo el fallo “FERRARI”

///17.- del Superior Tribunal de Justicia, en el que se hace referencia al especial cuidado respecto de las penas de corta duración cuando el imputado no tiene antecedentes y tiene conducta moral favorable, como en el caso de su defendido.-----

-----

----- Además, expresa que le asombra la posición del Ministerio Público Fiscal en cuanto a la petición de pena en el alegato y la posición actual, y postula que se debe acudir a medios menos lesivos para el imputado. Alude a las reglas de Tokio de Naciones Unidas expuestas en su escrito, atinentes a medidas no privativas de la libertad, que buscan la no-prisionización, y considera que es necesario un control de convencionalidad de las decisiones jurisdiccionales. En tal sentido, prosigue, el juzgador no puede desentenderse del fin de la pena ni de la necesidad de fundar las sentencias.-----

----- Reitera que en autos se han violado el derechos de defensa en juicio, a la no auto-incriminación (art. 8.3 CADH) y a obtener una decisión fundada (art. 200 C.Prov.), así como los principios de juez imparcial, paridad de armas, legalidad y culpabilidad, pro hómine y pro libertatis, y las Reglas de Tokio (todos ellos contenidos en el art. 18 C.Nac. y tratados internacionales), y se opone a la doctrina de la Corte Suprema. A ello añade que ese Tribunal ha violentado normas convencionales y constitucionales.- - - -

- - - - -

----- Aduce asimismo que su pupilo sufrió la pena del proceso y la condena de los medios de comunicación, y opina que el Superior Tribunal debe asumir una casación positiva, en virtud de que en el caso se ha excedido largamente el

///18.- plazo razonable del proceso, y dejar la pena de tres años en suspenso. Luego lee doctrina referida al derecho penal mínimo (Ferrajoli), a partir de la cual la Corte desarrolla el concepto de estado constitucional de derecho. Por último, solicita que se regulen sus honorarios profesionales.- - - - -

-----8.- Alegato del imputado Francisco Sánchez en la audiencia de casación:- - - - -

- - - - -

----- Invitado a hacer uso de la palabra en la audiencia de casación, el imputado Francisco Sánchez cita el fallo “SQUILARIO” y afirma que no hay resocialización pasando ocho meses encerrado en un penal. Agrega que se sintió más perseguido penalmente por los jueces que por los fiscales, dejando de lado al doctor Azpeitia. A continuación da lectura a los fundamentos dados por la doctora Milichich respecto de su personalidad moral, y afirma que ella no puede dejar de conocerlo, de lo que da razones, y alega que hay un evidente encono y parcialidad. Lee asimismo un fallo del Tribunal Supremo español relativo a las condenas por encima de lo petitionado por el Ministerio Público Fiscal.-

-----9.- Análisis del recurso de casación interpuesto a favor del imputado Francisco Rubens Sánchez:- - - - -

-----9.1.- La cuestión a resolver es la “modalidad de cumplimiento” de la pena de tres años de prisión, que el recurrente solicita sea de cumplimiento condicional.- - -

-----9.2.- Al resolver la tercera cuestión planteada (“¿Qué pronunciamiento se impone dictar?”), la Cámara en lo Criminal fundamentó: “[... En] el caso de ‘Peculado de trabajos y servicios’ (art. 261, segundo párrafo del CP)...

///19.- quedó certeramente acreditada la autoría penalmente responsable en cabeza de Francisco Rubens Sanchez. En este caso la condena deviene inevitable.- - - - -

-

----- “Paso ahora a discernir la pena a aplicar, en el marco de apreciación prescripto por los arts. 26, 27, 40 y 41 del CP vigente.- - - - -

----- “[... E]l STJ sentó doctrina legal de acatamiento obligatorio, que impone explicar en detalle los fundamentos, también en el caso de que se aplique una pena de cumplimiento efectivo. Para ello, comenzaré con el análisis del art. 26 del CP.- - - - -

-----

----- “La norma citada expresa textualmente: \En [los] casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto...\’.- -----

----- “Francisco Rubens Sánchez cuenta a favor con la carencia de antecedentes penales (fs. 1265).- -----

----- “En relación a la información de abono, la misma no abunda en detalles. Uno de los interrogados alude al citado como una persona buena y tranquila y el otro solo manifiesta

///20.- que tiene como familia y a su cargo a su esposa e hijo, sin referencia alguna a la personalidad y/o hábitos del nombrado (1156 y 1158).- -----

----- “La personalidad moral del imputado y a la cual se refiere la norma no se encuentra avalada en autos con suficiente probatorio, ya que el ser \bueno\ y \tranquilo\ desconociéndose todo otro accionar que pudiera ilustrar acerca de sus hábitos y costumbres, no resulta suficiente como para hacerse una idea cabal de aquél extremo.- -

- - -

----- “Su actitud posterior al delito, no puede considerarse que fue beneficiosa a la investigación, porque en todo momento desconoció el hecho, sin efectivizar reparación patrimonial alguna, obviamente en el uso del derecho que constitucionalmente se le reconoce pero que en el momento de considerar la sanción le juega en contra.- - - - -

- -

----- “En cuanto a los motivos que lo llevaron a delinquir, ninguna justificación atendible se allegó a la causa, por lo que es válido afirmar que el patrimonial por lo menos no fue, ya que el mismo se encargó en enumerar transacciones inmobiliarias de envergadura, adquisición de automotores de gran valor y viajes al exterior con su familia todo abonado de su propio bolsillo.- - - - -

----- “En cuanto a la naturaleza del hecho, cobra especial entidad agravante de la conducta. Ello así por que no le estaba vedado a Sánchez el ejercicio de la profesión y

poseía estudio propio, supuestamente con empleados que en todo caso podrían haberse encargado o en todo caso el mismo, de confeccionar, remitir y recepcionar a su costa las cartas poderes que gestionó. Pero obviamente el costo de tal

///21.- operación llevada a cabo de esa manera hubiera sido nada despreciable (más de mil actores) resultaba más económico utilizar los trabajos y servicios de la administración pública.- - - - -

