

VIEDMA, 7 de septiembre de 2020.

Reunidos en Acuerdo los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro señores Jueces titulares Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla y Ricardo A. Apcarian, junto con los subrogantes señor Juez Adrián F. Zimmermann y señora Jueza M^a Rita Custet Llambí, según surge del acta de audiencia obrante a fs. 4200, con la presencia del señor Secretario Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados "GONZÁLEZ, Francisco Javier y otros s/Incumplimiento de los deberes de funcionario público s/Juicio s/Casación" (Expte.Nº 30067/18 STJ), elevados por la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la I^a Circunscripción Judicial con asiento de funciones en esta ciudad, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1^a ¿Es fundado el recurso?

2^a ¿Qué pronunciamiento corresponde?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión el señor Juez Sergio M. Barotto dijo:

1. Antecedentes de la causa

Mediante sentencia N° 80, de fecha 10 de agosto de 2018, la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió en los siguientes términos:

"Primero: NO HACER LUGAR al planteo de extinción de la acción penal por prescripción formulado por la defensa de Gustavo Adolfo Picchi.

Segundo: ABSOLVER a Sergio Alberto Pendas y Aníbal Fructuoso Hernández, de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al delito de peculado (art. 261, primer párrafo, del Código Penal) respecto del cual fueron acusados, sin costas (arts. 4, 498 y 499 del Código Procesal Penal).

Tercero: CONDENAR a César Alfredo Barbeito, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, con la accesoria legal del art. 12 del Código Penal y costas procesales por considerarlo autor penalmente responsable del delito de peculado (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45 y 261, primer párrafo, del Código Penal y 498 y 499 del Código Procesal Penal).

Cuarto: CONDENAR a Francisco Javier González, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta

y perpetua, con la accesoria legal del art. 12 del Código Penal y costas procesales por considerarlo autor penalmente responsable del delito de peculado (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45 y 261, primer párrafo, del Código Penal y 498 y 499 del Código Procesal Penal).

Quinto: CONDENAR a Cristina Liliana Uría, Juan Manuel Accatino, Alfredo Daniel Pega, Diego Rodolfo Larreguy, José Omar Contreras y José Eugenio Ongaro, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso e inhabilitación absoluta y perpetua, con el accesorio de las costas procesales, por considerarlos partícipes necesarios del delito de peculado (arts. 29 inc. 3°, 40, 41, 45 y 261, primer párrafo, del Código Penal y 498 y 499 del Código Procesal Penal).

Sexto: CONDENAR a Gustavo Adolfo Picchi, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de multa de doce mil quinientos pesos (\$ 12.500), que deberá ser abonada dentro del plazo de diez (10) días de haber quedado firme la presente, con accesorias legales y costas, y fijarle la inhabilitación especial de seis meses para ejercer cargos públicos por considerarlo autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (arts. 29 inc. 3°, 40, 41, 45 y 249 del Código Penal y 498 y 499 del Código Procesal Penal)" (cf. sentencia de fs. 3913/3940 vta.).

Contra lo decidido, las defensas de los condenados interpusieron cuatro recursos de casación: el profesional Juan Carlos Chirinos, en representación de Alfredo Pega y Cristina Uría; el letrado Damián Torres, por su defendido César Barbeito; los letrados Oscar Pandolfi y María Cecilia Cardella presentaron un recurso articulado por ambos en representación de Francisco Javier González, Diego Rodolfo Larreguy, Juan Manuel Accatino, Gustavo Adolfo Picchi y José Omar Contreras y, por otra parte el primero también lo hizo respecto de Alfredo Daniel Pega y Cristina Uría -como codefensor en forma conjunta con el nombrado Juan Carlos Chirinos- y respecto de César Barbeito, en forma conjunta con Damián Torres; por último, el señor Defensor Penal Pedro Vega interpuso el recurso de casación por su defendido José Eugenio Ongaro. La Cámara en lo Criminal actuante admitió tales intentos recursivos, y luego fueron declarados bien concedidos por este Cuerpo.

Se dispuso entonces que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los letrados defensores y se dio intervención a la Defensoría General

-que presentó su escrito de sostenimiento del recurso presentado en favor de Ongaro- y a la Fiscalía General.

Realizada de manera virtual la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), a través de la plataforma Zoom -en conformidad con lo establecido en la Resolución N° 138/2020 STJ Anexo II-, en ella intervinieron de modo remoto los abogados Oscar Raúl Pandolfi, María Cecilia Cardella, Juan Carlos Chirinos y Damián Torres, el señor Defensor General Ariel Alice, el señor Fiscal General Fabricio Brogna y el imputado Gustavo Adolfo Picchi; asimismo, por Presidencia se ordenó agregar las breves notas del letrado referido en primer término, todo lo cual consta en la videograbación cuyo registro obra en soporte digital (DVD), reservado en Secretaría.

De tal modo, los autos se encuentran en condiciones de ser abordados para su tratamiento definitivo.

2. Agravios de los recursos de casación

2.1. Recurso presentado a favor de Alfredo Pega y de Cristina Uría:

La defensa de los nombrados incluye, en lo sustancial, diversos agravios.

Así, en primer término, plantea la nulidad de la elevación a juicio, por considerar que la requisitoria fiscal viola lo establecido en el art. 319 del rito, tal como se planteó al inicio del debate. Aduce que el Ministerio Público Fiscal no ha precisado, entre otros datos, quién es el responsable de la liquidación de sueldos, qué norma establece que sus defendidos son responsables, cuál prohibía el pago del adicional con el mecanismo desarrollado, cuál es la calificación legal de las conductas atribuidas y en qué radica la sustracción. Afirma que tales omisiones impidieron la adecuada defensa de sus pupilos, por lo que se violaron garantías constitucionales y convencionales, y añade citas de doctrina y jurisprudencia contestes con su planteo.

Como segundo agravio invoca la incorrecta subsunción de los hechos en el tipo penal de peculado. Desarrolla conceptos generales sobre la temática y destaca que el dinero quedó en manos de los imputados, sino que fue pagado a cada uno de los funcionarios, quienes recibieron y firmaron recibos. Agrega que sus defendidos no tuvieron ninguna participación en las normas que constituyen las acciones típicas que se utilizaron para "sustraer" fondos públicos, por lo que no les cabe ninguna responsabilidad, y expresa que su participación no era necesaria para que tales fondos fueran usados según lo establecido en las leyes de presupuesto.

Señala que ambos eran Ministros (Pega de Familia y Uría de Salud) y recibían el dinero

correspondiente, primero en efectivo y luego mediante un cheque, que era destinado al pago del "Suplemento por Dedicación Exclusiva Funcional por servicios prestados por las autoridades superiores", dinero que era abonado a los funcionarios a quienes les correspondía percibirlo, los que firmaban un recibo confeccionado por el Ministerio. Añade que esta acción de ninguna manera puede considerarse integrante del delito de peculado.

De lo anterior concluye que no se pudieron probar los elementos objetivos del tipo.

De modo similar, ahora en cuanto al tipo subjetivo, refiere que no se pudo probar el dolo directo que exige el tipo penal, aspecto que -aclara- enseña la doctrina.

Como tercer punto, la defensa argumenta la incorrecta valoración de la prueba por parte del tribunal de juicio, por considerar que la aparente legalidad de la que habla la sentencia es la legalidad vigente en Río Negro. Sostiene que el "adicional" tenía fundamento presupuestario en las leyes que anualmente aprobaba la Legislatura de la Provincia y menciona normativa que estima pertinente, mencionada a su vez en el informe del Tribunal de Cuentas obrante en la causa, que cita.

Alega que el control de esos gastos fue realizado por los organismos internos (Fiscalía de Estado y Contaduría General) y por el organismo externo (Tribunal de Cuentas), a lo que agrega que las ejecuciones presupuestarias, plasmadas en las cuentas de inversión, fueron aprobadas por la Legislatura Provincial.

Señala que es falso que la informalidad de los recibos escapara al control de la administración, en tanto eran remitidos al Tribunal de Cuentas, que practicaba la auditoría del pago del adicional.

También cuestiona que mantener ocultas las remuneraciones tenga que ver con el art. 261 del Código Penal, además de que la Cámara no explicó qué se ocultó a la sociedad ni qué entiende por recibo oficial. Aduce que lo esencial es que los haberes se liquiden conforme la ley e insiste en que el adicional tiene fundamento legal. Además, prosigue, ninguna norma establece el contenido de los recibos oficiales, salvo el referido al pago de haberes, y no se ha cuestionado la autenticidad de los recibos.

Sobre el punto, afirma que el tribunal no valoró toda la prueba ni lo hizo adecuadamente.

La Defensa alega, asimismo, la arbitrariedad de la sentencia por ser contradictoria, en tanto pretende subsumir los hechos en la figura de peculado pero para fundamentarlo reconoce que no hay tal sustracción, ya que con el dinero se pagó a los funcionarios alcanzados por el Decreto 2/2004. Además, observa, según lo argumentado por el

tribunal, Pega y Uría incumplieron algunas normas para pagar el "suplemento", pero el peculado consiste en "sustraer" fondos, con lo que esa conducta no configuraría tal delito.

Por último, la parte recurrente se agravia invocando la existencia de error de prohibición, que ha sido inevitable. Señala que la culpabilidad desaparece cuando el autor ha obrado con un error sobre la antijuricidad, es decir, sobre la prohibición del hecho. Afirma que Pega y Uría no pudieron tener conciencia de la desaprobación penal de sus conductas. En este orden de ideas, repasa lo sucedido en los procesos administrativos que derivaron en el pago del suplemento y sostiene que estos jamás pudieron dudar de la legalidad del procedimiento, en tanto intervinieron la Asesoría Legal del organismo, la Fiscalía de Estado, la Contaduría General, el Tribunal de Cuentas y la Legislatura de la Provincia, esta última al aprobar la cuenta de inversión.

Critica los argumentos de la sentencia sobre este aspecto, alegando que Pega y Uría jamás ordenaron la ratificación del recibo firmado por un escribano público, además de que ello sucedió -en relación con el Ministerio de Gobierno- luego de efectuada la denuncia. En lo que respecta a la referencia a la conducta del entonces Ministro de Hacienda, la defensa alega que este percibió un mes de suplemento, además de permitir que todos sus funcionarios lo hicieran durante todo el tiempo en que se desempeñó en tal función, por lo que, si lo hubiera considerado ilegítimo, habría hecho la correspondiente denuncia. Agrega que dicho funcionario propuso y refrendó la creación del suplemento en cuestión.

Afirma que los indicios referidos en la sentencia no reúnen los requisitos establecidos en la doctrina legal de este Cuerpo, que indica que deben ser unívocos y concordantes.

Finalmente, efectúa la reserva de deducir el recurso extraordinario federal y de acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y luego solicita que se case la sentencia recurrida y se resuelva el fondo del asunto, disponiendo la absolución de sus defendidos.

2.2. Recurso presentado a favor de César Barbeito:

Previo a ingresar en el análisis de los agravios, la defensa de Barbeito señala, como cuestión preliminar, que "debe quedar claro que los jueces de Cámara han manifestado en su sentencia que se ha acreditado el pago del adicional, es decir que el dinero no ha sido sustraído, ni se lo han quedado los imputados, ni no se sabe dónde está". Entiende así que lo que se discute es el procedimiento del adicional, no la falta del dinero.

Menciona además, como omisión grave de la sentencia, que no se haya expresado en su

parte resolutive si se condena -sobre todo en el caso de Barbeito y González- por el hecho primero o por el segundo, o por ambos.

Como primer agravio refiere la violación de garantías constitucionales, en tanto entiende que el requerimiento de elevación a juicio tuvo vicios formales que lo tornaban inválido, por lo que debe declararse la nulidad. En tal sentido, critica que se ponga en tela de juicio que efectivamente se realizaran los pagos de adicionales, así como también su modalidad, lo que estima contradictorio.

Añade que constituye una grave afectación al principio de congruencia que se haya mutado la acusación en el juicio al constatarse el pago, ya que antes se quiso demostrar que al dinero se lo quedaban los ministros para sí.

Plantea que tampoco se indicó norma alguna que prohibiera el pago del adicional con el mecanismo que se desarrolló, y que se han confundido las resoluciones de pago con su efectivo cobro.

Afirma que los montos que recibía cada funcionario no fueron materia de acusación y que tampoco se incluyó la calificación legal, temática que considera que no ha quedado subsanada con el pedido al Fiscal para que informara sobre ello en el debate. Seguidamente critica lo resuelto por el tribunal en relación con el planteo de nulidad articulado.

Como segundo agravio esgrime la arbitrariedad de la sentencia y destaca la ausencia de motivación y la omisión de efectuar una explicación circunstanciada y detallada de la acreditación de la materialidad de los hechos. Alega que el tribunal no ha dado cuenta de la prueba con la que llegó a tal convicción, lo que priva a la defensa y los imputados de conocer el razonamiento desplegado como para poder efectuar una crítica en concreto. En particular, indica deficiencias en cuanto a la motivación, entre otras cosas, del mecanismo de pago, la modificación de la esfera de control de la administración, la equiparación entre adicional y remuneración, el modo en que se mantuvo "solapado" el cobro, el quiebre del principio de confianza, el circuito administrativo correspondiente y la etapa en que intervenía cada imputado. También desarrolla consideraciones en relación con los tres hechos contemplados en la acusación, el último de los cuales alude a la conducta del contador Picchi.

Agrega que la falta de motivación también alcanza a lo que atañe al grado de participación penalmente responsable, tanto de autores como de partícipes.

Cuestiona asimismo la valoración de los elementos probatorios, tales como el Decreto 2/2004, los testimonios relativos al cobro del adicional y la división de tareas en el

circuito administrativo de circulación de expedientes, temática que vincula con el dominio del hecho de los imputados, en tanto los ministros solo intervenían en la confección del cheque. Agrega que tampoco se ponderaron dos expedientes administrativos, que cita, ni las obligaciones legales de la Fiscalía de Estado y la Contaduría General, aspecto que se liga a la condena dispuesta en juicio abreviado al entonces titular de aquella primera dependencia, Alberto Carosio.

También estima que hubo una errónea aplicación de la ley sustantiva al encuadrar los hechos en las previsiones del art. 261 del Código Penal. Sobre este agravio, expresa que el tribunal sentenciante no se ha fijado en la legalidad intrínseca de los suplementos y, en cambio, ha considerado disvalioso el procedimiento de pago utilizado, cuya eventual anomalía no se ajusta al verbo y los objetos característicos del delito de peculado. Así, a criterio de la defensa, se confunde el peculado de caudales con la evasión fiscal, al creer erróneamente que el pago de una parte del salario "en negro" cumple el tipo objetivo de la norma citada. Manifiesta que se ha dictado una condena por directa analogía y errónea aplicación de la ley sustantiva, conducta que vulnera la garantía de legalidad penal.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo penal, argumenta que los datos considerados en el fallo están desconectados del hecho que configura el tipo del art. 261 referido, e invoca la infracción al principio de culpabilidad individual.

Por último, en subsidio, critica la pena impuesta a su defendido y considera que debe analizarse si resulta lógica y proporcional la prisión efectiva en este caso, a la vez que advierte ausencia de motivación al establecer su cuantía.

En relación con este planteo, cuestiona la valoración de las circunstancias positivas y negativas y señala la ausencia de un análisis integral de los arts. 40 y 41 del Código Penal, así como también la aplicación parcial de doctrina obligatoria de este Superior Tribunal de Justicia; en tal sentido, dice que el cargo que revestía su pupilo era un elemento objetivo del delito endilgado y cita al respecto el mismo precedente referido en la sentencia (STJRNS2 Se. 94/14 "Brione"). Además, califica de errónea la referencia al mayor dominio del hecho, temática que entiende relacionada con la participación criminal y no con el grado de culpabilidad.