----- “En cuanto a la magnitud del daño, si bien no pudo a lo largo del debate realizarse una estimación aproximada del mismo, el solo trabajo de Correa y Quijano y el de los estafetas calculado sobre casi un año, arrojaría un resultado altamente costoso para el Estado. No obstante al evaluar en definitiva la pena a aplicar esta imprecisión numérica va a operar en definitiva como atenuante.- - - - -

----- “Circunstancia agravante de la conducta además, es que estamos en presencia de un profesional del derecho, con una larga trayectoria como litigante en el medio, que estaba en condiciones de saber y responsabilizarse más que ningún otro en el cuidado de los dineros del Estado y por el contrario, utilizó la estructura policial distrayéndola de sus funciones específicas, para su provecho propio y el de un tercero.- - - - -  
-----

----- “Se entiende también como agravante la total desaprensión puesta de manifiesto respecto de la situación de los empleados cuya actividad aprovechaba valiéndose de su función específica pagada por el Estado, ya que no podía desconocer que podían quedar comprometidos también penalmente, o aunque mas no fuera generar la sospecha en tal sentido. Por algo el Dr. Manzo se apresura a poner en conocimiento de su superior que las empleadas Correa y Quijano no habían tenido ninguna responsabilidad. Igual apreciación cabe para los estafetas y para los litigantes en

///22.- general que remitían las cartas-poderes diariamente por la Saca porque así se había dispuesto. No olvidemos la importancia del acatamiento de una orden en una estructura tan verticalista como la policial.- - - - -

----- “En definitiva, me es imposible fundar una aplicación condicional de la pena. Más aún, todos los argumentos desarrollados en consonancia con las normas vigentes, me imponen a decidirme por el cumplimiento efectivo de la sanción y ellos obviamente pasan a ser la motivación de un cumplimiento efectivo de aquella.- - - - -

----- “Consecuentemente, estimo ajustado a derecho imponer a Francisco Rubens Sanchez la pena de tres años de prisión efectiva [...]” (fs. 3338/3340, los resaltados y subrayados corresponden al original).- - - - -

-----9.3.- Respecto del agravio referido a la violación del derecho de defensa y el principio de juez imparcial con sustento en que la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena se aparta del requerimiento fiscal, existe reiterada doctrina legal de este Cuerpo en el sentido de que “\... yerra la defensa al momento de esbozar que la sanción pedida por el Fiscal impondría el límite de pena aplicable. Así, una vez sostenida la acusación, impulso jurisdiccional que está en manos del Ministerio Público Fiscal, queda el sentenciante con las facultades propias que el código de rito ha reservado al tribunal de mérito...-----

----- “\De tal modo, el defensor particular pretende esencialmente efectuar un paralelismo entre la imparcialidad del juzgador, por un lado, y el pedido de pena realizado por el Fiscal de Cámara en su alegato, sobre la base de que, al

///23.- aplicarse al imputado una pena mayor a la pretendida por el señor Fiscal de Cámara, se habría vulnerado el sistema acusatorio y condenado «ultra petita». Cabe decir que lo sostenido por la defensa resulta improcedente, puesto que en el caso en estudio existe acusación y, por tanto, se encuentra debidamente abierta la jurisdicción de la Cámara Criminal para aplicar el derecho ajustado a los hechos comprobados, sin que se advierta motivo alguno de parcialidad que afecte lo dicho (conf. Se. 117/05 STJRNSP).-

----- “\Entonces, el ataque a la resolución del a quo resulta ineficaz en lo que hace a la pretendida limitación que impondría a la Cámara el monto de la pena solicitado por el señor Fiscal (pues no es de aplicación el art. 380 C.P.P.

-para el juicio correccional-\)” (conf. Se. 218/06, 28/10 y 52/11 STJRNSP, entre otras).-  
-----

----- En definitiva, rige la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia, que -en los juicios criminales- no limita las facultades punitivas del juzgador al monto y modalidad de cumplimiento de pena solicitados por el Ministerio Público Fiscal, y tampoco se advierte algún argumento nuevo que aconseje un cambio de tal criterio -en realidad el recurso carece de ellos.------

-----9.4.- En cuanto a que no se realizó un mínimo análisis de la peligrosidad que indique la inconveniencia de aplicar una pena condicional, observamos que el fallo argumenta como constitutivas de la peligrosidad cada una de las circunstancias negativas expuestas: i) que en ningún momento Sánchez reconoció el hecho ni efectuó reparación patrimonial alguna; ii) que tuvo un claro interés patrimonial para

///24.- delinquir; iii) que economizó los gastos de su estudio particular acudiendo a la

infraestructura de la dependencia pública en la cual se desempeñaba; iv) que por ser profesional letrado le resulta más reprochable su conducta dada su mayor comprensión de la ilegalidad de sus actos, y v) que en su caso incurrió en un mayor desentendimiento de sus deberes, puesto que la organización jerárquica policial implica un riguroso cumplimiento de las órdenes dadas por los superiores.- - - - -

----- Es decir, se analizó la peligrosidad del responsable al determinarse fundadamente sus circunstancias subjetivas en el hecho (personalidad moral, actitud posterior al delito, motivos que lo determinaron a delinquir; cf. Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, de Andrés José D'Alessio, Ed. La Ley, T° I, págs. 640 y ss.; ver fs. 3508).

-----9.5.- La defensa sostiene que la Juez de primer voto conocía acabadamente los hábitos y costumbres del imputado, por diversas circunstancias sociales que relacionaban a ambos, y achaca que aquella no podía desconocer si era un ser “bueno” y “tranquilo”.- - - - -

----- Este argumento no fue planteado con anterioridad, por lo que es imposible revisarlo y analizarlo en esta etapa procesal; tampoco surge de la causa dicha relación que implique el conocimiento de la magistrada respecto de la personalidad moral del imputado.- - - - -

----- Además, esta pauta no ha sido considerada como una circunstancia agravante para determinar la condena efectiva, por lo que mal serviría para operar como un factor de fundamentación en este último sentido.- - - - -

///25.--9.6.- Otro agravio defensorista se funda en que la sentencia carece de la debida ponderación de las pautas subjetivas y objetivas de manera conjunta conforme los elementos incorporados a la causa, impugnación que debe desecharse en concordancia con lo sostenido por el señor Fiscal General subrogante cuando dice: “Al respecto, \La pena debe adecuarse a la personalidad del autor, pero solo en la medida en que continúe reflejando la gravedad del ilícito concreto\’ (Patricia Ziffer - Código Penal de la Nación comentado y anotado - Dirección: Zaffaroni y Baigún - TII - pág. 53 y ss.). Esta autora señala que hay dos criterios decisivos para establecer la pena: el ilícito cometido y la personalidad del autor, y que este último solo torna relevantes aquellos caracteres de la persona que tengan relación con el hecho, puesto que en caso contrario se estaría analizando e indagando cuestiones personales y psicológicas ajenas y alejadas al ilícito, ingresando en un terreno positivista extremo y de marcado tinte en la peligrosidad del autor, lo que la experiencia histórica, doctrinaria y judicial desaconsejan desde tiempo atrás (derecho penal de autor).- - - - -

----- “Por ello, basta analizar la conducta previa y concomitante al ilícito del autor, para constituir un parámetro que agrave o atenúe la pena en concreto a determinar.- - - - -

----- “En cuanto a su actitud posterior al delito, la juez no está haciendo alusión a que el imputado debió confesar, sino a la ausencia de señales de conmiseración o lamento por las acciones que le fueron endilgadas en tanto resultaban

///26.- incompatibles con la función pública, y la ausencia de una mínima devolución de sumas que la misma sentencia y constancias de autos acreditan que han pasado a su cuenta personal desde la correspondiente a Zalesky, puesto que como bien se aseveró, la compra del inmueble entre los imputados es falsa e indemostrable mediante una fotocopia de un documento privado que no cumple ninguna de las formalidad requeridas para dicha transacción. Asimismo se ha acreditado en autos que el mismo imputado se jacta al ser descubierto por sus colegas, indicando que cobraría una suma importante de dinero, el y su mujer, y que tenía la jubilación asegurada.- - - - -

----- “Conforme los hechos que la sentencia tiene por acreditados, se evidencia que el móvil del imputado Sanchez ha sido principalmente patrimonial. Claramente declaran sus compañeros de trabajo, que al ser trasladado del Área Legal, este manifestó que con estas gestiones de clientelismo ya había obtenido el equivalente a tres jubilaciones, y aludiendo a que percibiría la suma de un millón seiscientos mil pesos, y su mujer otros cuatrocientos mil pesos, comentarios que aluden directamente a ganancias ilegales.- -

----- “La citada autora señala que ‘los motivos que impulsaron al autor a la comisión del hecho resultará decisiva para establecer el grado de culpabilidad’ (pág. 59). No se observa móvil alguno que obedezca a alguna especie de estado de necesidad o dificultad que se encuentre atravesando el imputado y que puedan justificar en cierto grado su proceder ilícito.- - - - -

----- “Se observa aquí la total impunidad y desprecio del  
///27.- imputado por la ilegalidad de sus actos, lo que se agravia más en función de su profesión de letrado, aumentándose el reproche por no realizar la conducta debida.- - - - -

----- “Resulta ajustada la sentencia en cuanto a que la mayor comprensión del imputado de la contrariedad de su actuar, al momento del hecho que constituye el injusto acusado, mayor le será la reprochabilidad de haberse motivado en la conducta debida, por lo que correctamente se ponderó negativamente esta circunstancia personal. En el mismo

entendimiento se apreció correctamente el alto cargo del imputado (sub comisario), y su poder y facultad de dar órdenes a los restantes empleados subordinados que trabajaban junto a él y en otras dependencias policiales (estafeta postal, personal, delegaciones del interior de la provincia, convocatoria a reuniones, etc.). Al respecto, la citada autora señala: 'la posición social, la profesión... puede implicar una mayor conciencia acerca de la ilicitud de ciertas conductas, que revelará una decisión más conciente en contra del derecho (pág. 75)'.-----

----- “En segundo lugar se agravia por la indeterminación de la cantidad de tiempo y esfuerzo que demandó a los empleados (Correa y Quijano), abrir los sobres y colocar los poderes en el armario, a lo que cabe señalar que la sentencia claramente alude que fueron muchos y demasiados (conforme las declaraciones obrantes en la causa), aún sin poder ser precisados en su cantidad exacta. Lo cierto es que Zalesky sí tenía más de mil poderes en función de estos modelos gestionados por Sánchez. Es decir que, sin perjuicio de no

///28.- determinar la cantidad con exactitud, se entiende que fueron una gran cantidad, y en este sentido Allende (director del área legal) señala entre 200 y 300 poderes, Correa (empleada subordinada de Sanchez) reconoce que realizó este trabajo durante nueve o diez meses, Di Dio (estafeta postal) declaró que una vez por semana llegaban en la Saca Policial sobres dirigidos a Zalesky y que habría ido unas diez veces a llevarle a su estudio estos sobres muy abultados. Asimismo resulta también agravante la cantidad de 'tiempo' en que este dispuso de la estructura policial distrayéndola de sus funciones específicas, y el ahorro que en gastos le representó al no haber montado dicho operativo con los empleados y recursos materiales de su propio estudio.-----

----- “Las circunstancias precedentemente señaladas permiten establecer relaciones acerca de la mayor gravedad del hecho en tanto permiten apreciar la importancia del bien jurídico lesionado, la medida de la capacidad de conducción y de libertad de decisión, como así el tiempo, lugar y modo en que procedió su accionar sin importarle en modo alguno la punibilidad del mismo, que perfectamente conocía.-----

----- “Posteriormente alude a la existencia de doble valoración de la condición de funcionario público, pero no se observa en parte alguna de la sentencia que la magistrado votante refiera a esta particular circunstancia como agravante, sino que solamente remite a la cuestión de la estructura jerárquica de la policía a efectos de dar por acreditada la obediencia debida de los empleados del área de legales y de la estafeta

postal de la Policía Provincial,

///29.- sin valorarlo como circunstancia agravante, tal como lo entiende la defensa.- - -