En cuanto a la modalidad mantenida en el tiempo, la defensa advierte que se trata de un parámetro no contemplado en los artículos referidos, y agrega que la calidad de docente del señor Barbeito no le ha permitido tener mayores conocimientos sobre la normativa aplicable.

Entre otros aspectos positivos, prosigue, el juzgador también ha omitido valorar la ausencia de peligrosidad, los vínculos personales y la edad, ni ha fundamentado la necesidad de una pena de prisión efectiva, conforme el precedente "Brione", ya mencionado.

Alude a la inhabilitación perpetua impuesta y aduce que la pena de prisión efectiva no es una solución para la resocialización de su defendido, sino que podría haberse determinado una pena de menos de tres años con pautas de conducta, que entienda más proporcional al hecho imputado.

La defensa refiere jurisprudencia y doctrina en sustento de su presentación recursiva y efectúa reserva del caso federal y de ocurrir, por la vía que corresponda, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego, por todo lo expuesto, solicita que se case la sentencia, se la anule y se reenvíe la causa para un nuevo pronunciamiento, o bien se la case positivamente y se absuelva al imputado; subsidiariamente pide que se modifique en concreto la pena impuesta a Barbeito a menos de tres años de prisión en suspenso.

2.3. Recurso presentado en favor de Francisco Javier González, Diego Rodolfo Larreguy, Juan Manuel Accatino, Gustavo Adolfo Picchi y José Omar Contreras, así como también respecto de Alfredo Daniel Pega, Cristina Uría y César Barbeito:

Los letrados a cargo de tales defensas plantean inicialmente que no se ha tratado en forma autónoma una cuestión previa que habían articulado, respecto de la imposible calificación jurídica como copartícipes primarios del delito de peculado.

Alegan que si el Decreto 2/2004 hubiera sido ilegal (lo que niegan, en función de la Ley 2397) los autores del delito habrían sido el ex gobernador Saiz y el ministro Verani, que lo refrendó, y eventualmente podrían haber sido copartícipes secundarios los señores Barbeito y González, pero los demás ministros o jefes de reparticiones jamás podrían haber sido copartícipes secundarios, pues su aporte fue posterior a la supuesta consumación del hecho. Advierten que esta temática no fue resuelta ni en la audiencia preliminar ni en la sentencia y critican lo decidido en cuanto a la participación primaria contenida en el reproche.

Se refieren luego al cumplimiento de los requisitos del recurso y seguidamente cuestionan el fallo de Cámara en cuanto estimó que las falencias formales del requerimiento de elevación a juicio carecían de entidad suficiente como para afectar el debido proceso y la defensa en juicio, puesto que tendrían algún grado de imprecisión que no sería determinante. Sobre este punto, los letrados aluden a las explicaciones del

representante del Ministerio Público Fiscal y destacan su silencio, pese a que el planteo había sido ya articulado en la apelación del auto de procesamiento dictado en el año 2013, que fue confirmado.

Asimismo, impugnan el contenido de las actas, porque no constan en ellas los dichos de los testigos, lo que ha privado a la defensa de acreditarlos, y añaden que los únicos que podrían incluir el texto de las declaraciones son los magistrados que integran el tribunal. Por otra parte, estiman errónea la calificación de los hechos en el delito de peculado, dado que esa figura penal exige un daño material, además de dolo directo, y alegan que, en tanto la sentencia reconoce que no hubo daño a la propiedad de la Administración Pública, no puede existir delito consumado de peculado.

Niegan que se haya acreditado la "sustracción" a la que hace referencia el verbo típico, para lo que aluden a la publicidad del adicional y el conocimiento de todos los poderes del estado provincial; citan además a diversos doctrinarios respecto de la exigencia de dolo directo.

Tampoco comparten la caracterización del adicional como parte del salario, según lo expresado en la sentencia, y expresan que es falso el carácter general invocado, en alusión a la proporción de quienes lo percibían en relación con el total de empleados del Poder Ejecutivo.

En lo que hace a la confección del recibo salarial, mencionan además que los funcionarios políticos no se encuentran alcanzados por la Ley de Contrato de Trabajo que rige el punto (art. 139), y citan jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos "Abalerón" y "Beprez Rojas"), que entienden aplicable al caso.

Insisten en la legalidad del adicional, por entender que "está perfectamente creado, ejecutado y controlado", y señalan que lo que debió investigarse es la arbitrariedad y que, aun si se considerara que la facultad ejercida era contraria al principio de razonabilidad, ello autorizaría a declarar la inconstitucionalidad de la norma y, por ende, a no aplicarla en el futuro. Repasan la normativa y los órganos implicados en la tramitación del adicional, incluyendo los controles internos y externos.

Discuten los argumentos de la sentencia, y el hecho de que no se haya dejado constancia en las actas de determinados dichos de los testigos escuchados en el debate, luego de lo cual retoman el planteo sobre la prescripción de la acción en relación con el imputado Gustavo Adolfo Picchi, quien fue condenado por incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249 CP). También critican el rechazo de tal petición, que el juzgador fundó diciendo que, respecto de la citación a juicio, "por la hibridez del

procedimiento adoptado a la luz de lo establecido mediante la Acordada 2/2016 STJ, se puede considerar que tal acto termina perfeccionándose recién al momento de llevarse a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba". Respondiendo este tema, los defensores analizan la normativa aplicable y señalan que las provincias no legislan sobre extinción de la acción, pues es una facultad delegada a la Nación y, como tal, regulada en el Código Penal; concluyen además que la referida "hibridez" no tiene asidero.

Hacen referencia a la calificación que se le atribuye al nombrado, aludiendo a la aprobación completa que tenía el expediente, con los dictámenes respectivos de todas las asesorías letradas, previo a cada pago. Reseñan a continuación las fechas relevantes del trámite y afirman que la prescripción ha operado a su respecto, por lo que corresponde su sobreseimiento, y así lo peticionan.

Descartan asimismo que sea aplicable al caso la causal de suspensión del plazo de prescripción relacionada con el desempeño de cargos públicos, porque el empleo del señor Picchi (como agente de planta permanente de la Agencia de Recaudación Tributaria -Ex Dirección General de Rentas-), además de sus afecciones de salud, no le permitirían conservar alguna clase de inserción política.

En cuanto al art. 249 del Código Penal, recuerdan que doctrina y jurisprudencia son unánimes en cuanto a la exigencia de dolo directo, por lo que no sería suficiente el dolo eventual que la sentencia admite con cita de una sentencia de este Cuerpo (STJRNS2 Se. 35/04 "Responsable Fondo Permanente").

Más adelante los presentantes cuestionan la participación endilgada a los imputados. Así, refieren la normativa vinculada con el adicional y dicen que quien lo creó fue el ex Gobernador de la provincia, al firmar el Decreto 2/2004 en reunión de Gabinete, refrendado por el entonces Ministro de Hacienda contador Verani, que creó la partida presupuestaria, mientras que las Resoluciones 61/04, 56/05 y 144/11 fueron "decisiones administrativas, interpretativas o modificadoras del esquema burocrático de tramitar las extracciones de fondo mensuales con un sistema que implicaba un control mensual de todo el circuito" para cumplir con aquel decreto.

A ello suman que a los ex ministros imputados se les atribuye una coparticipación primaria en un delito que a su entender ya estaba consumado.

Efectúan reserva del caso federal y de acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, por su intermedio, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, solicitan que se case la sentencia recurrida, se anule y se absuelva de culpa y cargo a sus defendidos. En subsidio, piden que se anule lo decidido y se disponga la

realización de un nuevo juicio.

Con posterioridad a la interposición del recurso, la letrada María Cecilia Cardella presenta un escrito en el que amplía los fundamentos en relación con los imputados González y Picchi (fs. 4053/4058 vta.).

En esta presentación, la profesional reseña las declaraciones de ambos brindadas en el juicio, en tanto considera que no fueron oídas por los jueces, y menciona la petición de que se incorporen "los registros de imagen y sonido de las audiencias, que son equiparables a las actas de cada día de audiencia".

Reitera consideraciones en torno al trámite del adicional, critica la sentencia por considerarla dogmática en lo que respecta a la acreditación de la conducta atribuida al señor Picchi y dice que el Ministerio Público Fiscal no contrastó la prueba con su testimonio.

Entre otros aspectos, hace referencia a la normativa implicada y dice que el procedimiento relatado se llevaba a cabo antes de que Picchi asumiera como Contador General, a la vez que aclara que la Contaduría General no tiene como función la de realizar pagos. Por lo expuesto, concluye que la sentencia no explica las circunstancias de modo, lo que resulta esencial para la tipificación del delito.

2.4. Agravios del recurso deducido a favor de José Eugenio Ongaro

El señor Defensor Penal Pedro Vega, en representación del nombrado, alega la existencia de un error de juzgamiento con respecto a su pupilo, porque se ha valorado erróneamente la prueba producida y se han violentado así la garantía del debido proceso y la defensa en juicio.

En primer lugar cuestiona el requerimiento de elevación a juicio, pues incumpliría lo reglado en el art. 319 del Código Procesal Penal, por lo que plantea su nulidad. Añade que el Ministerio Público Fiscal no detalló los hechos concretos ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido las conductas reprochadas, las que constituyen omisiones de suma gravedad.

Como segundo agravio entiende errado el encuadramiento de los hechos reprochados en la figura del art. 261 del Código Penal. En relación con su defendido, sostiene que no pudo tener ningún tipo de participación en la imputación por la que fue llevado a juicio, dado que no intervino en el dictado de la normativa referida al adicional.

Aduce que su función como Tesorero de la Provincia era verificar que la orden de pago tuviera los requisitos formales para que fuera posible ejecutarla, y verificar que se dispusiera de fondos para ello.

Alude además a la exigencia de dolo directo del tipo legal atribuido, lo que no se acreditó.

En su tercer agravio plantea que el tribunal omitió dar debido fundamento acerca de la acreditación de materialidad fáctica, en la medida en que nada dijo para sustentar su conclusión de que se trataría de una "aparente legalidad". Describe el trámite y los controles que se efectuaban en relación con el pago del adicional y menciona la publicación de las normas y el registro de los movimientos, por lo que entiende que nada oculto había en tal tramitación.

Concluye afirmando que debe resolverse la absolución de su defendido, en razón de que no se acreditó, más allá de toda duda razonable (art. 4 CPP) el dolo de la figura penal que se le endilga, lo que así solicita. Asimismo, efectúa la reserva del caso federal y expresa su adhesión a los recursos de casación deducidos por los letrados Juan Carlos Chirinos y Damián Torres.

3. Sosténimiento de la Defensoría General respecto del recurso presentado en favor de Ongaro

El señor Defensor General sostiene el recurso de casación presentado por la Defensa Oficial respecto del imputado Ongaro, por considerar que le asiste razón en todas sus partes.

Sin perjuicio de remitir a cada uno de los agravios y de la oportuna exposición que desarrollaría al momento de la audiencia de casación, destaca que en la presente causa no se ha reunido un estándar probatorio mínimo suficiente para alcanzar el grado de certeza condenatoria.

Afirma que la prueba producida no ha logrado demostrar la culpabilidad de este imputado, por lo que invoca el principio de inocencia y señala que corresponde dictar legalmente su absolución, con cita de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Agrega que el haber tenido por acreditado un tipo penal doloso sin que existan pruebas objetivas que den cuenta del elemento subjetivo requerido convierte a la sentencia en un acto jurisdiccional carente de fundamentación razonada y legal. En sustento de su afirmación, cita normativa constitucional provincial y doctrina legal de este Cuerpo que entiende aplicables al caso.

Por último, refiere que se han conculcado las garantías de debido proceso y de defensa en juicio consagradas en la Constitucional Nacional y el Pacto de San José de Costa Rica al calificar de simples falencias formales los vicios fundamentales del

requerimiento de elevación a juicio, lo que ocasionó una situación de imprecisión e indefensión.

En consecuencia, solicita que se haga lugar al recurso y oportunamente se deje sin efecto la sentencia impugnada y se absuelva a José Eugenio Ongaro.

4. Hechos reprochados

Según se consigna en la sentencia, los hechos atribuidos a los imputados, conforme surge de la requisitoria de elevación a juicio obrante a fs. 3119/3139 y su ampliación de fs. 3162/3179 (sin detalles de cheques) son los siguientes: "HECHO PRIMERO: En la ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro, durante los ejercicios presupuestarios correspondientes a los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 merced a la creación por Decreto 2/04 de la partida presupuestaria 394 destinada a 'Gastos de función jurisdiccional sin discriminar- Suplemento personal por dedicación exclusiva funcional por servicios prestados por autoridades superiores del Poder Ejecutivo Provincial', en el ámbito del otrora Ministerio de Coordinación, luego denominado Secretaría General de la Gobernación, en que se desempeñara inicialmente como su titular Don César Alfredo Barbeito y luego Don Francisco Javier González, y a partir del dictado de la Res. 61/04 del ex-Ministerio de Coordinación, de César Alfredo Barbeito, se habrían abonado por tal concepto: año 2004: \$ 2.437.800; año 2005: \$ 2.297.200; año 2006: \$ 2.513.100; año 2007: \$ 2.693.350; año 2008: \$4.027.570; y año 2009: \$ 4.806.690; según constancias de la ejecución por objeto del gasto que confecciona la Contaduría General de la Provincia.- Así, con invocación del Decreto 2/04 y la Resolución 61/04, y con el presunto destino de pago de suplementos a las Autoridades Superiores del Poder Ejecutivo por dedicación exclusiva en los períodos referenciados (sin incluir dicho suplemento en la liquidación de sus respectivas remuneraciones), se ejecutó e hizo efectivo el gasto público mediante una modalidad no autorizada para el pago de haberes, en cuanto se libraron cheques a la orden del Ministro Coordinador, o Secretario General de la Gobernación, según la época, o de funcionarios de esa área, para ser cobrados en ventanilla bancaria, sustrayendo los fondos de la esfera de control de la Administración.- De ese modo, soslayando la inclusión del suplemento en la pertinente liquidación de sueldos de los beneficiarios y su bancarización a través del depósito en la cuenta sueldo habilitada por la Administración Central a esos efectos, se habría evitado el control de la ejecución de las sumas del presupuesto general de recursos y gastos del Poder Ejecutivo, destinadas a gastos de personal (masa salarial), con la consiguiente separación de esos fondos públicos de la esfera de control de la Administración de la

que se habrían sustraído dichas sumas ?arbitraria, solapadamente y con apariencia de legalidad- generando una remuneración no declarada.- Del detalle de la documental involucrada, agregada al expediente N° 20113-SCA-2004, caratulado: 'S/ IMPLEMENTACION SISTEMA DE JERARQUIZACION AUTORIDAD SUPERIOR DEL PODER EJECUTIVO PCIAL. CON ANEXOS' (iniciado en el ministerio de Coordinación, luego devenido en Secretaría General de la Gobernación), y a éstos autos, corresponde realizar una distinción, según la persona que habría efectivizado el cobro de los cartulares a los que se hace referencia. Tal como se demuestra en el detalle que sigue, los referidos cheques fueron cobrados por CÉSAR ALFREDO BARBEITO, FRANCISCO GONZALEZ, SERGIO PENDAS y ANIBAL FRUCTUOSO HERNANDEZ, según el siguiente detalle: [?].