-----

----- “En este sentido el STJ ha señalado (Sent. 109/10):- -

----- “\Entonces, no se advierte una doble valoración tal como sostiene la defensa (de la exigencia en el tipo objetivo respecto del sujeto activo -que se trate de un funcionario público-), con el argumento de que ésta también habría sido de nuevo merituada como circunstancia en contra del imputado, sino que el tribunal indagó acerca de las condiciones o vínculos del imputado en su particular rol de interventor del organismo concedente de la licitación y las funciones de control encomendadas por la administración. No es así el hecho de que fuera funcionario la circunstancia valorada en contra (art. 41 inc. 2º C.P.), sino las específicas funciones y el importante rol para la totalidad de la maniobra, incluida la compra de Albany Trade S.A.- - -

----- “\En otras palabras, el tipo objetivo se contenta sólo con que el sujeto activo sea un funcionario público -aquél que participa accidental o permanentemente de ejercicio de funciones públicas, cf. art. 77 C.P.-, y esto es lo que se meritúa para los fines de la calificación de los hechos, lo que no incluye el especial rol del funcionario en la estructura de Lotería y su favorecimiento del ilícito, que así puede ser valorado en contra sin incurrir en una doble merituación\’.- - - - -

----- “\Finalmente, en cuanto al argumento defensivo referido a que la sentencia excede la pena de prisión requerida por el Ministerio Público Fiscal, en tanto decreta que su ejecución será efectiva, vulnerando de este modo el

///30.- principio del debido proceso legal, acudiendo a doctrina y jurisprudencia en su abono, debe señalarse que el STJ ha señalado que la determinación de la pena es una facultad del juez, que debe precisar dentro del marco de la escala mínima y máxima delimitada por el tipo penal, y que no tiene como límite máximo la pena pedida por el Fiscal.- [...] (Sent. 109/10)” (ver fs. 3512/3518).- - - - -

-----9.7.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional” (“SQUILARIO”,

de fecha 08/08/06).- - - - -

----- Sin embargo, en este caso, el a quo entendió que las pautas valoradas -supra citadas- con el fin de la prevención especial hacían imposible fundar una ejecución condicional de la pena, y que la impuesta era suficiente para aplicar un tratamiento con la intención de readaptar socialmente al penado con el consecuente desaliento a que cometa delitos.-

----- Por supuesto, como en todos los casos de imposición de pena de prisión efectiva - sin atención al quantum temporal-, es imposible asegurar que luego de purgar la privación de la libertad se resocialice al condenado (por ejemplo, el delincuente incorregible haría ineficiente todo tratamiento

///31.- de resocialización).- - - - -

----- Entonces, si bien no hay reglas objetivas de parámetros para medir el grado de resocialización de un individuo, las particularidades del caso y del condenado en cuanto marcan la diferencia con los ilícitos cometidos por la mayoría de la población carcelaria, tornan alentador el hecho de que “con un breve tratamiento resocializador” el individuo no reincidirá y será un aliciente para decir -en principio- que el sujeto habrá cambiado en beneficio propio y de la comunidad.- - - - -

----- Lo dicho concuerda con que “el objetivo del cumplimiento de la pena es la resocialización o readaptación social del penado. Este fin de prevención especial de la pena está en consonancia con lo dispuesto por la Constitución Nacional al incorporar con jerarquía constitucional los tratados sobre derechos humanos. Al respecto, el art. 5º ap. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone que ‘las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’. En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 10 ap. 3, establece que ‘el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados’ (conf. Carlos Enrique Edwards, Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad. Ley 24660. Revisado y comentado, ed. Astrea, 1997, págs. 30/31)” (Se. 39/10, 299/10, 68/11 y 251/11 STJRNSP, entre otras).- - - - -

///32.-- En similar sentido, una ex funcionaria pública fue condenada a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta por seis años como autora del delito de enriquecimiento ilícito. Se interpuso recurso de casación y se planteó la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal. La Cámara de

Casación no hizo lugar al recurso de casación deducido y declaró la constitucionalidad de la norma impugnada (CNCPenal, sala IV, “Alsogaray, María Julia”, del 09/06/05, LL 2005-F, 140, cita Online AR/JUR/3365/2005). Luego el máximo Tribunal de la Nación, con remisión al dictamen del señor Procurador General, rechazó el recurso extraordinario (causa A. 1846. XLI., el 22/12/08).-----

----- Maximiliano Hairabedián, en La fundamentación de la condena condicional y la efectiva (Sup. Penal 2010 –junio-, 26 LL 2010-C, 639), comentando el fallo “GARCÍA”, de la Corte Suprema del 04/05/10, señala que en casos como este, de primera condena a pena de prisión de tres años, se debe fundamentar la decisión alternativa en cuanto al modo de ejecución; en suspenso, conforme el imperativo legal del art. 26 del Código Penal, y efectiva “... por la obligación que jurisprudencialmente ha fijado al máxima instancia judicial nacional. Y dentro de las pautas que deberá tener en cuenta el tribunal de juicio para disponer el cumplimiento efectivo de la pena inferior, están -a contrario sensu- las que posibilitan la ejecución condicional, contenidas en el art. 26 del C.P. y que ya se citaran en este comentario”.-----

----- Se trata entonces de la personalidad moral del  
///33.- condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.-----

----- Como surge de los considerandos anteriores, que contraponen los agravios del recurso con los fundamentos de la sentencia, el juzgador ha dado efectivo tratamiento a cada una de las condiciones materiales mencionadas y desvirtuó su procedencia para facilitar la condena condicional, en un hecho en donde la reprochabilidad de la conducta es del todo evidente, toda vez que la intención del autor era completamente ajena a un intento de protección de un bien jurídico –ver Se. 159/08 STJRNSP en cuanto a la culpabilidad como posibilidad de motivación contraria-, para lo que basta anotar la declaración de Eduardo Antonio Allende -Jefe de la Asesoría Letrada de la Jefatura de Policía de Río Negro-, de donde se desprende que, ante su posible exoneración o pedido de renuncia, el imputado manifestó la poca importancia de la cuestión, “porque con lo que voy a cobrar tengo tres jubilaciones ganadas”.-----

----- Similar jactancia le escucharon Jorge Antonio Manzo (abogado de dicha Asesoría Letrada) y Norma Teresita Correa (empleada de la misma dependencia).-----

--

----- Por lo tanto, no puede sostenerse la arbitrariedad en lo resuelto, dado que se ha seguido el orden lógico del art. 26 del código de fondo y se han descartado -contrario sensu- las condiciones materiales que posibilitan la condena condicional.- - - - -

-----  
///34.-- “Tal es el límite de control por parte de este Tribunal en una temática que necesita de conceptos valorativos, imposibles de traducir -como criterio general- en magnitudes fijas expresadas en cifras (ver Ziffer, ‘Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena’, en la obra colectiva Determinación Judicial de la Pena, pág. 104)” (Se. 109/10 STJRNSP). La cierta relatividad de conceptos valorativos se advierte no solo para establecer el quantum de la pena, sino también su modalidad de ejecución.- - - - -

----- En síntesis, los argumentos defensivos no alcanzan el grado de razonabilidad o logicidad suficiente como para rebatir la motivación expresada por el sentenciante, que ha seguido el orden lógico del art. 26 del Código Penal, por lo que corresponde desechar los agravios recursivos.- - - - -

-----9.8.- Respecto de la violación del derecho de defensa ante la imposibilidad de producir prueba favorable a su parte en lo vinculado con la ejecución condicional de la pena de prisión, no puede entenderse que la ejecución efectiva decidida haya provocado el incumplimiento de tal garantía constitucional, atento a que: i) la doctrina legal que regía el caso y que fue expuesta supra y ii) la escala en abstracto para el delito de peculado de trabajos y servicios -art. 261 segundo párrafo C.P.-, que es de dos a diez años de prisión o reclusión, por lo que desde el inicio era posible su ejecución efectiva.- - - - -

-----10.- Obiter dictum:- - - - -

----- Sin bien con lo dicho se descartaron las impugnaciones de la defensa, no podemos dejar de expresar nuestra opinión

///34.- sobre el quantum punitivo impuesto a Sánchez, aunque al solo efecto declarativo en virtud de la garantía constitucional de la prohibición de reformatio in pejus.- -

----- Es que, según la motivación que resulta del mérito de las pautas referidas (actitud posterior al delito, motivos que lo llevaron a delinquir, naturaleza del hecho, magnitud del daño, rol de profesional del derecho y total desaprensión respecto de los empleados), con las serias y graves particularidades de cada una de ellas, tal como antes se describió, estas son claros indicadores del grado de culpabilidad de Sánchez que necesariamente

obligaba a imponer una pena de prisión que, apartándose del mínimo, debía discernirse cercana a la mitad de la escala punitiva fijada por el art. 261 del Código Penal.-----

---

----- En este sentido, véanse por ejemplo, los precedentes que detallamos a continuación:-----

----- Corte de Justicia de Catamarca, “RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Dra. María del Valle Romano por la Defensa de la imputada Norma del Valle Barroso en contra de la Sentencia Número Diecinueve/2009 recaída en Causa Expte. Nro. 153/99 caratulado: \Moreno, Ricardo Héctor y otros ss.as. Peculado reiterado, etc. - Capital – Catamarca\”, resuelta el 23/03/10: “el a quo condenó penalmente (Punto II) a la imputada Barroso como coautora del delito de peculado (art, 261 primera parte, 45 y 55 a contrario sensu del Código Penal) con relación a sesenta y un hechos; imponiéndole la pena de 6 años y cinco meses de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta perpetua (arts. 40, 41 y 12 del Código Penal)”-----

///36.-- Corte de Justicia de Catamarca, “RECURSO EXTRAORDINARIO deducido por el Dr. Fernando R. Ávila c/ Sentencia 12/2010 del Expte. Corte N° 65/09 - RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Dr. Fernando Ramón Ávila por la defensa del imputado Ricardo Héctor Moreno en contra de la Sentencia número diecinueve/2009 recaída en causa Expte. N° 153/99 caratulado \Moreno, Ricardo Héctor y otros ss-aa Peculado reiterado, etc. Capital-Catamarca\”, resuelta el 20/12/10: “La Cámara en lo Criminal de Primera Nominación, por sentencia N° 19/09 condenó al imputado Ricardo Héctor Moreno a sufrir la pena de 6 años y 5 meses de prisión como autor del delito de Peculado continuado”-----

----- También recordamos que, como regla general, lo atinente a la individualización de la pena es facultad de los jueces de la causa (CSJN, Fallos: 306:1669), y solo cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de defensa en juicio y a las reglas del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar exigiendo que las sentencias sean fundadas (CSJN, Fallos 311:949; 320:1463, conforme cita de Zaffaroni, en N. 130. XLIII, Se. del 08/06/10).-----

----- En la disidencia desarrollada en el fallo “ESTEVEZ”, del 08/06/10, dicho magistrado también había expuesto las siguientes consideraciones: “Es doctrina de esta Corte que la cuantificación penal es una materia reservada a los tribunales de sentencia, criterio que resulta correcto en general, con los límites que se derivan de la propia

Constitución, en dos sentidos: (a) que la individualización

///37.- penal no resulte groseramente desproporcionada con la gravedad de los hechos y de la culpabilidad, en forma tan palmaria que lesione la racionalidad exigida por el principio republicano (art. 1º Constitución Nacional) y la prohibición de penas crueles e inhumanas (art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos); y (b) que la prueba de las bases fácticas consideradas para la cuantificación no resulte arbitraria con la gravedad señalada por esta Corte en materia de revisión de hecho y prueba (Fallos: 328:3399)”.- - - - -

----- Por eso sostenemos la ausencia de correspondencia de la culpabilidad probada con el quantum de la pena de prisión impuesta a Sánchez en función de la escala penal prevista por en el Código Penal.- - - - -

----- Además, la Cámara omitió ponderar en las pautas de la naturaleza del hecho y la magnitud del daño el modo en que las particularidades del caso afectaron directamente a las instituciones públicas de la democracia y las relaciones entre estas y la sociedad en función del reconocimiento normativo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley 24759, y “el explícito mandato de criminalización establecido en la Constitución Nacional, al conminar -bajo pena de inhabilitación- la corrupción de los funcionarios que incurren en graves delitos dolosos que conlleven enriquecimiento, pues atentan contra el sistema democrático (art. 36 CN.)” (Se. 29/11 STJRNSP).- - - - -