"HECHO SEGUNDO: En la ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro, durante el ejercicio presupuestario 2010 (período 1/1/10 al 31/12/10) y merced al dictado de Resoluciones de la Secretaría General de la Gobernación rubricadas por su titular Francisco Javier González, invocando las facultades que emergen de la ley 4002 (art.22) y del decreto n° 1737/98 (art.33) reglamentario de la ley H-3186 de Administración Financiera, y los Decretos 2/04 y 1091/09; se habría procedido indebidamente al pago de las sumas de dinero que se detallarán más adelante, en concepto de suplementos en dinero a las Autoridades Superiores del Poder Ejecutivo Provincial junto a otros organismos, con afectación de la partida rubrada 159 ('otras asignaciones al personal' denominada según Dec.1091/09) del Programa 01 (Poder Ejecutivo), los que conforme la descripción dada en las Resoluciones responden al pago de 'dedicación exclusiva funcional para autoridades superiores del P. E. P.'; comprometiendo y devengando dichas sumas de los créditos de la Entidad 15 (Secretaría Gral. de la Gobernación) y ordenando se abonen por Tesorería General de la Provincia a los siguientes beneficiarios, a saber: Don César Alfredo Barbeito, Don Alfredo Pega, Esc. Diego R. Larreguy, Ing. Juan Manuel Accatino, Dra. Cristina Uria, Lic. Omar Contreras, Don Francisco J. González, Pablo Federico Verani y José Ongaro, mediante el libramiento de cheques a su orden.- Dichos suplementos fueron determinados en Resoluciones mensuales de la Secretaría General de la Gobernación, en las que se consignaba la suma a percibir por cada uno de los beneficiarios y respondían a la tramitación del expediente N° 50036-DA-2010 de esa órbita, imprimiéndosele desde la Tesorería General de la Provincia un trámite que no se corresponde con el de liquidación y pago de remuneraciones, dado que -no obstante afectarse, comprometerse y devengarse una

partida correspondiente a gastos de personal- se procedía a librar cheques a la orden del beneficiario (Ministros de Poder Ejecutivo, Secretario General de Gobierno y Tesorero General de la Provincia de Río Negro) siendo cobrados por ventanilla y retirados en efectivo por cada uno de los beneficiarios de figuración en las mentadas Resoluciones y en los propios cartulares; metodología de cancelación aplicable al pago de viáticos o de proveedores, pero no a los correspondientes a remuneraciones y/o salarios de los Funcionarios y agentes del sector público. - Mediante dicho mecanismo de libramiento de cheques, soslayando incluir el suplemento en la pertinente liquidación de sueldos de los beneficiarios y su bancarización a través del depósito en la cuenta sueldo habilitada por la Administración Central a esos efectos, se habría evitado el control de la ejecución de las sumas del presupuesto general de recursos y gastos del Poder Ejecutivo destinadas a gastos de personal, con la consiguiente separación de esos fondos públicos de la esfera de control de la Administración de la que se habrían sustraído dichas sumas ?arbitraria, solapadamente y con apariencia de legalidad- generando una remuneración no declarada.- Así las cosas, los pagos se habrían materializado según las siguientes resoluciones (agregadas al Expediente N° 50036-DA-2010 caratulado: 'S/ MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE JERARQUIZACIÓN DE AUTORIDADES SUPERIORES DEL PODER EJECUTIVO PROVINCIAL'), y conforme a los siguientes cheques: [?].

"HECHO TERCERO: En la ciudad de Viedma, Provincia de Río Negro, durante los ejercicios presupuestarios de los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y hasta febrero de 2011 las autoridades encargadas de la Contaduría General, sucesivamente el Contador Daniel Rodolfo Bossero (en el período comprendido entre el 30 de diciembre de 2003 y el 31 de julio de 2006-decreto N° 758/2006 - Aceptando renuncia al Cr. Bossero) y el Contador Gustavo Adolfo Picchi (en el período comprendido entre el 31 de julio de 2006 al 04 de febrero de 2011 - Decreto N° 762/2006 - Designando en el cargo al Cr. Picchi y Decreto N° 2076/11 de fecha 07/12/11 aceptando la renuncia al Cr. Picchi a partir del 09/12/11), máximos responsables del órgano de control interno del sistema estatuido por la ley de Administración Financiera (H-3186, arts. 71, 72 inc.i, 78, 80, 84) y su Decreto Reglamentario (Dec.1737/98, arts. 30, inc.b 1, 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 2 y 3) así como el decreto 1062/98 (art. 59, j-5 en cuanto regula el procedimiento de acreditación automática de haberes en cuenta bancaria como obligatorio para la Tesorería General), quienes habrían dejado de cumplir con las obligaciones que a su cargo imponen dichas leyes, las que les correspondía acatar de oficio y en orden a la

propia función; respecto de los actos administrativos que dieran lugar a la disposición de fondos públicos aludidos en los hechos primero y segundo, no objetando la ejecución de dicho gasto, y omitiendo todo acto funcional de observación del trámite y control interno".

5. Análisis y solución del caso:

5.1. Por resultar una cuestión de orden público, corresponde abordar en primer término el tratamiento del planteo de prescripción de la acción penal efectuado a favor del señor Gustavo Adolfo Picchi, quien fue titular de la Contaduría General de la Provincia al momento de los hechos investigados (concretamente, durante el período comprendido entre el 31/07/2006 y el 04/02/2011).

Su defensa ha argumentado que la acción penal se encontraría prescripta en relación con el hecho tercero que se le atribuye al nombrado, teniendo en consideración el tipo penal endilgado (incumplimiento de los deberes de funcionario público, cf. art. 249 CP).

Analizadas las constancias de la causa surge que, contrariamente a lo afirmado en su sentencia, la Cámara en lo Criminal debió resolver que la acción penal, efectivamente, se encontraba prescripta, en virtud de que al momento de iniciarse el juicio (19/06/2018), y con mayor razón al tiempo de dictarse la sentencia impugnada (10/08/2018), ya había transcurrido el plazo legal de dos años a partir de la fecha de la citación a juicio (08/06/2016, según fs. 3421), acto que fue el último inmediato anterior con efecto interruptivo del plazo de prescripción (cf. art. 67 inc. d, en función de los arts. 62 inc. 5 y 249, todos del CP).

Correspondía entonces que el juzgador declarara la prescripción de la acción penal vinculada con el delito referido por el que ha sido investigado el señor Picchi; sin embargo ello no sucedió, en tanto aquel decidió rechazar tal alternativa, apartándose así de lo establecido en el texto de la ley penal de aplicación.

Antes de hacer referencia a lo argumentado por el tribunal como fundamento de tal postura, cabe aclarar que esta no se basó en que el plazo de dos años no hubiera transcurrido por encontrarse suspendido, en los términos del art. 67 segundo párrafo del Código Penal, en razón de la influencia que Picchi pudiera haber tenido en el ejercicio de un cargo posterior, luego de haber cesado en el que revistaba al momento de los hechos. Más allá de que su defensa, al solicitar la prescripción, se ocupó de alegar la inaplicabilidad de ese supuesto de suspensión, a todo evento y en tanto la Cámara en lo Criminal nada dijo sobre el particular, corresponde señalar que de ningún modo ha sido acreditada tal circunstancia.

La lectura del tratamiento de la cuestión permite advertir que, para explicar su postura contraria a la prescripción de la acción, el tribunal de juicio realizó una construcción argumental que se aparta de los supuestos legales que afectan el curso de la prescripción establecidos en la ley penal, asignándole así al inc. d) del mencionado art. 67 un alcance que no tiene.

En efecto, la Cámara entendió que "es necesario meritar la existencia de alguna causal legítima de suspensión y/o interrupción del curso de la prescripción. En tal sentido, se advierte que el inc. d) del sexto párrafo del art. 67 del Código Penal (incorporado por la reforma introducida por la Ley 25990) prevé, entre los actos interruptivos, 'el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente', en tanto tiene como consecuencia procesal la convocatoria a las partes, la posibilidad de que examinen las constancias obrantes en el expediente, la oportunidad de ofrecer las pruebas que estimen pertinentes e interponer las recusaciones que pudieran corresponder, a la luz de lo que expresamente establecen los arts. 323 y 329 del código ritual.

"En la presente causa, en fecha 8 de junio de 2016, el Presidente de la Cámara doctor Ariel Gallinger dictó el auto de citación a juicio, lo que se notificó al imputado Gustavo Adolfo Picchi en fecha 24/10/2016 (fs. 3439).

"Por ello, si tomáramos como inicio del cómputo de la prescripción tal fecha de notificación, y en función de lo establecido en el art. 67 in fine del Código Penal, que establece que los plazos corren 'separadamente' para cada delito y/o para cada imputado, se podría concluir que la persecución del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público enrostrado al señor Picchi se encuentra plenamente vigente y no ha operado a su respecto el instituto de la prescripción.

"Sin perjuicio de ello, también podemos hacer algunas consideraciones acerca de las particularidades de la presente causa: luego del auto referido en el párrafo anterior y de realizado un primer ofrecimiento de prueba en audiencia celebrada para tal fin el 15/11/2016 (cf. Acordada 2/2016 STJ), que finalmente quedó sin proveer (ver fs. 3466/3468 vta.), el imputado Alberto Domingo Carosio acordó un juicio abreviado (ver fs. 3470/3473), por lo que los integrantes del tribunal interviniente (doctores Gallinger, Ignazi y Filipuzzi de Vázquez) se inhibieron de intervenir en lo sucesivo, apartamiento que les fue aceptado el 19/09/2017 y se notificó a la defensa del imputado Picchi el 25/09/2017 (fs. 3537).

"Recién luego de la incidencia relatada fue posible retomar el trámite relativo a la prueba oportunamente ofrecida, para lo cual el tribunal con su actual conformación

convocó a las partes a audiencia, con el fin de realizar un control preliminar y un ajuste de la voluminosa prueba testimonial propuesta, acto que se celebró entre los días 21/03/2018, 16/04/2018 y 23/04/2018. Las medidas probatorias fueron finalmente proveídas el 26/04/2018 (fs. 3605/3607) y el 16/05/2018 se fijó fecha de debate oral y público (3638/3639 vta.).

"Si bien tradicionalmente se ha tomado la citación a juicio como fecha a partir de la cual comienza a contarse el plazo para la prescripción, lo cierto es que, por la hibridez del procedimiento adoptado a la luz de lo establecido mediante la Acordada 2/2016 STJ, se puede considerar que tal acto termina perfeccionándose recién al momento de llevarse a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba, lo que en este caso sucedió el 15/11/2016. Por lo demás, también debe advertirse que esa audiencia no fue celebrada por el tribunal con su actual integración, sino por quienes fueron apartados en razón del trámite de juicio abreviado del imputado Carosio, de modo que la diligencia se completó con posterioridad.

"Por lo expuesto, ni siquiera tomando aquella fecha podría considerarse prescripta la acción, mucho menos tomando otra ulterior".

La extensión de la cita precedente se justifica en tanto permite apreciar de qué manera se aplicó una causal interruptiva del curso de la prescripción que el legislador nacional no previó.

En una causa donde también se había interpretado otra causal de prescripción de la acción penal en forma contraria al texto legal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado que "la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas en la causa (Fallos: 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, entre otros), al otorgarle al inciso e del art. 67 del Código Penal un alcance que excede el límite de la interpretación posible de ese texto legal, lo cual la torna irrazonable en términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (cfr. lo señalado, *mutatis mutandis* por esta Corte Suprema en Fallos: 337:354, considerando 9º), e impacta directamente en la observancia del principio de estricta legalidad en materia penal (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

"(...) Que, en lo atinente a la interpretación de las leyes, este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, que ellas deben entenderse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y de la manera que mejor se compadezcan con los principios y garantías constitucionales en tanto con ellos no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige

el caso (Fallos: 342:667 y sus citas); que es propio de la interpretación indagar el verdadero sentido y alcance de las leyes mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto teniendo en cuenta su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 307:146).

"Se afirmó que en esa tarea no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Asimismo, debe recordarse que la observancia de estas reglas generales no agota la interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad -art. 18 de la Constitución Nacional- exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que 'caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico; y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (CSJN en causa "Farina" -Fallos: 342:2344-, del 26/12/2019, considerandos 9 y 10).

Recordó además la Corte lo que había establecido en otro precedente, "en el cual se descartó una interpretación extensiva de similares características a la que nos ocupa, ensayada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba respecto del art. 67, inc. c, del Código Penal", donde "se puso de resalto que una interpretación que predica el efecto interruptor de la prescripción respecto de actos procesales que no integran la enumeración taxativa efectuada por el legislador en la norma aludida, importa '... una hipótesis de interpretación analógica practicada in malam partem -en la medida en que neutraliza un impedimento a la operatividad de la penalidad-, con claro perjuicio a la garantía de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional)" (Fallos 335:1480, considerando 8°).

Entonces, la más reciente jurisprudencia del máximo tribunal reafirma que no puede haber en el derecho vigente nacional más causales de interrupción de la prescripción de la acción penal que las listadas en el Código Penal, circunstancia que implica, en el caso, que no tiene asidero jurídico la supuesta "hibridez del procedimiento" antes mencionada, concepto que la Cámara intenta construir para no aceptar el reclamo de prescripción que se le hacía, cuyos términos y pretendidos alcances se han transcritos en párrafos anteriores.

Dato no menor que surge del fallo "Farina" ya citado es que allí la Corte Suprema, por primera vez y por vía pretoriana, convirtió en obligatoria para todos los organismos jurisdiccionales del país -tanto federales como provinciales o de la CABA- la doctrina

judicial emergente de un pronunciamiento suyo. Ciertamente es que lo hizo en relación con los términos y alcances que cabe dar a la disposición del inc. e) del art. 67 del Código Penal, mientras que en autos se debe ponderar la aplicación del inc. d) de esa misma norma a la imputación penal del señor Picchi; sin embargo, no puede escapar a un entendimiento jurisdiccional lógico, razonable y prudente que, si al interpretar un determinado inciso del art. 67 del Código Penal el juez debe apegarse estrictamente al principio de legalidad emergente del art. 18 de la Constitución Nacional, deberá acometer la labor aplicativa de todas las demás reglas contenidas en el mismo artículo (incluyendo su inc. d) tomando en consideración los mismos parámetros valorativos, tarea que, en palabras de la Corte, "... exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que 'caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico; y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal'".

En virtud de lo expuesto, a partir de una correcta aplicación de la ley penal analizada (art. 67 inc. d CP), estimo que corresponde declarar prescripta la acción penal intentada respecto del señor Gustavo Adolfo Picchi y, en consecuencia, sobreseerlo definitivamente de las imputaciones que se le formularon (art. 306 inc. 4 CPP Ley P 2107).

5.2. En otro orden, las defensas actuantes en la causa coinciden en impugnar lo decidido por el tribunal de juicio al inicio del debate, respecto de la cuestión preliminar que se le había planteado en torno de las deficiencias que aquellas advertían en el requerimiento fiscal de elevación a juicio.

Frente a ello, la Cámara resolvió lo siguiente: "Sin perjuicio de advertir ciertas falencias formales en el requerimiento de elevación a juicio, entendemos que estas carecen de entidad suficiente como para afectar el debido proceso y la defensa en juicio. La descripción del hecho, más allá de algún grado de imprecisión que no consideramos determinante, satisface la mención de las circunstancias de tiempo, modo y lugar requerida en el art. 319 del C.P.P., en orden a garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa de los imputados. En cuanto a la calificación legal, consideramos que la omisión advertida no impide que pueda ser suplida en este acto por el señor representante del Ministerio Público Fiscal, a cuyos efectos se le cederá seguidamente la palabra.

"En razón de ello, el doctor Torres hace reserva de casación, a la que adhieren los

doctores Chirinos y Vega; por su parte, el doctor Pandolfi agrega la reserva del caso federal, planteos que el Tribunal tiene presente.

"A continuación el doctor Trejo califica los hechos y acusa a González y Barbeito como autores del delito de 'peculado' (art. 261 CP), y al resto de los imputados como 'partícipes necesarios penalmente responsables de peculado'".

Al observar el registro audiovisual de la audiencia de debate respectiva surge que, al conocer tal resolución, las defensas formularon objeciones en cuanto a la actividad del Ministerio Público Fiscal, porque no daba precisiones sobre las contradicciones que existían entre la participación primaria atribuida a las personas sometidas a proceso y lo que establece el Código Penal y porque no especificaba la vinculación de la calificación con los hechos atribuidos a cada imputado, ni tampoco si se trataba de un concurso real o ideal -según expresaron-. A su turno, la Cámara respondió que lo que se le había solicitado al Fiscal actuante en esa etapa era que "se supliera la omisión en torno a la calificación legal, y eso ha sido cumplido" (minuto 9:44 del segundo video de la audiencia de debate, en su faz inicial), sin perjuicio de tener presente las reservas sobre las demás cuestiones, por lo que -acto seguido- prosiguió con el debate, dando inicio a la recepción de las declaraciones indagatorias.

Un análisis de las constancias de la causa permite apreciar que la solución adoptada en la sentencia sobre este punto es aparente y dogmática, en virtud de que tanto las deficiencias referidas a la descripción de los hechos -cuya existencia la Cámara reconoció expresamente- como las relativas a la calificación -que considerará subsanadas- perjudicaron el derecho de defensa de los imputados.

Es preciso recordar que el planteo de nulidad articulado por los defensores se basaba -en síntesis- en que esa pieza procesal no cumplía con las exigencias previstas en el Código Procesal Penal, que establece con precisión que "(e)l requerimiento de elevación a juicio deberá contener, bajo pena de nulidad, los datos personales del imputado; una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda" (art. 319 CPP Ley P 2107). Alegaron que tales déficits vulneraban el derecho de defensa de sus representados, no solo por la falta de precisión de algunos aspectos contenidos en las descripciones de los hechos, sino también por la ausencia total de argumentos en torno a la calificación, donde además solo se mencionaba a uno solo de los imputados -señor Francisco González-, a quien se le atribuían dos tipos penales (peculado e incumplimiento de los deberes de funcionario público).

Sin perjuicio de que luego se hará referencia a las concretas implicancias respecto del ejercicio del derecho de defensa, cabe comenzar el análisis del asunto con un dato procesal objetivo que da cuenta de que era ostensible que, dada la afectación de garantías constitucionales como la referida, se estaba y está ante un supuesto de nulidad absoluta, que amerita su subsanación en cualquier estado del proceso en que sea detectada, aunque no haya sido solicitada con anterioridad (art. 321 en función del art. 149 CPP Ley P 2107). Se trata de la circunstancia de que fue el propio tribunal de juicio el que, al inicio del debate y luego de la lectura de los hechos primero y segundo enunciados en la requisitoria (de fs. 3119/3139) y el hecho tercero descrito en su ampliación (fs. 3162/3179), introdujo de oficio este tema en estos términos: "En este punto y a los fines de completar un aspecto formal de la acusación, teniendo en cuenta cómo está expresada la calificación legal en la requisitoria de elevación a juicio, le pido al señor Fiscal de Cámara que se pronuncie en este acto sobre este punto a los fines de evitar cualquier planteo ulterior" (cf. palabras de la Presidencia de la Cámara, registro audiovisual, a partir del minuto 11:45). Fue entonces que una de las defensas manifestó su oposición, en tanto ello estaba vinculado con una cuestión preliminar que habría de plantear. En consecuencia, se ordenó la lectura del acápite referido a la calificación, tal como consta en la requisitoria y en su ampliación, para luego sí pasar al tratamiento de las cuestiones preliminares, que lógicamente se inició con este punto y se resolvió del modo ya citado.

Así las cosas, resulta que la Cámara en lo Criminal trató la cuestión de manera superficial, con una fundamentación aparente, al no reparar en la trascendencia de las imprecisiones y omisiones denunciadas por las defensas y dejando de lado además el texto de la ley procesal, que expresamente contempla la sanción de nulidad en supuestos como el analizado.

La atenta lectura de la requisitoria de elevación a juicio permite advertir, en primer lugar, algunas omisiones serias -no meras desprolijidades- que resultan incomprensibles en una causa cuya complejidad (por la índole del delito y el período de tiempo investigado, más la cantidad de personas involucradas) e inocultable relevancia social demandaban una especial diligencia funcional de parte del Ministerio Público Fiscal. Tales déficits serán enumerados a continuación.

En primer lugar, en el acápite referido a la calificación (fs. 3128 vta.) solo se aludió expresamente a uno solo de los imputados (Francisco González) a quien, además, se le endilgó una conducta que "halla(ría) perfecto encuadre jurídico en la normativa de los

arts. 261 y 249 del Código Penal, a título de 'peculado e incumplimiento de los deberes de funcionario público". Es decir que se mencionó a un solo funcionario acusado de dos delitos distintos, sin precisión del tipo de concurso atribuido a ambas figuras, y -lo que es muy importante- sin una explicación razonable de por qué su accionar encuadraría en tales ilícitos.

A ello se suma que nada se especificó en cuanto al reproche correspondiente a los demás procesados.

Sobre este aspecto, entiendo inadmisibles los argumentos de que ello se encontraría igualmente cumplido con la mera referencia a los nombres de los funcionarios y los respectivos tipos penales efectuada al inicio del escrito, como sostuvo el Ministerio Público Fiscal durante el debate. No existe en ningún tramo del requerimiento una argumentación que explique con claridad por qué y de qué modo la intervención de cada imputado (supuestos autores o partícipes de conductas delictivas) cumpliría las exigencias del delito de peculado que se les endilga, en relación con uno o más hechos contemplados en la acusación.

En relación con el señor Barbeito, por caso, era necesario que se especificara si se le estaba reprochando algún hecho, más de uno o ninguno. Si se optara por lo que dice el inicio del escrito, pareciera que se le achacarían dos tipos de participación diferentes encuadradas en un mismo delito, aunque no se indica el tipo de concurso; en cambio, si se lee lo correspondiente a la calificación, de allí se extraería que no se le imputaba ninguna conducta ilícita.

En cuanto a los funcionarios beneficiarios de los cheques contemplados en el hecho 2, tampoco se consignan en esa pieza procesal las razones que permitan comprender por qué la atribución de responsabilidad penal se les hizo en carácter de partícipes necesarios y no en función de otro tipo de intervención, déficit que también fue puesto de manifiesto por las defensas al plantear la cuestión preliminar analizada.

También era relevante conocer por qué, según la acusación, se encontraría cumplido el aspecto subjetivo del delito en relación con cada partícipe de cada hecho, argumentación que tampoco fue incluida en la requisitoria fiscal. Esa exigencia de ningún modo puede tenerse por cumplida a partir de la afirmación dogmática realizada al final del capítulo referido a la calificación legal (más allá de que cabe recordar que allí solo se nombró a uno solo de los imputados) donde, a través de una fórmula vacía de contenido, se generalizó que "[p]or otra parte, no existe elemento alguno que indique que las restantes categorías dogmáticas del hecho aquí típicamente

subsumido no se encuentren completas; por lo que, el reprochado resulta ser -además- antijurídico y culpable".

En lo que hace a la descripción fáctica del reproche, una de las críticas defensoras que se escucharon al inicio del debate fue que en la requisitoria el Ministerio Público Fiscal no había explicitado las normas que supuestamente habrían incumplido los imputados en relación con los hechos primero y segundo; concretamente, la que -siguiendo los términos de la acusación- determinaba que se habría aplicado en el pago una "modalidad no autorizada".

Surge entonces que tales especificaciones, omitidas en la requisitoria, debieron integrar ese acto procesal, por ser una exigencia expresamente contemplada para su validez en el ordenamiento ritual provincial. Allí con claridad se establece que esta debe contener un relato claro, circunstanciado y preciso de esas y otras circunstancias relevantes de los hechos, además de la calificación y la expresión de los motivos en los que se funda, todo ello "bajo pena de nulidad".

Apuntalando la razonabilidad de tal exigencia legal, cabe señalar que la importancia de incluir esos aspectos no es menor ni constituye una formalidad, dado que tiene un efectivo impacto en el derecho de defensa de las personas involucradas. Así, en el presente caso, de haber sido claros y conocidos todos los aspectos referidos, ello habría posibilitado que los letrados los tuvieran en cuenta al desarrollar estrategias de defensa para sus respectivos pupilos. No es lo mismo argumentar sobre la imputación de un solo hecho que respecto de dos, ni da igual desconocer los fundamentos de la selección de una participación más gravosa que conocerlos, siendo este el único modo de poder rebatirlos. De manera similar, conocer -antes del juicio- la normativa que se alegaba infringida resultaba fundamental para intentar demostrar el desacierto de tal apreciación, por ejemplo, a través del interrogatorio a los testigos que habrían de declarar.

En definitiva, al rechazar el planteo preliminar de anulación de la requisitoria fiscal y tenerla por subsanada a partir de lo expuesto por el Fiscal de Cámara, la Cámara actuante no solo incumplió la normativa procesal local, sino que soslayó el perjuicio que tales deficiencias le ocasionaban a derechos y garantías de rango constitucional, en particular, a la garantía de ser sometido a un debido proceso adjetivo y al derecho a una defensa efectiva.

En este punto necesario es hacer notar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración, y en fecha reciente en términos de evolución jurisprudencial, ha señalado que "... resulta imperioso memorar que ha sido la propia Corte IDH en la

Opinión Consultiva OC-9/87, la que afirmó que el art. 8 de la Convención consagra los lineamientos del llamado 'debido proceso legal', entendido este como '[el] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos' (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párr. 27. El mismo criterio fue reiterado en los casos del Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 69; Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de octubre de 2012, Serie C, n° 251, párr. 156 y Vélez Loor vs. Panamá, sentencia del 23 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 142)" (CSJN en causa "Espíndola", sentencia del 09/04/2019, Fallos 342:584).

La reivindicación que la Corte Suprema ha efectuado de la norma del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite considerar el apartado 8.2 de ese tratado, que establece: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... b.- comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c.- concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; ?". A la vez, implica tomar en cuenta el alcance que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (intérprete final de tal convenio, que forma parte del sistema constitucional argentino por imperio del art. 75 inc. 22 C.Nac.) ha dado a las referidas disposiciones, el que a continuación se reseñará, particularmente en cuanto a que un proceso penal será conforme a derecho y justo si ha habido coherencia o correlación entre acusación y sentencia, entre otros estándares jurisdiccionales esenciales.

Entonces, el máximo órgano del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha indicado que "(a)l determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la 'acusación' en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que

se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado 'principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención" (Corte IDH, Caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala", sentencia de 20/06/2005 -Fondo, Reparaciones y Costas-, párrs. 67 y 68.).

En la misma oportunidad indicada precedentemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos trajo a colación señalamientos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretativos del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según los cuales "[l]as particularidades del delito juegan un rol crucial en el proceso penal, desde que el momento de la comunicación de aquéllas es cuando el sospechoso es formalmente puesto en conocimiento de la base fáctica y legal de los cargos formulados en su contra (ver *Kamasinki vs Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Serie A, No. 168, pp. 36-37, párr. 79). El artículo 6.3.a) de la Convención [Europea] reconoce al imputado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación legal dada a esos actos. Dicha información debe ser detallada, tal como correctamente sostuvo la Comisión. [...] El alcance del precepto anterior debe ser determinado, en particular, a la luz del derecho más general referente a un juicio justo, garantizado por el artículo 6.1 de la Convención (ver, *mutatis mutandis*, las siguientes sentencias: *Deweer vs Bélgica*, Sentencia de 27 de febrero de 1980, Serie A, No. 35, pp. 30-31, párr. 56; *Artico vs Italia*, Sentencia de 13 de Mayo de 1980, Serie A, No. 37, p. 15, párr. 32; *Goddi vs Italia*, Sentencia de 9 de abril de 1984, Serie A, No. 76, p. 11, párr. 28; y *Colozza vs. Italia*, Sentencia de 12 de febrero de 1985, Serie A, No. 89, p. 14, párr. 26). La Corte considera que, en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado y, consecuentemente, a la calificación legal que el tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un prerequisite esencial para asegurar

que los procedimientos sean justos" (TEDH, cf. "Pelissier and Sassi v. France", 25444/94, [1999] ECHR, párrs. 51-54).

Es de evidencia, a la luz de lo acontecido en la audiencia de debate que precede a la sentencia que aquí se analiza, que la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal no estuvo ni cerca de haber cumplido con los postulados de claridad, detalle y precisión con que debe construirse y presentarse en tal etapa procesal dicha actividad judicial.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteradamente ha manifestado: "Para satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa" (Corte IDH, Caso "Lópezv Álvarez vs. Honduras" -Fondo, Reparaciones y Costas-, sentencia del 01/02/2006, Serie C N° 141, párr. 149; Caso "Palamara Iribarne vs. Chile" -Fondo, Reparaciones y Costas-, sentencia del 22/11/2005, Serie C N° 135, párr. 225; Caso "Acosta Calderón vs. Ecuador" -Fondo, Reparaciones y Costas-, sentencia del 24/06/2005, Serie C N° 129, párr. 118; Caso "Tibi vs. Ecuador" -Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas-, sentencia del 07/09/2004. Serie C N° 114, párr. 187, y Caso "Barreto Leiva vs. Venezuela" -Fondo, Reparaciones y Costas-, sentencia del 17/11/2009, párr. 28).

Sin perjuicio de que era el debate oral y público el momento procesal en que la nulidad debió ser declarada -porque así lo pidieron los defensores actuantes y en virtud de su carácter de nulidad absoluta, dada la violación de garantías constitucionales, cf. art. 149 CPP Ley P 2107-, corresponde destacar que la mayor parte de los datos ausentes en la requisitoria tampoco fueron aportados por el Fiscal de Cámara cuando se le dio oportunidad de hacerlo.

Es más, en algunos aspectos incluso aportó mayor confusión al asunto. Por ejemplo, luego de haber concluido los alegatos finales, el funcionario nombrado pidió nuevamente la palabra porque había omitido incluir entre los imputados a dos funcionarios, con rango de subsecretarios -que luego resultaron absueltos-, mas

confundió el apellido de uno de ellos (concretamente dijo haber omitido a Pendas y Ongaro y luego se corrigió, aclarando que era Hernández en lugar de este último), circunstancia que hizo que posteriormente el tribunal se viera obligado a requerirle precisiones sobre su petición final.

Además, la observación del registro audiovisual permite apreciar que, al hacer referencia a las penas que habría de solicitar -en lo que respecta a las responsabilidades atribuidas por el delito de peculado-, el representante del Ministerio Público Fiscal inicialmente agrupó a "la totalidad de los ministros", luego trató la situación de Barbeito en particular y dijo hacerlo "como Ministro" pero seguidamente agregó consideraciones "en cuanto al segundo hecho como Ministro de Educación", lo que siembra dudas sobre si la primera referencia era en realidad por este cargo y hecho o por el anterior. Por otra parte, al contestar el pedido de aclaraciones, precisó que aquel pedido grupal incluía a "la totalidad de los Ministros más el Tesorero", lo que puso en evidencia que este último funcionario había sido omitido en la enumeración inicial.

En lo relativo a la aludida ausencia de referencias normativas en la acusación, en la audiencia ante este Cuerpo la defensora particular que intervino en segundo lugar destacó -entre otros aspectos- que no hay norma que prohíba el pago en efectivo, es decir, que obligue a "bancarizar" los adicionales.

De lo expuesto hasta aquí es dable concluir que la sentencia ha fundado de manera aparente y dogmática su decisión sobre el planteo de nulidad de la requisitoria fiscal de elevación a juicio, al entender que los vicios que contenía y que se han detallado fueron subsanados por la Fiscalía de Cámara en la etapa de juicio oral, en abierta contradicción con lo prescripto en la normativa procesal penal y afectando -en consecuencia- el derecho constitucional de defensa en juicio de los imputados, como así también la garantía de ser sometido a un debido proceso legal, de la misma jerarquía.

De manera complementaria, debe traerse a colación el denominado "principio de igualdad de armas", que sirve como guía al momento de ser necesario reparar algún eventual desequilibrio entre las partes de todo proceso de enjuiciamiento penal (acusación y defensa, fundamentalmente) y que, en términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, forma parte del derecho al debido proceso y a la defensa en juicio que asiste a toda persona inculpada de delito (cf. Fallos 328:3233).