----- El mencionado instrumento internacional, tal como expresa su texto, se funda en el convencimiento de los estados de que “... la corrupción socava la legitimidad de las

///38.- instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social” (conf. Preámbulo de dicho convenio).- - - - -

----- Establece, asimismo, que “[para] los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: [...] d. La desviación ajena

a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa”, y se agrega luego que “[e]ntre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, éstos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención” (conf. art. XI, apartados 1 y 2 respectivamente).-----

----- Por lo tanto, la persecución, el esclarecimiento y

///39.- la condena de los actos de corrupción administrativa es un objetivo que trasciende los intereses particulares y hace a la consolidación de la democracia y del sistema representativo y republicano de gobierno (conf. Se. 153/11 STJRNSP).-----

----- Entonces, tanto debe ser considerado como parte de una política de persecución criminal como de merituación en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal.-----

-----11.- Análisis del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal:-----

-----11.1.- El recurso se habilitó por la absolución de Juan José Zalesky. Este Superior Tribunal de Justicia, en la Se. 50/11 (con diferente integración), sostuvo: “4.- Análisis del recurso de casación del Fiscal de Cámara subrogante:-----

----- “a) Impugnación a la absolución del imputado Francisco Rubens Sánchez:-----

----- “En oportunidad de formular los alegatos del juicio oral (art. 369 C.P.P.), la acusación califica jurídicamente el hecho y \’... solicita para Francisco Sanchez, la aplicación de tres años de prisión en suspenso e inhabilitación absoluta y perpetua y por el mismo término la imposición de las pautas de conducta previstas en el art.27 bis, incs.1 y 8 del CP\’ (ver fs. 3309 vta.).-----

----- “A su turno, la Cámara en lo Criminal resuelve condenarlo \’a la Pena de Tres (3) Años de Prisión efectiva e Inhabilitación Absoluta y Perpetua\’ (fs. 3340 vta.).-----

----- “De tal modo, la pena de prisión que le impuso el Tribunal supera \’la mitad de la requerida\’ (art. 431 C.P.P.), con lo cual queda objetivamente demostrado que el

///40.- representante del Ministerio Público no tiene capacidad legal para impugnar la resolución cuestionada, atento al contenido de su recurso, por lo que este debe ser rechazado.-----

----- “Ello así pues, en primer lugar, el art. 431 del rito veda la posibilidad recursiva del Ministerio Fiscal cuando en la sentencia condenatoria se haya dispuesto una pena que no sea inferior a la mitad de la requerida, tal como se observa en el caso de autos. Por lo tanto, tal recurso sería viable solo en la medida en que favoreciera al imputado

-art. 408 C.P.P.-, dado que su facultad '\... es amplia, pues siempre tiene interés en la justa aplicación de la Ley, aunque su impugnación tienda a favorecer al imputado; éste puede deducirla salvo las restricciones impuestas por la Ley, cuando la resolución pueda, hipotéticamente, lesionar sus intereses a la libertad y al patrimonio...\` (Raúl W. Abalos, Código Procesal Penal de la Nación, pág. 934). En este supuesto, la jurisdicción atribuida por el recurso al Tribunal de Casación se encuentra restringida, por lo que no puede, en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus, empeorar la situación del imputado.- - - - -

----- “Dicho lo anterior, del contenido del recurso no surge cuál es el perjuicio concreto que la solución dispuesta por el a quo ocasiona a los intereses del condenado, por lo que el recurso debe ser rechazado en tanto no busca beneficiarlo (conf. Se. 03/01 STJRNSP).- - - - -

----- “\Las disposiciones generales para la interposición de recursos señalan que las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente

///41.- establecidos por la ley y el derecho a recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Luego refieren al derecho a recurrir del Ministerio Fiscal, del imputado y del querellante particular (arts. 407/410 y 431/432 C.P.P.), en cuyo marco la acusación pública no podía interponer el recurso en los términos desarrollados.- - - -

----- “\Por último, este Cuerpo ha dicho recientemente: «El art. 431 del código adjetivo establece que el `Ministerio Fiscal podrá recurrir, además de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, las sentencias absolutorias y las sentencias condenatorias cuando se haya impuesto una pena inferior a la mitad de la requerida´. [...] Se trata de una norma que limita la actividad recursiva del Ministerio Público Fiscal, y tiene fundamentos de orden práctico, en consideración a la pequeña importancia de ciertos asuntos, concepto retomado por Levene y recientemente reiterado: `Va de suyo que los límites que fijan este artículo y los siguientes están guiados por un principio de economía procesal, puesto que evitan la concesión de un recurso tan importante a casos concretos que no lo son. También se evita la dilación de los juicios y el recargo de los

tribunales de alzada. Todas razones prácticas´ (Dugo y Lugones, `Los límites del recurso de casación (Artículos 457 a 462 del Código Procesal Penal de la Nación)´, LL 1993-B, 647). [...] Aun así, dichos doctrinarios también señalan en el artículo citado las objeciones a tal criterio, con el argumento del derecho al recurso -art. 8. [2]h Pacto San José de Costa Rica-, que es particularmente verificable a partir del precedente `GIROLDI´ (CS 318:514), al eliminar toda barrera

///42.- impeditiva para que el imputado revise en una instancia superior el fallo adverso. [...] Según una línea interpretativa doctrinaria y jurisprudencial que considera al Ministerio Público como órgano y no como persona -art. 1º CADH-, se ha diferenciado el trato entre los derechos de la acusación y los del imputado, en la búsqueda de un equilibrio para el estado de derecho (ver Baéz y Subías, comentario al art. 458 C.P.P., en la obra colectiva Código Procesal Penal de la Nación, Tº III, pág. 335, con cita de fallos 167). [...] En este sentido, en tal línea interpretativa, entre otros conceptos puede mencionarse que: [...] la eliminación de los límites objetivos es sólo para el imputado pues el Estado, titular de la acción penal -dijo el alto tribunal-, puede limitar el `ius persecuendi´ en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación (ver `ARCE´, Fallos 320:2145, y `NICOLAI´, Fallos 324:1365); [...] y [...] el Ministerio Público Fiscal encuentra restricciones para recurrir una sentencia absolutoria cuando su pretensión conlleve indefectiblemente la celebración de un nuevo debate, atento al principio ne bis in ídem (Nicolás F. D'Albora, `El fallo `Kang´: ¿Hacia una visión amplia del ne bis in ídem en el ámbito recursivo?´, a propósito del fallo K. 75.XLII "Kang, Young Soo s/causa N° 5742´, resuelta el 15/V/2007) [...] Sobre esta búsqueda de equilibrio en la relación triangular primaria del enjuiciamiento, este Superior Tribunal de Justicia ha reconocido al Ministerio Público Fiscal la posibilidad amplia de recurrir ante un juez superior el fallo que le cause agravio –doble