Tal garantía no fue respetada por la Cámara en lo Criminal al indicar al señor Fiscal de Cámara -oficiosamente, preciso es recordar- que enmendase las deficiencias que presentaba el requerimiento de elevación a juicio, acción sobre la que se dio detallada

cuenta en párrafos anteriores y que fue expresa y duramente cuestionada por la defensas presentes en el debate oral y público, sin suerte. En efecto, es de evidencia incuestionable que, precisamente, uno de los fines de la aplicación del citado principio al juicio es el de no permitir que se asignen a la acusación facultades que no tiene -en el caso, transcurriendo una determinada fase de avance del proceso- y que, de ser concedidas, generarán un desequilibrio en desmedro de la persona imputada.

Explica Luigi Ferrajoli que, en el proceso penal, "para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar que se admita su poder contradictor en todo momento y grado del procedimiento" (Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 7ª edición, 2005, pág. 614).

5.3. Por otra parte, surge de la lectura de la sentencia que la Cámara en lo Criminal concluyó en la atribución de responsabilidad penal por la figura típica de peculado - respecto de los imputados a los que resolvió condenar como autores o como partícipes primarios- sin brindar fundamentos suficientes para arribar a esa conclusión, o incluso proporcionando argumentos aparentes o contrarios a las circunstancias probadas en la causa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha conceptualizado, para casos penales o de otros fueros: "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, circunstancia que impone el deber de exhibir un proceso argumentativo susceptible de control.

"Esta exigencia, como es evidente, trasciende el ámbito procesal, pues, en el marco de un sistema jurídico caracterizado, entre otros aspectos, por la pluralidad y complejidad de las fuentes del derecho, una fundamentación idónea de la sentencia tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto que ha realizado el sentenciante, como así también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional.

"Dicho estándar -que ahora recoge el artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación- por lo demás, también hace pie en la esencial unidad del orden jurídico, en la cual, derecho sustancial y proceso encuentran un vínculo indisociable para su realización. En efecto, si el fin último del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere (Fallos: 334:1691; 339:201, entre otros) resulta

evidente que la decisión judicial que conecta el caso con el sistema, debe contener los criterios mínimos de la argumentación jurídica, es decir, justificar de qué modo se arriba a la solución a través de dicha concreción hermenéutica" (cf. Fallos 342:1261).

La doctrina judicial precitada es coincidente, en el punto, con la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, así, ha determinado que "la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las 'debidas garantías' incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso" (Caso "Apitez Barbera y otros vs. Venezuela", sentencia del 05/08/2008, párrs. 77 y 78).

Establecido, entonces, el alcance del deber de motivación de las sentencias, se advierte que no fue cumplido en el presente caso. Un primer dato que debe ser considerado es que la instancia anterior valoró, en perjuicio de los imputados, un dato fáctico cuya existencia no se tuvo por acreditada, más allá de que tampoco se demostró -para el caso de que fuera cierto- que les fuera atribuible. En concreto, la sentencia destaca "la falta de toda reglamentación que especificara la distribución del adicional...", cuando surgió en el debate que, aunque quizás no estuviera escrita o no fuera incorporada a las actuaciones de ese modo, estaba pautaada la grilla a partir de la cual se distribuía el suplemento, mes a mes. Tal circunstancia debió ser valorada por el juzgador, en lugar de considerar inexistente toda estipulación al respecto.

Se advierte además que si el tribunal hubiera albergado dudas respecto de la existencia de esa escala, así debió explicitarlo. Cabe recordar que solo expresó que "no se acreditó en autos que haya existido ninguna norma que expresamente estableciera la escala del plus según el cargo o la categoría del beneficiario. En efecto, el propio César Barbeito,

al momento de ampliar su declaración indagatoria en la audiencia de debate del día 3 de julio del corriente, dijo que se reunió con quienes habían conformado su equipo y reconoció que no pudieron encontrar la norma escrita, pero sí recordaron cómo se había fijado en aquel momento, por órdenes superiores, el pago del adicional...".

Del mismo modo, también debió explicar en el fallo por qué consideraba que tal circunstancia podría tener alguna relevancia para los fines jurídico-penales, es decir, en relación con la eventual configuración de alguna figura penal.

En otras palabras, sin perjuicio de que la forma de distribución pudiera merecer algún tipo de cuestionamiento e incluso una eventual sanción en otro ámbito, introducir este tipo de argumentos en una sentencia penal sin fundamentar su vinculación con el reproche endilgado torna aparente e infundada su motivación.

5.4. Asimismo, al tratar la primera cuestión, referida a la acreditación de los hechos intimados, el juzgador tuvo por comprobados los aspectos fácticos constitutivos del circuito de pagos, según la modalidad descrita en la requisitoria fiscal de elevación a juicio, mas no se ocupó de tratar los componentes valorativos que integraban los hechos de la acusación y cuya existencia, en tanto tales, debió ser constatada para tener por acreditada la materialidad fáctica.

Se advierte así que la Cámara en lo Criminal tuvo por probada la acusación donde se expresa que los pagos se efectuaban mediante una "modalidad no autorizada". Sin embargo, se ocupó de describir que mes a mes se presentaba en el banco una declaración jurada (incluso transcribió una de ellas, cuya firma fue reconocida en el juicio por uno de los imputados, José Eugenio Ongaro, quien fue Tesorero General de la Provincia) para que pudiera efectivizarse el cobro del cheque, cuando excedía determinado monto, en conformidad con una normativa del Banco Central (circular A 2543). Este desarrollo argumental resulta contradictorio con una supuesta modalidad no autorizada, aspecto que debió haber sido explicado y aclarado a través de una motivación adecuada, ausente en la sentencia.

5.5. Por otra parte, la sentencia contiene una motivación ilógica e insuficiente respecto del tratamiento de la calificación legal que entendió configurada en el caso.

Desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha considerado que, si bien la interpretación de los elementos necesarios para la integración de los delitos tipificados en la ley penal importa una facultad propia de los jueces de la causa y constituye una cuestión de derecho común cuyo examen es, por ende, ajeno a la instancia extraordinaria (Fallos 290:132, 300:671), ello no impide que, ante las particularidades

de determinados casos, su análisis autorice la posibilidad de excepción a ese principio con base en la doctrina de la arbitrariedad, en la medida en que con esta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas de la causa (Fallos 321:1909, 296:356). A ello se agrega que cuando una decisión judicial carece de fundamentación suficiente, por no contar con apoyo en las constancias del expediente, hay afectación de la garantía constitucional del debido proceso. Entonces, en la inteligencia jurisprudencial reseñada precedentemente, una infundada asignación de tipicidad penal a ciertos hechos es causal de obrar jurisdiccional arbitrario que debe ser corregido, con el objetivo de salvaguardar las garantías constitucionales especificadas.

Nótese que, al abordar el delito de peculado, entre otros aspectos conceptuales que se traen a colación respecto del tipo penal, el tribunal refiere que "[s]egún enseña Creus, la acción típica recae en el verbo 'sustraer', que significa extraer o quitar los bienes de la tenencia con que en el ámbito administrativo han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes".

Partiendo de ello, la sentencia tiene por probado que los montos pagados habrían sido "sustraídos" de un supuesto canal propio o normal, y que habrían sido "separados", en el sentido de orientarse hacia otra senda que no le sería, reiterando, propia o normal para su distribución.

Sin embargo, según las constancias de la causa, el adicional en cuestión tenía sustento en diversas normas que no han sido cuestionadas en su constitucionalidad; en primer lugar, el Decreto 2/2004, mediante el cual el entonces Gobernador lo creaba, con su respectiva partida presupuestaria, y luego surgen las sucesivas resoluciones que lo fueron instrumentando mes a mes, debidamente descriptas en la sentencia. A ello cabe agregar que se encuentra fuera de toda controversia la legalidad de la atribución funcional que posibilitó el dictado del referido decreto, en tanto la Ley 2397 establece: "Facúltase a los titulares de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a dictar las normas que regulen en su ámbito de aplicación el sistema de bonificaciones y adicionales personales y/o funcionales".

Este breve repaso por la normativa implicada permite poner en evidencia que el adicional, como tal, tenía previsto su propio canal, en tanto contaba con su propia partida presupuestaria.

Precisamente lo que sucedía mes a mes era la ejecución de un gasto que contaba con notas distintivas que lo hacían singular y que, como tal, tenía una previsión presupuestaria específica que posibilitó, a su vez, una distribución a través de expedientes administrativos que daban cuenta de los sucesivos controles que intervenían en su implementación.

A ello cabe añadir que la modalidad de pago aplicada (por cheque acompañado de declaración jurada) estaba habilitada por normativa interna del sistema bancario, aspecto al que ya se ha hecho referencia y que debió merecer alguna consideración del tribunal para compatibilizarlo con la supuesta "sustracción" de canales propios para el pago afirmada en la sentencia.

Se advierte así que la motivación del fallo luce insuficiente, en tanto no logra demostrar en forma clara de qué manera los hechos investigados quedarían subsumidos en el verbo típico.

Ha enseñado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, "para una adecuada descripción del hecho en la acusación, desde el punto de vista de la información del acusado, se requiere que las circunstancias del hecho que conducen a los elementos del tipo legal de la disposición penal pertinente estén dados como datos precisos. Debe ser posible para el acusado llevar a cabo el proceso de subsunción que ha realizado el fiscal en el escrito de acusación. Sólo así se asegura una defensa apropiada. Por lo tanto, la descripción del hecho en la acusación tiene, además del de la delimitación del objeto del proceso, un valor de información propio" (Cf. Krause/ Thon, *Mängel der Tatschilderung im Anklagesatz und ihre rechtliche Bedeutung* [Vicios de la descripción del hecho en el tenor de la acusación y su significación jurídica], publicado en *'Der Strafverteidiger'*, 6/1985, pp. 255 y ss.).

"[...] Es evidente derivación del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio, que el hecho materia de la condena debe satisfacer idénticos parámetros de exactitud. Resulta inadmisibles que el condenado no pueda conocer cuál es el hecho por el cual se lo condena y cómo se ha llevado, en lo que a él atañe personalmente, la subsunción en el tipo penal respectivo. Ello es así en todos los casos, aún en aquellos en los que el acusado pueda reconstruir la materia del reproche a partir de su propio conocimiento de los hechos, pues de lo contrario se estaría haciendo recaer sobre él la misión - eminentemente estatal - de formular correcta y precisamente la imputación" (cf. Fallos 324:2133, voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi, considerandos 4 y 6).

5.6. En lo que respecta al bien jurídico tutelado por el delito de peculado, se advierte

cierta confusión -e incluso contradicción- en la motivación de la sentencia.

Por un lado, se señala que "esta figura delictiva preserva el buen orden administrativo" y se agrega más adelante que el bien protegido por la norma sería "el normal funcionamiento de la administración pública".

Sin embargo, existen tramos de la sentencia que parecieran dirigir el razonamiento de los magistrados hacia otros delitos, en tanto se establece que la conducta de los imputados habría "genera(do) un estado de incertidumbre sobre el destino de los caudales públicos". Se advierte que esto último pareciera guardar relación con otra figura penal: la malversación de caudales públicos, contemplada en el art. 260 del Código Penal, más que con el delito de peculado.

Resulta necesario destacar que, luego de la afirmación referida, el tribunal prosigue su razonamiento con una frase que la niega -o al menos la neutraliza- al referir "más allá de que debemos ser enfáticos en que en estos autos no se ha probado que se les haya dado un destino distinto del declarado". Se advierte así la manifiesta contradicción en la que incurre el juzgador, sin perjuicio de señalar que, ante esta última constatación, solo habría correspondido que el tribunal valorara esa circunstancia a favor de los acusados. Es de notar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que si el fallo incurre en una autocontradicción, ello lo descalifica como acto jurisdiccional válido (Fallos 296:658, 297:280, 302:1372, 306:344, 310:1433 y 325:874).

En línea con lo anterior, es necesario aclarar que de ningún modo la figura penal seleccionada (peculado) contempla como bien jurídico tutelado la transparencia de los actos públicos, por lo que la referencia a que la distribución de adicionales "conspiraba" contra ello no hace más que aumentar la confusión en la fundamentación de lo resuelto.

Sin perjuicio de esa aclaración, la aludida falta de transparencia, que en la sentencia se afirma a partir de que el pago no se consignaba en el recibo correspondiente a los respectivos haberes, no sería tal en tanto ha quedado acreditado que todos los pasos que debían cumplirse para el pago del suplemento se registraban debidamente no solo en los expedientes administrativos -a los que tuvo acceso este tribunal-, sino también en un sistema informático que, lejos de permanecer oculto, era accesible para numerosos agentes de las diversas jurisdicciones del Poder Ejecutivo, como explicaron diversos testigos en el juicio.

5.7. A lo expuesto se suma que la sentencia presenta una motivación deficiente en lo que respecta al análisis y acreditación del aspecto subjetivo de la figura típica del peculado.

La Cámara en lo Criminal afirma la existencia de dolo en todos los imputados, sin brindar fundamentos convincentes ni suficientes que permitan apreciar cómo se tuvo por acreditado ese extremo en relación con cada uno de los supuestos autores y partícipes de los hechos primero y segundo. Cabe señalar que en idéntico déficit argumental también incurrió el Ministerio Público Fiscal.

La omisión resulta particularmente relevante si se tiene en consideración lo que surge de la observación de las declaraciones testimoniales brindadas durante el debate, por parte de imputados y testigos.

Se relataron en el juicio, una y otra vez, los distintos pasos y controles internos y externos que se realizaban, por lo que resulta razonable que los imputados no sospecharan que ese mecanismo pudiera ser contrario a normativa alguna. Resulta ilógico suponer que todos sabían que la distribución de suplementos se estaba haciendo de una forma ilícita, máxime cuando cada pago era precedido de todos los pasos administrativos debidamente detallados en la sentencia.

En este sentido, en la audiencia ante este Cuerpo, uno de los letrados defensores destacó la vigencia del principio de confianza que rige en la Administración Pública, en el sentido de que cada funcionario y organismo confía en el desempeño de los restantes.

A modo de ejemplo, al declarar en debate, Cristina Uría relató que cuando se la convocó para que asumiera, primero como Subsecretaria, se le explicó que la retribución del cargo tenía dos partes, el sueldo y el adicional, circunstancia que le pareció lógica, porque al informarse sobre el monto de lo que le correspondería por el primer ítem (salario) le sorprendió saber que era inferior a lo que ella estaba cobrando como Directora del Hospital de General Roca. Sobre el adicional, relató que se le dijo que era funcional y por dedicación exclusiva, implementado por el Decreto 2/2004, que había seguido todos los requisitos de todo acto público, con los controles externos e internos, por lo que estaba claro que era un adicional que no estaba de ninguna manera por fuera de la ley ni representaba ninguna cuestión oscura.

Manifestó también que una vez que asumió como Ministra de Salud no hizo más que "continuar con la metodología de retribución a los funcionarios de mi Ministerio que era con este adicional creado con el Decreto del 2004" (minuto 6 del registro audiovisual de la audiencia del 29/06/2018).

Surge entonces que, como le sucedió a la referida ministra -y a otros pares que también se encuentran imputados por el segundo hecho reprochado-, al iniciar sus funciones los pagos ya venían realizándose del modo descrito, sin inconvenientes ni observaciones,

lo que acrecienta la idea de que era razonable pensar que se tramitaba el pago del adicional con sustento legal y regularidad administrativa.

Es por ello que el tratamiento de este aspecto subjetivo luce insuficiente en la sentencia, dado que el tribunal afirmó su existencia -a la vez que rechazó el planteo sobre un error de prohibición- de modo genérico y a través de un análisis parcial basado en indicios.

Entre otras cosas dijo que "quienes desempeñaron las más altas jerarquías dentro de la estructura general del Poder Ejecutivo no podían desconocer que en la Administración Pública no pueden pagarse suplementos salariales por fuera del recibo oficial, ni tampoco se lo puede hacer en el marco de un sistema con un nivel de tanta informalidad", lo que desatendió las declaraciones testimoniales brindadas durante el debate, más allá de que tampoco se advierte que sea evidente la supuesta prohibición a la que se alude, aspecto al que ya se ha hecho referencia.

El juzgador mencionó como indicios para todos los imputados lo actuado en el ámbito de alguno de los Ministerios en particular. Ello, por dos motivos: en un supuesto, porque allí no se implementó esta modalidad de cobro (Ministerio de Hacienda), y en otro caso (Ministerio de Gobierno), porque su titular hacía ratificar recibos ante una notaria, de lo que extrajo que este se habría representado "que la modalidad de pago implementada era evidentemente irregular", lo que luce desprovisto de todo sustento. No se explica qué vinculación podrían tener ambas circunstancias respecto de cada uno de los imputados, más allá de la genérica referencia a que la "autoexclusión" operada en el Ministerio de Hacienda debió ser conocida por el resto de sus pares, quienes además debían haber dudado por ello de "la corrección o legalidad del procedimiento".

Con respecto a la valoración de este último extremo, cabe consignar además que la Cámara utilizó en su argumentación una frase que extrajo de un precedente nacional, donde se trataron similares conductas delictivas, sin citar debidamente la fuente. En efecto, la afirmación de que "resulta muy revelador de la fragilidad con la que era considerada la legalidad del sistema" es idéntica a la que aparece en uno de los considerandos de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 (Expte. 5926/2004 -causa N° 1706- de fecha 02/03/2016, pág. 442). Si bien se trata de un precedente no aplicable al presente en tanto las plataformas fácticas de uno y otro caso son diferentes, correspondía su correcta citación, lo que fue omitido.

5.8. Otro dato a partir del cual se advierte inconsistencia argumental en la motivación de la sentencia en análisis es que ha dedicado una parte central de su razonamiento a afirmar la naturaleza salarial de los adicionales pagados, aspecto que carece de toda

relevancia para dilucidar si la conducta atribuida a los imputados encuadraba o no en el tipo penal endilgado. Es por ello que tampoco tiene efecto útil en este proceso la consecuencia que extrajo el tribunal a partir de aquella afirmación, es decir, la conclusión de que debieron ser abonados de otra manera (con constancia en el recibo de sueldos, vía depósito bancario).

Con el fin de ejemplificar la característica apuntada, cabe mencionar dos pasajes de la resolución; uno donde expresó -como parte de un reproche que debería ser de naturaleza penal pero claramente no lo es- que la gravedad de la conducta ilícita radicaría en que "los montos terminarían distribuyéndose por canales distintos de los normales para el pago del salario". El interrogante que surge, en el contexto de esta causa de naturaleza penal, es si esos canales diversos eran contrarios a alguna ley y, más específicamente, si esa diferencia en la distribución constituye algún delito, cuestiones que no han sido debidamente aclaradas.

En otro tramo de la decisión, pareciera que el reproche pasara a ser que no se habría incluido el adicional dentro de los recibos de sueldo, aspecto que de ningún modo se corresponde con el delito que se estaba investigando, a lo que cabe añadir que la Cámara tampoco argumentó tal correspondencia. Sostuvo que, "asimismo, aun cuando es habitual el debate que muchas veces se plantea acerca del carácter remunerativo o no-remunerativo y bonificable o no-bonificable de un determinado adicional, lo cierto es que, a diferencia de este caso, las sumas involucradas siempre aparecen incluidas en los recibos de haberes de los agentes públicos".

5.9. Del desarrollo precedente surge que, inevitablemente, la sentencia en recurso deberá ser nulificada, al igual que el tramo procedimental habido desde la formulación de la requisitoria fiscal de elevación a juicio en adelante -aquella etapa incluida-.

Tal como se estima ha quedado debidamente explicado en los párrafos anteriores, en primer lugar, la Cámara en lo Criminal actuante aceptó, formal y sustancialmente, un requerimiento de elevación a juicio oral y público que no cumplía con las condiciones necesarias de admisibilidad estipuladas en el art. 319 del Código Procesal Penal (Ley P 2107). Impugnada que fue tal conducta procesal por parte de las defensas de los imputados, se rechazaron dichos reclamos de manera dogmática y con insuficiencia de fundamentos, con lo que se afectó negativamente, y en perjuicio de aquellos, el derecho a ser sometidos a juicio mediante un debido proceso adjetivo y a poder hacer uso pleno de la garantía constitucional de la debida defensa.

En segundo término, y luego de acontecido lo anterior, de oficio el tribunal juzgador

brindó oportunidad al Ministerio Público Fiscal para que completara los componentes legales faltantes en el precitado requerimiento de elevación a juicio, con lo que también alteró el debido proceso y desequilibró la igualdad procesal con que debe conducirse un proceso respecto de acusación y defensa.

En el punto, no puede olvidarse que diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, de rango constitucional conforme lo establece el art. 75 inc. 22 segundo párrafo de la Constitución Nacional, establecen el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente y, en lo que aquí interesa, imparcial (cf. Art. XXVI DADDH; art. 14.1 PIDCyP; art. 8.1 CADH y art. 10 DUDH) y que, asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto, inveteradamente, que la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, y el derecho del imputado a un tribunal imparcial y apto ante el cual defenderse, integran la garantía constitucional del debido proceso (art. 18 C.Nac., cf. Fallos 125:10, 240:160 y 326:3842 -voto en disidencia de los Dres. Adolfo Roberto Vazquez y Juan Carlos Maqueda, considerando 7-, entre muchos otros).

En tercer y último término, la sentencia de la Cámara en lo Criminal que ha llegado a tratamiento en esta instancia casatoria es arbitraria, de acuerdo con las críticas que arriba se han vertido, las que hacen que dicho acto decisorio se haga acreedor de la señalada tacha, en punto a lo cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido -reiteradamente- que "... es condición de las sentencias judiciales que constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias del caso, por lo que la tacha con sustento en la doctrina de la arbitrariedad prospera cuando el fallo prescinde de planteos oportunamente introducidos, de la normativa aplicable o contiene una interpretación y aplicación que la desvirtúa y torna inoperante" (cf. Fallos 339:459).

La misma Corte ha delimitado algunos de los márgenes de aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, entre los que deben mencionarse los que a continuación se transcriben, en tanto aplican a algunas de las máculas que se han detectado en la sentencia en tratamiento. Así, es doctrina judicial vigente del más alto tribunal judicial del país la que prescribe que, "si bien las cuestiones de índole procesal resultan en principio ajenas a la instancia extraordinaria, corresponde apartarse de dicha regla sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias cuando la decisión no constituye una derivación razonada del derecho vigente, verificándose un menoscabo de la garantía de defensa en juicio" (cf. Fallos 339:680); que "es arbitraria la sentencia que no cumple

con el requisito de debida fundamentación exigible en las decisiones judiciales, y sólo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente, aplicable a los hechos concretos de la causa" (cf. Fallos 319:722), y que "resultan descalificables las decisiones que no proveen un análisis razonado de todas las cuestiones conducentes para la correcta dilucidación del pleito" (cf. Fallos 341:1649 -disidencia parcial del juez Rosatti-). ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez Enrique J. Mansilla dijo:

Adhiero al criterio sustentado por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión los señores Jueces Ricardo A. Aparcian y Adrián F. Zimmermann y la señora Jueza M^a Rita Custet Llambí dijeron:

1. Sin perjuicio de compartir la reseña efectuada en el voto ponente respecto de los antecedentes, agravios recursivos y hechos reprochados (puntos 1 a 4), así como también el tratamiento y la solución propiciada respecto de la prescripción de la acción penal en relación con el imputado Gustavo Adolfo Picchi (punto 5.1), a lo que adherimos, disentimos con los fundamentos que allí se brindan en el análisis de las restantes cuestiones y, en consecuencia, con la solución que se propone.

Exponemos a continuación las razones que nos llevan a disentir y a propiciar -desde ya adelantamos- la confirmación de la sentencia impugnada respecto del resto de los imputados.

2. En cuanto a la impugnación de la decisión de la Cámara en lo Criminal que -en la primera jornada de audiencia- rechazó el planteo de nulidad de la requisitoria de elevación a juicio, las Defensas refieren que hicieron el planteo como cuestión preliminar en el debate y que, no obstante ello, como es una nulidad de orden absoluto, no se afectan los principios de preclusión y progresividad. Agregan que no se ha cumplido con el requisito de "relación clara, precisa y circunstanciada?", en tanto la descripción de los hechos tiene puntos contradictorios, oscuros e imprecisos, vicios que también alcanzan a lo referido a la calificación penal endilgada.

Corresponde señalar que no tiene sustento el argumento fundado en la imprecisión de los hechos descriptos en la requisitoria de elevación a juicio pues, tanto en esa pieza procesal como en los restantes actos pertinentes, las conductas ilícitas por las que se acusó y condenó se describieron de igual forma.

En efecto, desde la declaración indagatoria se imputó que: (i) se procedió indebidamente al pago de las sumas de dinero que se detallan en concepto de suplementos; (ii) tales suplementos fueron determinados en resoluciones mensuales en

las que se consignaba la suma que percibiría cada uno de los beneficiarios; (iii) los adicionales respondían a la tramitación del expediente; (iv) eran cobrados en dinero mediante el libramiento de cheques por cada uno de los beneficiarios de figuración en las mentadas resoluciones y en los propios cartulares; (v) mediante dicho mecanismo de libramiento de cheques se evitó el control de la ejecución de las sumas del presupuesto general de recursos y gastos del Poder Ejecutivo destinadas a gastos de personal; (vi) ello conllevó la separación de esos fondos públicos de la esfera de control de la Administración, (vii) lo anterior implicó la sustracción de dichas sumas de forma arbitraria, solapadamente y con apariencia de legalidad, generando una remuneración no declarada.

Consta también en el requerimiento de elevación a juicio que por el primer hecho se imputó -en lo que aquí interesa- a César Alfredo Barbeito y Francisco Javier González, en carácter de autores, por ejecutar y hacer efectivo el gasto público mediante una modalidad no autorizada para el pago de haberes y por el cobro de los cartulares.

Por el segundo, se acusó a Francisco Javier González en carácter de autor por haber procedido indebidamente a disponer y cobrar de sumas de dinero en concepto de suplementos, y, como partícipes necesarios, por haber cobrado indebidamente gastos de personal, a César Alfredo Barbeito, Alfredo Pega, Diego R. Larreguy, Juan Manuel Accatino, Cristina Uría, Omar Contreras y José Ongaro.

A los autores del peculado (Barbeito y González) el reproche es en razón de su competencia para disponer de los fondos e impulsar el trámite de los expedientes administrativos, para lo cual necesitaban de la participación de los restantes imputados (por la función y cargo), quienes cobraban ese dinero, sin perjuicio de que luego sería distribuido.

La acusación describe asimismo que las resoluciones dictadas por los imputados Barbeito y González, en las que precisan los destinatarios de los cheques, según consta en los expedientes administrativos (Nº 20113-SCA-2004 y Nº 50036-DA-2010), pusieron en marcha y determinaron el mecanismo que se desarrolló para que de forma arbitraria, solapadamente y con apariencia de legalidad pudiera llevarse a cabo la separación de los canales propios y normales previstos para el pago de las sumas de dinero, sustrayéndose así los fondos de la esfera de custodia de la administración.

En cuanto a la calificación legal, ella consta en el requerimiento de elevación a juicio, que dice: "... vengo a requerir la elevación a juicio de la presente causa, cuya instrucción considero completa y en la que se encuentra procesado... por resultar prima facie

autores penalmente responsables del delito de 'peculado'" ... por resultar prima facie partícipes necesarios penalmente responsables del delito de 'peculado', ... en los términos de los arts. 261... del Código Penal..." (fs. 3119).

Además, es la misma figura penal en la que se encuadraron los mismos hechos en el auto de procesamiento (cf. fs. 2228/2278 vta.) que fue confirmado por la Cámara en lo Criminal (fs. 2672/2696) y ratificó el Fiscal de Cámara al inicio y al final del debate. Esto, que es abordado desde un punto de vista formal, puede ser completado con un análisis más sustancial, que es el relevante para la determinación del perjuicio que requiere la declaración de nulidad de cualquier acto procesal (incluyendo los vinculados a la protección de garantías constitucionales) por el incumplimiento de formas.

Respecto de esto y en un análisis casuístico, advertimos que en todas las etapas del proceso el derecho de defensa fue cierto, real y ejercido activamente por los imputados y sus defensas técnicas, de modo tal que existieron y se utilizaron todas las garantías posibles y así el proceso se encuentra enmarcado dentro de las normativas que imponen los derechos y principios constitucionales (arts. 18 C.Nac. y 22 C.Prov.). Basta con visualizar el debate para apreciar que cada letrado defensor ha podido desarrollar su estrategia de defensa en forma suficiente y efectiva, garantizando así los intereses y derechos de cada defendido.

Del mismo modo, en relación con la calificación penal, no se advierte que la subsanación habilitada en la audiencia inicial, al otorgarle el tribunal la posibilidad al representante del Ministerio Público Fiscal de que supliera las omisiones advertidas, haya ocasionado algún perjuicio al derecho de defensa sino más bien todo lo contrario, en tanto se precisó el alcance de las tipificaciones e intervenciones atribuidas a cada autor y partícipe.

Así las cosas, dado que no se verifica afectación de garantías constitucionales, cobra relevancia la dimensión de la temporaneidad del planteo, puesto que la nulidad alegada resulta entonces relativa, es decir, no absoluta, por lo que se encontraba ya precluida la oportunidad para su planteamiento.

En ese sentido, surge de las constancias de la causa que, luego de presentado y notificado el dictamen fiscal que requería la elevación a juicio, las actuaciones fueron elevadas para tal fin con expresa constancia de que las defensas de los imputados no habían deducido excepciones u oposiciones (fs. 3201 y 3419). Se advierte así que dejaron transcurrir el plazo legal que tenían para oponerse (art. 321), al consentir la elevación a juicio en los términos que había sido requerida por el Ministerio Público

Fiscal.

A mayor abundamiento, y de consuno con lo anterior, cabe señalar que en los agravios no se expusieron ni se advierten perjuicios serios y concretos, ni el interés jurídico en que se sustenta la petición de nulidad, pues simplemente se solicita a este Tribunal que la declare con remisión a argumentos insustanciales y meras formalidades, lo que en modo alguno puede obviar la aplicación del principio de trascendencia (STJRNS2 Se. 68/03 "Martínez", citada en STJRNS2 Se. 143/06 "Fiscalía de Investigaciones Administrativas").

En este orden de ideas, ya para completar la respuesta, 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 solo 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" (STJRNS2 Se. 35/04 "Responsable Fondo Permanente").

Queda así demostrado que el planteo de nulidad de la requisitoria de elevación a juicio carece de sustento fáctico y jurídico, por cuanto la pieza cumple los requisitos legales y porque la conducta procesal de los imputados y sus defensas denota que comprendieron completa y acabadamente la imputación y pudieron ejercer sus derechos con absoluto resguardo de las garantías constitucionales.

En definitiva, no advertimos vulneración del principio de congruencia ni del debido proceso ni de la defensa en juicio de los imputados, todo lo cual sella la suerte de este agravio.

3. En otro orden de ideas, las críticas desarrolladas por los defensores en relación con el encuadre normativo seleccionado, en su aspecto objetivo y subjetivo, no logran demostrar el desacierto de la sentencia.

Este Superior Tribunal de Justicia ya se ha expedido en STJRNS2 Se. 143/06 "Fiscalía de Investigaciones Administrativas" sobre los requisitos legales que deben reunirse para la configuración del delito de peculado previsto en el primer párrafo del art. 261 del Código Penal (peculado de bienes públicos). En dicho fallo se establecieron los conceptos sobre: a) los bienes jurídicos afectados, b) el sujeto activo, c) el objeto material, d) la relación funcional entre el autor y los bienes, e) la acción típica, f) la

consumación y g) el elemento subjetivo.