///43.- instancia- y también la de obtener la nulidad de lo decidido y el reenvío del expediente para que continúe el trámite en aquellos supuestos en que se verifique una inobservancia de las formas esenciales del juicio (ver `SANDOVAL´, Se. 137/05, y las citas de la CSJN, Se. del 14-12-89, en ED 137, 102, sumario 3). [...] Ahora bien, en esta búsqueda de equilibrio también se sitúa el art. 431 del Código Procesal Penal, y es razonada la interpretación limitativa [...] en tanto considera suficiente para los intereses de la acusación haber obtenido más de la mitad de la pena de prisión solicitada, en el sentido de que la frase `pena inferior a la mitad de la requerida´ hace referencia a la

pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida, pues el caso -que surge de la diferencia entre lo pedido y lo obtenido, no reviste suficiente relevancia como para justificar su actuación» (Se. 149/08 STJRNSP)\ (Se. 200/08 STJRNSP)” (ver fs. 3405/3417).- - - - -

-----11.2.- Los fundamentos precedentes denotan que la acusación insuficiente selló definitivamente la suerte del Ministerio Público Fiscal en cuanto a su pretensión de responsabilidad penal de Juan José Zalesky respecto del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 C.P.) que le reprochaba en carácter de partícipe necesario.- - - - -

----- Ello es así en virtud de que la Sala A de la Cámara en lo Criminal, con voto ponente de Susana Milicich de Videla, resolvió “absolver libremente de culpa y cargo a Francisco Rubens Sánchez del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 C.P.) cuya autoría se le

///44.- había reprochado”, porque la conducta “no encuadra jurídicamente en la norma penal referenciada” (sic, fs. 3335 vta.).- - - - -

----- Entonces, estribando el fundamento de ilicitud del delito especial (art. 248 C.P.) en la desvaloración específica del comportamiento típico, si el ejecutor directo intraneus (autor, Sánchez) realizó una conducta atípica, decae, junto con la cualidad de desvalorado de su hacer, el punto de conexión para reprochar al extraneus (partícipe necesario, Zalesky).- - - - -

----- De ahí que no sea posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe (conf. Bacigalupo, citado por Donna, La autoría y la participación criminal, ed. Rubinzal Culzoni, tercera edición actualizada, pág. 105). La participación tiene carácter accesorio porque presupone tomar parte en un hecho ajeno (Donna, ob. cit., pág. 109).- - - - -

----- “Esto es del todo correcto [... analizado] desde una clasificación de los delitos cometidos como delitos de infracción de deber, en el que sólo un intraneus (sujeto investido con la calidad de funcionario) puede ser su autor -aunque no tenga el dominio del hecho-, restando para el extraneus -aunque lo tenga- la participación en el hecho de otro (ver Berruezo, Delitos de dominio y de infracción al deber, págs. 371 y ss.).- - - - -

----- “Este criterio fue adoptado por este Tribunal en la Se. 182/08, con citas de Roxin y Gimbernat Oderig, sin perjuicio de las advertencias formuladas por Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte General, pág. 742/743,

///45.- en su crítica a la postura del primero” (Se. 109/10 STJRNSP).- - - - -

- - - - -

-----12.- Nuevo obiter dictum:- - - - -

----- Al solo efecto declarativo anotamos que, por razones que achacó a errores del Ministerio Público Fiscal en la imputación por no “tener en cuenta la resolución de la Sala B de este Tribunal, que revocó parcialmente el mismo (auto de procesamiento) a través de la vía de la apelación” (fs. 3312 vta. arriba), el a quo la reformuló, reprochando a Juan Zalesky llevar “a cabo los juicios de los agentes policiales a sabiendas que Sanchez no podía hacerlo, porque estaba imposibilitado al detentar una inhabilidad por ser abogado de un organismo estatal” (fs. 3314).- - - - -

----- En consecuencia, sobre tales hechos merituó la prueba correspondiente a su acreditación y a la autoría responsable, y finalizó -en lo que refiere al mencionado Zalesky- que “quedó certeramente probado que el Dr. Juan José Zalesky conocía la incompatibilidad que le cabía a Sanchez como asesor legal del Estado Rionegrino y no obstante ello, inició y llevó adelante los juicios por las leyes 2502 y 2990, habiendo recibido gracias a la gestión de Sanchez la mayoría de las cartas poderes de los demandantes, listas para ser utilizadas, transfiriendo a la cuenta de aquél una parte de los bonos que percibiera en concepto de honorarios por los juicios realizados” (fs. 3332 vta.)- - -

----- Sobre tales hechos, el juzgador realizó la posterior actividad de su subsunción jurídica y la vinculó con el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público -art. 248 C.P.- en relación con Zalesky, como

///46.- partícipe necesario de un hecho del que Sánchez sería el autor, y -por las razones que dió- concluyó que no encuadraban en ninguna figura penal. A ello agregó que era distinto el caso de este último por el delito de peculado de trabajos y servicios -art. 261 segundo párrafo C.P.-, con una nueva aclaración respecto de Zalesky de su desvinculación por la Sala B de la misma Cámara Criminal.- -

----- Así lo dispuso en la parte resolutive, puesto que en el punto segundo lo absolvió libremente de culpa y cargo en orden al delito de “Incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del CP), por el que fuera traído a juicio en calidad de partícipe primario”.- - - - -

----- En consecuencia, como puntos importantes para este obiter dictum, anotamos: i) la expresa reformulación de la acusación por parte del juzgador en tanto limitó el facto reprochado a Zalesky, ii) la materialidad y participación que en consecuencia se tuvo

por acreditada, iii) con su correspondiente calificación jurídica, y iv) los concretos agravios del recurso de casación, tal como fueron reseñados precedentemente.- - - - -