Según lo vemos, el tribunal de juicio aplicó de forma correcta esos conceptos a los hechos analizados.

En primer lugar, está fuera de discusión que los imputados cobraron en efectivo mes a mes todos los cheques detallados en el punto "I.2" de la sentencia, y tampoco está controvertido el dictado de las resoluciones y constancias de los expedientes administrativos mencionados en el requerimiento de elevación a juicio.

Los imputados y sus defensas, desde la declaración indagatoria, han sostenido que las conductas reprochadas se ajustaron a la normativa que señalaron y que los montos cobrados tenían por finalidad pagar el suplemento creado por el Decreto 2/2004. En el juicio produjeron pruebas que demostraron la percepción de dinero en efectivo por parte de agentes estatales (empleados y funcionarios).

Ahora bien, tal como señaló la Cámara en lo Criminal, es evidente que dicha estrategia, en el sentido de que las conductas reprochadas estuvieron enmarcadas en el conjunto normativo provincial, no tiene correlato en los hechos acreditados.

El sentenciante sostuvo que "ha quedado plenamente acreditado el mecanismo mediante el cual, entre los años 2004 y 2010, se instrumentó el pago de un adicional o sobresueldo para las autoridades superiores de la Administración Pública Provincial. Tal acción fue llevada a cabo mediante la asignación mensual, y en forma paralela a las remuneraciones del cargo, de sumas de dinero a diversos funcionarios del gobierno en concepto de 'suplemento personal por dedicación exclusiva funcional', que provenían de una partida presupuestaria creada al efecto, originariamente la N° 394, identificada como 'Gastos de función jurisdiccional sin discriminar. Suplemento personal por dedicación exclusiva funcional por servicios prestados por autoridad superior del Poder Ejecutivo Provincial' (conf. Decreto N° 2/2004, del 06.01.04), y luego, a partir del ejercicio 2010, la N° 159, denominada 'otras asignaciones al personal' (conf. Decreto 1091/2009 del 30.12.09).

"Cabe mencionar que, en lo atinente a este tema, el Decreto N° 2/2004 se limitó exclusivamente a crear la partida presupuestaria requerida para que se pudiera ejecutar el gasto, pero la decisión de crear el adicional se instrumentó mediante Resolución N° 61/2004 del entonces Ministro de Coordinación...

"[...E]n lo que hace al hecho primero, el Ministro de Coordinación daba la orden a la Tesorería General para que se le abonara a él mismo el monto total del suplemento, para lo cual se libraba un cheque a su nombre que podía cobrar por sí o mediante endoso a

un tercero, el cual luego se distribuía en efectivo entre todos los beneficiarios, quienes percibían el importe que se les asignaba a cada uno según sus cargos o categorías y firmaban un recibo común (no oficial)...

"En la segunda etapa (hecho segundo), si bien era el Secretario General (González) quien continuaba autorizando el gasto, el adicional se pagó por medio de cheques librados a nombre de cada Ministro por el monto total correspondiente a la sumatoria de los adicionales que se pagaban dentro de sus respectivas áreas. Tales cheques podían ser cobrados por los Ministros o endosados para que lo hiciera una persona de su confianza y, una vez obtenido el efectivo, se ensobraban los montos para cada funcionario, quienes al momento de percibirlos firmaban un recibo que no revestía las características de recibo oficial..."

Estos hechos no están controvertidos. Los imputados y defensores dicen que los expedientes administrativos, si bien pueden tener irregularidades, se tramitaron conforme a la normativa. Así cobraron los cheques y el efectivo se distribuía entre los beneficiarios del adicional del salario.

Pero -como sostuvo la Cámara en lo Criminal y no fue rebatido-, en "este punto cabe [... aclarar] que no se acreditó en autos que haya existido ninguna norma que expresamente estableciera la escala del plus según el cargo o la categoría del beneficiario. En efecto, el propio César Barbeito, al momento de ampliar su declaración indagatoria en la audiencia de debate del día 3 de julio del corriente, dijo que se reunió con quienes habían conformado su equipo y reconoció que no pudieron encontrar la norma escrita, pero sí recordaron cómo se había fijado en aquel momento, por órdenes superiores, el pago del adicional. Al respecto, refirió que no se le pagaba a cada funcionario lo que se les ocurría, sino que estaba tabulado..."

Es así como queda en claro para dicha etapa final del procedimiento que no existía ninguna norma que previera el pago del adicional para los funcionarios y, por lo tanto, el dinero en efectivo que cobraban los imputados era distribuido por estos discrecionalmente, sin ningún parámetro legal; también surge que sin registro oficial seleccionaban a sus destinatarios y les asignaban un guarismo de adicional.

De allí que, si bien el "sistema adoptado para administrar y distribuir los fondos se asentaba en una ingeniería administrativa y contable con la que pretendía dársele una apariencia de legalidad" (cf. sentencia) mediante el trámite en el expediente respectivo, y "no obstante esa serie de pasos que pretendidamente legitimaban el sistema, lo cierto es que mes a mes se repetía todo ese trámite para quitar las sumas involucradas del

carril normal por el que legalmente debieron distribuirse, y se lo hizo en el contexto de notable informalidad que surge del hecho de que, más allá de que las sumas percibidas por cada uno no aparecen -como deberían- en los recibos de sueldo, de ninguna norma surge a quiénes y qué montos debían pagarse, de qué carácter era el suplemento y por qué se pagaba de esa manera. Destacamos aquí que la falta de toda reglamentación que especificara la distribución del adicional, la caracterización de este como remunerativo o no-remunerativo, los agentes a los que alcanzaba, las condiciones para acceder al beneficio y los diferentes montos que se debían asignar, también fue observada por el Tribunal de Cuentas de la provincia en el Anexo I a la Resolución T N° 35/2011 obrante en copia a fs. 1941/2032" (cf. sentencia).

En este sentido, el Tribunal de Cuentas señaló que "... no debe haber gastos por fuera del presupuesto y los mismos deben estar indicados por rubros que inequívocamente determinen el destino... la falencia de esta cuestión radica en la falta de reglamentación concreta que especifique la distribución del adicional, su categorización de remunerativo o no, a que agentes alcanza, las condiciones de acceso al beneficio, los diferentes montos a asignar, sus condiciones, etc.. Hacer efectivo el adicional sin reglamentación está por fuera de la actividad reglada del estado y supera cualquier poder discrecional" (fs. 1946 y 1950).

De esta forma, ante dicha falta de especificación, que es del todo significativa en relación con el tipo penal reprochado, los imputados separaron y sustrajeron esos fondos de la esfera de custodia de la Administración y los pusieron bajo su control, para distribuirlos luego a los beneficiarios según su arbitrio.

Queda claro entonces, a partir del marco conceptual expuesto, y como sostuvo la Cámara, que el verbo típico del delito ("sustraer") se verifica en la medida en que se separaron de los canales propios y normales previstos para el pago las sumas de dinero que se distribuyeron entre los funcionarios de mayor jerarquía de la Administración, de forma sistemática durante todos los meses a lo largo de los años considerados.

En línea entonces con la doctrina de este Superior Tribunal de Justicia, antes citada, en la presente causa quedó acreditado lo siguiente:

a) Los bienes jurídicos afectados: La sustracción de los fondos afectó el regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la Administración Pública, la fe o la confianza pública depositada en los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la custodia de los caudales, y la seguridad con que aquella trata de preservar los bienes públicos, ello porque los imputados dispusieron a su arbitrio del dinero del Estado.

b) Los sujetos activos: Barbeito y González fueron condenados en carácter de autores, por ser los funcionarios públicos que participaban de la administración y custodia que les fue confiada en razón de su cargo. También ha quedado debidamente acreditada la colaboración esencial prestada por los restantes imputados en carácter de partícipes primarios, en tanto aquellos no habrían podido separar tales montos si estos no los hubieran percibido para luego distribuirlos en las áreas a su cargo.

c) El objeto material: Este está constituido por caudales que pertenecían a la Administración Pública.

d) La relación funcional entre los autores y los bienes: Esta existía en virtud de los cargos de los funcionarios involucrados.

e) La acción típica: Los autores y partícipes realizaron la acción de sustraer los caudales de la administración, lo que significa que extrajeron o quitaron los bienes de la tenencia del ámbito administrativo donde habían sido colocados por la ley vigente para disponer de ellos sin sujeción a la normativa.

f) La consumación: La sustracción se tuvo por consumada con el quebrantamiento de la esfera de actividad patrimonial de la Administración Pública, pues desde que cobraban los cheques el dinero en efectivo salió de todo control, custodia y actividad reglada de la Administración.

4. Las defensas mencionan el trámite de los expedientes administrativos -que aquí fueron referidos de forma sintética- diciendo que intervinieron: (i) Ministro de Coordinación o Secretario General de la Gobernación (según se tratara de la época de Barbeito o González); (ii) Gerencia administrativa (dos veces); (iii) Legal y Técnica; (iv) Contaduría General; (v) Fiscalía de Estado (dos veces) y (vi) Tesorería; luego de ello, los pasos eran: (vii) cobro del cheque y (viii) pago del suplemento en efectivo. De esta forma consideran que están cumplidos los pasos legales y controles internos del Poder Ejecutivo y que no habría conducta ilícita.

Es dable destacar que el trámite objetivo no está controvertido y, de hecho, se observa en los correspondientes expedientes administrativos reservados en Secretaría, circunstancia que en nada desmiente que el dinero en efectivo cobrado mediante cheque fue sustraído del control de la Administración Pública y distribuido luego sin reglamentación.

Los imputados y defensores también afirman que hubo controles externos del Tribunal de Cuentas y la Legislatura. En rigor, los controles externos no existieron respecto de los expedientes administrativos por los que aquí se juzga a los imputados. El Tribunal

de Cuentas y la Legislatura aprobaron la ejecución del presupuesto y gastos globales, pero no se acreditó que tuvieran control sobre los referidos expedientes concretos. Elocuente fue al respecto la testigo Rossio, cuando afirmó que los pagos en el Ministerio de Familia se hacían en efectivo, contra recibo, y que no hubo control externo de ellos porque no existía expediente; el Ministerio no remitía los recibos a organismos de control, los que solamente fueron enviados al Tribunal de Cuentas cuando se los pidieron para los fines de esta causa. En similar sentido, el ex Ministro Pega dijo en juicio que los recibos quedaban en el Ministerio a resguardo en el área administrativa y se remitía a la Secretaría General el recibo firmado por él; los recibos quedaban en resguardo por eventuales requerimientos, tal como sucedió por parte del Tribunal de Cuentas y el Poder Judicial.

5. Los recurrentes alegan que no existió perjuicio patrimonial, pues el dinero cobrado por los imputados se habría destinado al pago de adicionales de funcionarios del Estado. Entienden que ese elemento sería un requisito del tipo penal objetivo que se debe acreditar. A favor de su postura, traen a colación las afirmaciones de la Cámara en lo Criminal, cuando sostuvo que "no es una exigencia del tipo la efectiva producción de un perjuicio patrimonial" y que "la metodología de pago instrumentada constituye una conducta disvaliosa en sí misma... pues genera un estado de incertidumbre sobre el destino de los caudales públicos, más allá de que debemos ser enfáticos en que en estos autos no se ha probado que se les haya dado un destino distinto del declarado".

En primer lugar, resulta necesario aclarar que la Cámara resolvió en conformidad con la doctrina de este Superior Tribunal de Justicia sobre el delito de peculado, según la cual "no se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, 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..." (STJRNS2 Se. 35/04 "Responsable Fondo Permanente", con citas de Creus, Washington Rodríguez y Galetta y Donna).

Asimismo, en el precedente STJRNS2 Se. 143/06 "Fiscalía de Investigaciones Administrativas" (citado en STJRNS2 Se. 19/07 "Gómez"), al dar tratamiento al tipo legal de peculado, este Cuerpo afirmó: "... f) Consumación: 'La sustracción se tiene por consumada siempre por el solo quebrantamiento de la esfera de actividad patrimonial de la administración pública, con independencia de que promedie de parte del funcionario obligación de rendir cuentas o que se acompañe o no de un efectivo perjuicio en el patrimonio' (Carrera, op. cit. [Peculado, 2ª ed. actualizada por A. Sánchez Freytes, ed.

Mediterránea, 2005], pág. 183). De igual modo, '... la jurisprudencia tiene resuelto que «el momento consumativo en el peculado es independiente del efectivo perjuicio patrimonial que pueda sufrir el Estado, dado que el solo peligro de que se produzca importa la lesión que se quiere evitar con el fin de asegurar su regular desenvolvimiento administrativo»' (Jorge E. Buompadre, op. Cit. [Delitos contra la administración pública, ed. Mave, 2001], 256)".

Luego, en el precedente STJRNS2 Se. 19/07 "Gómez" se agregó: "... el concepto de peculado es muy simple: consiste en extraer lo que en la caja está [...] Por eso puede afirmarse que la sustracción de dinero consume siempre el peculado, aun cuando sea hecha con propósitos de restitución y aunque efectivamente se los restituya (conf. STJ Santa Fe, in re PELLICIARINI, 18-11-1948). Lo importante en esos casos es haber empeorado la situación del dinero desde el punto de vista de sus riesgos' (Soler, ob. cit. [Derecho Penal Argentino, Tº V, Ed. TEA], págs. 182/183)".

Establecido entonces que es innecesario probar el concreto perjuicio patrimonial para tener por configurado el tipo objetivo, corresponde, no obstante y a mayor abundamiento, añadir algunas consideraciones respecto de la falta de acreditación del destino de esos fondos.

En efecto, si bien en juicio se escucharon diversos testimonios de agentes estatales que habían cobrado los adicionales mediante la metodología descrita en la sentencia, también es relevante destacar que una valoración conjunta de las constancias de la causa permite advertir irregularidades que acrecientan la ausencia de certeza sobre este aspecto. En ese sentido, cabe traer a colación algunos datos significativos informados por el Tribunal de Cuentas:

- Mes de diciembre de 2003: Barbeito cobró \$ 180.000, y no presentó ningún recibo/planilla de haber distribuido algún peso (fs. 1964).
- Meses de enero a diciembre de 2004: (i) los imputados presentaron recibos / planillas de haber distribuido más dinero del que cobraban, además de que no existen recibos individuales (fs. 1964/1965), inconsistencia esta que por sí misma claramente le resta credibilidad al relato de los defensores.
- (ii) Se consigna asimismo que para confirmar algunos datos que iban surgiendo, desde ese organismo "vía muestreo, se requirió la comparencia de funcionarios y con la finalidad de que reconozcan sus firmas y den por cierto o no haber recibido los montos que los recibos o planillas contenían" (fs. 1945). Además, es inexplicable que en diferentes meses los imputados cobraron distintos montos pero las sumas por haber

"pagado de más" a los beneficiarios es igual (por ej: abril a septiembre y noviembre).

- Se destaca también, entre las anomalías que se describen, que "[d]el mecanismo de procedimiento llevado a cabo se detectó que desde el año 2004 a 2009, el mismo funcionario era el que autorizaba el gasto, recibía los fondos y aprobaba la rendición, no existiendo separación de funciones" (fs. 1968).

- Mes de agosto de 2005: hay diferencias entre lo cobrado y los recibos/ planillas de lo distribuido (fs. 1967).

- Año 2006: se constató lo mismo que lo anterior, salvo el mes de febrero que no tiene diferencias (fs. 1968).

- Mes de enero de 2011: no se presentó ningún recibo ni planilla de distribución (fs. 1973).

- En relación con determinados meses y beneficiarios se constató el faltante de recibos, aunque las consultas al respecto arrojaron que sí se había cobrado el adicional (fs. 1985). En este caso también se reitera que el informe se basa en "muestras" de meses sobre los que pidió informes.

Es decir que todas las irregularidades constatadas son a título de ejemplo (muestreo), pues no se verificó todo lo afirmado por los imputados. Además, las diferencias y observaciones que realizó el Tribunal de Cuentas siguen a lo largo del dictamen, en función del análisis desde los organismos, fechas, personas, etc.; como, por ejemplo: "[...] en algunos recibos constan firmas sin aclaración, y otros se encuentran sobrescritos. Encontrándose además que, no ha existido coincidencias con la distribución por beneficiarios informada en las planillas remitidas previamente [...]" (fs. 1993; también fs. 1996, 1997, 1998, 1999, 2001, 2002).

De lo expuesto cabe concluir que, si bien es cierto que una parte indeterminada del dinero cobrado en efectivo se utilizó con el destino declarado por los imputados, también lo es que, tal como surge del informe del Tribunal de Cuentas, no queda tan claro el destino de la totalidad de esos montos, o al menos de algunas porciones importantes del total.

A ello se suma como inevitable reflexión que -sin perjuicio de que lo relevante para la configuración del tipo de peculado sea la constatación de la sustracción, en los términos ya explicados- no puede dejar de considerarse que las irregularidades informadas se habrían podido evitar si el modo de distribución de los adicionales, que siguió a esos cobros, se hubiera realizado en conformidad con pautas objetivas y procedimientos establecidos normativamente, que no existieron en el caso.

6. En relación con lo anterior, aun cuando no se encuentra controvertido que es una facultad discrecional del Poder Ejecutivo Provincial y, en su caso, del Ministro de Coordinación o Secretario de la Gobernación, fijar beneficiarios y montos del suplemento, así como los requisitos para acceder a su pago, de ninguna manera puede considerarse comprendido en esas facultades que los funcionarios actúen con la discrecionalidad mencionada y así sustraigan los caudales públicos (al cobrar a título personal los cheques) y los saquen de la esfera de custodia de la Administración. Esto configura una conducta ilícita y no es relevante para su subsunción en el tipo penal analizado determinar si ese dinero después fue gastado, repartido -de la manera que sea- o no. Se trata justamente, a nuestro entender, de la conducta que el legislador prohibió al sancionar la norma en tratamiento.

Sobre esto último observamos que, como ya señalamos, las conclusiones del informe del Tribunal de Cuentas son demostrativas de la discrecionalidad con la que se llevaba a cabo la distribución de adicionales, a través del reparto de dinero en efectivo y sin ningún control oficial, lo que no hace más que demostrar la ausencia de certezas sobre el destino final del total del dinero del Estado que mes a mes cobraban los imputados.

En efecto, a través de la Resolución 61/2004 y las siguientes se dispusieron gastos y ellos percibieron sumas (de carácter salarial -en sentido general, más allá del encuadramiento y denominación jurídica, aspecto al que nos referiremos en el punto que sigue) disponiendo de forma arbitraria del dinero del Estado y a sabiendas de la inexistencia de reglamentación que permitiera que esos adicionales sean abonados legalmente a sus respectivos beneficiarios.

7. En lo atinente a la naturaleza salarial de los adicionales, no caben dudas de que estos constituyen un reconocimiento a la función, al trabajo de cada funcionario o empleado que lo percibía; es decir, deben ser considerados parte del salario, en coincidencia con lo argumentado por el la Cámara en lo Criminal. Su propia denominación, conforme surge del Decreto N° 2/2004 que lo crea con su respectiva partida presupuestaria, es indicativa del objeto de tal retribución: "Suplemento personal por dedicación exclusiva funcional por servicios prestados por autoridad superior del Poder Ejecutivo Provincial".

8. Por último, y en atención a que fue citado por la defensa, dable es destacar que el fallo "Abelerón" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (de fecha 18/10/1995) es inaplicable al presente caso en razón de que allí se convalidó la facultad discrecional del Poder Ejecutivo Nacional en cuanto dispuso en el art. 1 del Decreto 2474/85: "Créase a

partir del 1 de enero de 1986, una asignación especial no remunerativa en concepto de 'Dedicación Exclusiva', equivalente al 25% de la remuneración...".

Es claro que en ese decreto se determinaron los beneficiarios, el monto que iban a cobrar y el concepto de la asignación y el Estado lo pagaba por la vía y mediante recibo oficial. Todo esto es lo que no se hizo en las Resoluciones 61/2004 y siguientes de este expediente y determina la ilicitud de las conductas imputadas. En realidad, dicho fallo es indicativo de lo que aquí se sanciona.

En cuanto al caso "Beprez Rojas" (Fallos 297:33, de fecha 17/02/1977), en el cual la Corte Suprema resolvió sobre la política administrativa en cuanto a leyes que reglamentan el sistema de prescindibilidad, nombramiento y cesación de los empleados públicos, no se advierte la concreta aplicación a estos autos.

9. En función de lo anterior quedó acreditado en los hechos primero y segundo que las conductas se realizaron en el marco de que las resoluciones del expediente administrativo desatendieron el objeto y finalidad de los Decretos 2/2004 y 1091/2009 de pagar el adicional a funcionarios, porque el dinero fue sustraído de las cuentas del Estado cuando los imputados cobraron a título personal los cheques.

Como dijo el Tribunal de Cuentas, la metodología de pago del suplemento inició con la Resolución N° 61/04 y las siguientes son meramente instrumentales del cobro de las sumas necesarias para continuar con los pagos mensuales del adicional.

Es por ello que el sentenciante realizó una correcta valoración de la prueba incorporada, teniendo en cuenta el plexo normativo (v.gr.: la Ley de Administración Financiera, la Ley de Fiscalía de Estado y la Ley de Ministerios).

En la organización administrativa los imputados determinaron de forma eficaz el mecanismo para sustraer los fondos del control de la Administración para luego disponer de ellos a su voluntad. Ese dinero que el banco pagó en efectivo, salió de la órbita de control del Estado y así, con parte de ese dinero sustraído, pagaron el adicional en el monto y forma que solo el que repartía podía establecer.

10. Por otra parte, ha quedado debidamente acreditado el tipo subjetivo exigido por la figura penal de peculado: Cada imputado conocía que los fondos pertenecían a la Administración Pública, que le habían sido confiados en razón del cargo, y voluntariamente optó por intervenir en un circuito de pagos que excluía del control esos caudales para llevar a cabo una distribución que se hacía de modo discrecional y notablemente informal. Así, resulta razonable ponderar -como hizo la Cámara- que ninguno de los condenados podría alegar el desconocimiento de que la modalidad de

cobro de los adicionales aplicada era irregular.

En otras palabras, cada uno de los funcionarios enjuiciados sabía que la asignación de los adicionales se efectuaba discrecionalmente y sin sujeción a normativa alguna y, no obstante ello, igualmente decidió participar en un sistema de distribución cuya irregularidad e informalidad eran más que evidentes.

Las defensas alegaron que habría habido un error de prohibición, sin brindar argumentos serios que permitan demostrar que ese conocimiento no existió en los imputados. Es decir, no se acreditó la efectiva existencia del error y, menos aún, que tal error fuera invencible, aspecto que tampoco se condice con las circunstancias probadas de la causa.

En ese sentido, resulta relevante la valoración que realizó la Cámara del indicio dado por el hecho de que los sucesivos titulares de uno de los Ministerios -el de Hacienda- rechazaron el pago mediante cheques a su nombre, circunstancia que además no pudo ser desconocida por el resto de sus pares, quienes de todos modos siguieron cobrando de ese modo. Igualmente significativo resulta el dato de que en otro de los Ministerios -el de Gobierno- se haya incorporado el recaudo adicional de ratificar los recibos no oficiales ante una Escribana Pública, lo que es demostrativo de la fragilidad de la legalidad del sistema, como se ha expresado en la sentencia.

Ante la entidad de tales circunstancias indiciarias, y como temática ligada a aspectos relativos al mérito de la prueba, advertimos la inadmisibilidad del error de prohibición alegado en forma genérica. Los letrados no han brindado elementos de convicción suficientes para desvirtuar el razonamiento del juzgador que, con claridad y con sustento en opiniones de doctrina autorizada, expuso que para la tipicidad subjetiva basta el conocimiento del carácter de los bienes y la situación funcional que los vincula con el sujeto, así como la voluntad de separar el objeto del ámbito administrativo, extremos que se encuentran indudablemente acreditados en este caso; no solo por parte de los autores sino también de los partícipes necesarios, que sabían que si cada uno de ellos no hubiera cobrado esas sumas aquellos no habrían logrado sustraer esos montos del ámbito de la Administración Pública.

11. Por último, las críticas que introducen algunas defensas en cuanto a la determinación de las penas de sus asistidos no pueden tener acogida favorable.

En primer lugar, la lectura de la sentencia permite apreciar que la Cámara, además de mencionar que aplicaría la doctrina legal que rige el punto (STJRNS2 Se. 94/14 "Brione"), valoró circunstancias agravantes de peso para motivar su decisión, las que

evidentemente la llevaron a establecer un monto (para el caso de los autores) superior a los tres años de prisión y, en consecuencia, de cumplimiento efectivo.

En ese sentido, corresponde destacar el acierto de ponderar la importancia del cargo jerárquico en el caso de los autores, así como la circunstancia de que ambos llevaron adelante la conducta ilícita manteniéndola en el tiempo por prolongados períodos, tal como quedó demostrado. Asimismo, para agravar la sanción se tuvo en cuenta el grado de instrucción de ambos, que les permitía comprender el disvalor de su acción.

Por otra parte, si se toma en consideración la escala penal del delito de peculado, lógico es razonar que la Cámara -al no aplicar una pena más severa- efectivamente meritó en favor de ambos autores pautas atenuantes (concretamente, la carencia de antecedentes condenatorios computables y las circunstancias favorables que se desprendían de sus informes socioambientales), a las que debió asignarles una importancia significativa. A esta conclusión se arriba en tanto, en función de la doctrina legal invocada por el tribunal, debió partir de un punto equidistante en relación con ambos extremos de la escala penal del delito de condena, punto que en el caso estaría dado por los seis años de prisión. Se advierte así que las penas finalmente determinadas para ambos resultaron notablemente inferiores a dicho monto.

Sin perjuicio de que, al establecer una sanción mayor a tres años de prisión, la única modalidad de cumplimiento posible es la efectiva (en conformidad con nuestro Código Penal), respondiendo al cuestionamiento de las defensas sobre este punto cabe señalar que la determinación de sanciones efectivas resulta conteste con la obligación contraída por nuestro país de penalizar la comisión de este tipo de conductas ilícitas "con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos" (art. 30 inc. 1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Ley 26.097). No caben dudas de que el monto de sanción determinado y su efectivo cumplimiento resultan proporcionales a las conductas protagonizadas por los autores desde sus cargos de tan alta jerarquía, los que les posibilitaron tener la administración de los caudales públicos sustraídos, conductas cuyo reproche debe ser agravado en virtud de su sostenimiento en el tiempo, tal como ponderó el tribunal.

Con respecto a los partícipes primarios, la Cámara tuvo en cuenta similares atenuantes y, en lo que hace a las circunstancias agravantes, valoró en particular los importantes roles que desempeñaron en el gobierno provincial, como titulares de carteras ministeriales y de la Tesorería General, según el caso, lo que se sumó a su grado de instrucción, en el sentido ya expuesto. Se advierte entonces que, al no computar el

componente temporal que sí se incluyó para agravar la sanción de los autores, resulta razonable que a aquellos les haya correspondido una pena inferior a la de aquellos y, dado que el monto discernido así lo habilitaba, de cumplimiento condicional.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación, aunque en nuestro ordenamiento penal solo está prevista que sea absoluta y perpetua para este delito (conf. art. 261 CP), se advierte que esa sanción resulta ajustada a derecho, en tanto es conteste con lo estipulado en el tratado antes referido, que establece: "Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos" (art. 30.7.a).

En consecuencia, los agravios sobre la mensuración de las penas deben desecharse, en tanto las penas determinadas por la Cámara se ajustan a derecho y se advierten proporcionales con el injusto cometido.

12. En conclusión, del desarrollo expuesto se desprende que la sentencia se encuentra fundada en forma adecuada y suficiente, con base en la prueba colectada y allí descripta, así como también ha aplicado correctamente la ley sustantiva. Además, los recurrentes no demuestran -ni se advierte- la arbitrariedad ni la errónea aplicación de la ley penal que alegan, ni la violación de garantías de los imputados, y tampoco ponen en evidencia que las penas determinadas sean irrazonables o vulneren los principios alegados.

En definitiva ha quedado evidenciado entonces el acierto de los fundamentos expresados por el juzgador para arribar al temperamento adoptado respecto de la totalidad de quienes resultaron condenados por los hechos analizados (primero y segundo). NUESTRO VOTO.

A la segunda cuestión el señor Juez Sergio M. Barotto dijo:

Por los motivos desarrollados al tratar la primera cuestión, corresponde -y así lo propongo al Acuerdo-: 1°) hacer lugar a los recursos de casación en tratamiento y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada, así como el tramo procedimental ocurrido desde la formalización del requerimiento de elevación a juicio de fs. 3119/3139 en adelante, hasta la resolución que se anula inclusive; 2°) declarar prescripta la acción penal respecto del señor Gustavo Adolfo Picchi (art. 306 inc. 4 CPP) y, en consecuencia, sobreseerlo en relación con el hecho tercero por el cual fue traído a

proceso, y 3°) reenviar el expediente a la Oficina Judicial de la Circunscripción de origen para que un nuevo tribunal, con diferente integración -que deberá surgir del respectivo Foro de Jueces Penales- prosiga con el trámite respecto de los demás imputados, en orden a las consideraciones aquí expresadas (arts. 200 C.Prov. y 441 CPP Ley P 2107). ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez Enrique J. Mansilla dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión los señores Jueces Ricardo A. Aparcian y Adrián F. Zimmermann y la señora Jueza M^a Rita Custet Llambí dijeron:

Por lo expuesto al tratar la primera cuestión propiciamos: a) declarar la prescripción de la acción penal respecto de Gustavo Picchi y su consecuente sobreseimiento, y b) rechazar los agravios recursivos presentados en relación con los restantes imputados y confirmar la sentencia impugnada a su respecto, con costas. NUESTRO VOTO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
POR MAYORÍA RESUELVE:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por los letrados Oscar R. Pandolfi y M^a Cecilia Cardella, revocar los puntos primero y sexto de la parte resolutive de la Sentencia N° 80/18 de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma, declarar la prescripción de la acción penal respecto de Gustavo Adolfo Picchi -cuyos datos obran en autos- y, consecuentemente, sobreseerlo de las imputaciones que se le formularon en los presentes autos (art. 306 inc. 4° CPP Ley P 2107).

Segundo: Rechazar, con costas, los recursos de casación interpuestos por el letrado Juan Carlos Chirinos en representación de Alfredo Pega y Cristina Uría; por el letrado Damián Torres a favor de César Barbeito; por los letrados Oscar Pandolfi y M^a Cecilia Cardella respecto de Francisco Javier González, Diego Rodolfo Larreguy, Juan Manuel Accatino y José Omar Contreras; por Oscar R. Pandolfi en representación de Alfredo Daniel Pega y Cristina Uría -como codefensor en forma conjunta con Juan Carlos Chirinos- y respecto de César Barbeito -en forma conjunta con Damián Torres-, y por el señor el Defensor Penal Pedro J. Vega por el imputado José Eugenio Ongaro.

Tercero: Confirmar los puntos tercero, cuarto y quinto de la Sentencia N° 80/18 de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma, respecto de César Alfredo Barbeito, Francisco Javier González, Cristina Liliana Uría, Juan Manuel Accatino, Alfredo Daniel

Pega, Diego Rodolfo Larreguy, José Omar Contreras y José Eugenio Ongaro.

Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

Firmantes:

BAROTTO (en disidencia parcial) - MANSILLA (en disidencia parcial) - APCARIAN

- ZIMMERMANN (subrogante) - CUSTET LLAMBÍ (subrogante)

PROTOCOLIZACIÓN:

Sentencia: 56

Secretaría N°: 2