----- De tal modo, puesto que el recurso atribuye al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios (art. 418 CPP), este Cuerpo debió circunscribir su análisis a la hipotética comisión del delito de incumplimiento de deberes en los hechos restringidos que el juzgador entendió acusados, sin ingresar a la temática de los fundamentos expuestos para justificar tal restricción.-

----- Tal es así pues -en principio- los hechos fueron

///47.- acusados en su total completitud, por lo que la Sala A se encontraba en condiciones de así tratarlos tanto en su prueba como en las participaciones responsables (en sentido genérico, abarcando autoría y participación) y en las calificaciones jurídicas correspondientes (abarcando el delito de peculado también en relación con Zalesky).- - -

----- Entonces, aun si la autorrestricción del juzgador fuera incorrecta, nada podemos avanzar en un sentido resolutivo respecto de este último, dados los términos de los agravios y puesto que la instancia de casación implica un juicio sobre el juicio ya hecho, pero no es uno nuevo.- -

----- Así, este Tribunal no podría asumir una jurisdicción positiva con fundamento en el principio iura novi curia, pues se trataría de suplir a la Sala A no solo en orden a una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva -el derecho invocado por las partes no obliga-, sino en relación con una nueva reformulación de los hechos -ampliándolos conforme la acusación originaria- y su prueba, hasta abarcar la coparticipación de Zalesky en el delito de peculado de bienes o servicios.- - - - -

----- En consecuencia, podrían resultar violentados los derechos de defensa -pues es lógico pensar que esta se atuvo en el debate a los hechos tal como fueron restringidos de modo expreso por la Sala A y a su consecuente calificación jurídica- y de la doble instancia -en tanto el tratamiento de la materialidad, su prueba y la calificación por el Superior Tribunal solo podrían ser revisados por la Corte Suprema de Justicia mediante el recurso extraordinario federal, y este no es un recurso eficaz para tales fines.-

///48.-- Desde otra perspectiva -aun si la restricción de la acusación por parte del juzgador fuera ilegal y este se hubiera encontrado en condiciones de juzgar a Juan

Zalesky por su coparticipación en el delito de peculado de trabajos o servicios-, desechada la posibilidad del ejercicio de una jurisdicción positiva, este Cuerpo tampoco podría disponer la nulidad parcial de lo actuado y el reenvío para un nuevo juicio, pues en este -aunque limitada- se verificó el cumplimiento de la etapa esencial acusación.- - -

- - - - -

----- Ante la ausencia de agravio del Ministerio Público Fiscal, la actuación de este Tribunal estaría signada por un intento de superar errores de dicha parte, lo que se opone a la postura de la Corte Suprema respecto del principio non bis in ídem, en el sentido de que el “Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso” ( “POLAK”, en Fallos 321:2826) y también voto del doctor Petracchi en dicho pronunciamiento, en tanto dice que “corresponde revocar la decisión que anuló el debate, pues ella no respondió a la inobservancia de las formas sustanciales del proceso, sino más bien, al intento del representante del Ministerio Público de corregir un error funcional propio a expensas del derecho del imputado a procurar y obtener un pronunciamiento que defina su situación”.- - - - -

-----13.- Regulación de honorarios solicitada por la señora Defensora General en la audiencia de casación:- - - - -

----- En cuanto a la regulación de honorarios solicitada por la señora Defensora General -arts. 41 Ley K 4199; 501 y 502

///49.- C.P.P., y 6, 15 y 46 de la Ley G 2212-, estimamos adecuado establecerla en el 30% de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de la instancia anterior.- - - -

----- Para ello consideramos que, si bien se trata de la discusión de un único punto vinculado con la modalidad en la ejecución de la pena de prisión, esta se argumenta tanto en el escrito de ampliación de fundamentos de fs. 3440/3464 como en la audiencia de casación prevista en los arts. 435 y 438 del rito, con un completo desarrollo de los aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos -legal, constitucional y convencional- referidos a la cuestión, todo lo que resulta del acta respectiva. Además, se trata de una temática trascendente para el imputado y se actuó conforme con el principio de celeridad procesal.- - - - -

-----14.- Conclusión:- - - - -

----- Conforme con todo lo expuesto, y luego de una revisión integral de la sentencia en crisis en los límites de los agravios y de la ley, proponemos al Acuerdo: a) rechazar el recurso de casación deducido por el señor Fiscal de Cámara subrogante y mantenido por

el señor Fiscal General subrogante en cuanto a los motivos que fueron declarados admisibles; b) rechazar el recurso de casación interpuesto por el imputado Francisco Rubens Sánchez con el patrocinio del señor Defensor Oficial y mantenido por la Defensora General en lo relativo a la modalidad de ejecución de la pena de prisión impuesta, con costas, y c) regular los honorarios de la señora Defensora General en el 30% de lo que se regule en la instancia anterior. NUESTRO VOTO.- - - El señor Juez subrogante doctor Jorge Douglas Price dijo:- - //50.-- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto precedentemente, el doctor Jorge Douglas Price no firma la presente por no encontrarse en la sede de este Tribunal en el día de la fecha,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE :

Primero: Rechazar el recurso de casación deducido por el

----- señor Fiscal de Cámara subrogante doctor Marcelo Álvarez (fs. 3348/3365) y mantenido por el señor Fiscal General subrogante doctor Ricardo Falca (3497/3519) en cuanto a los motivos por los que fue declarado admisible.- - Segundo: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el

----- imputado Francisco Rubens Sánchez, con el patrocinio del señor Defensor Oficial doctor Marcelo Chironi (3368/3392 y vta.), y mantenido por la Defensora General (fs. 3440/3464), en lo relativo a la modalidad de ejecución de la pena de prisión impuesta, con costas.- - - - - Tercero: Regular los honorarios de la señora Defensora

----- General doctora María Rita Custet Llambí en el 30% de lo que se regule a esa parte en la instancia anterior.- - Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 8

SENTENCIA: 142

FOLIOS: 1628/1677

SECRETARÍA: 2