

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 17905/02 STJ

SENTENCIA Nº: 68

PROCESADO: MARTÍNEZ JULIO CÉSAR - NEGRO CARLOS OSCAR

DELITO: PECULADO - ESTAFA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 29-04-03

FIRMANTES: LUTZ - SODERO NIEVAS - BALLADINI EN ABSTENCIÓN

//MA, de abril de 2003.-

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Luis A. Lutz, Víctor Hugo Sodero Nievas y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Francisco Antonio Cerdera, en las presentes actuaciones caratuladas: "MARTÍNEZ, Julio y Otros s/Incumplimiento de los deberes de funcionario público s/Casación" (Expte.Nº 17905/02 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., planteándose la siguiente:- - - - -

#### CUESTIÓN

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

#### VOTACIÓN

Los señores Jueces doctores Luis A. Lutz y Víctor Hugo Sodero Nievas dijeron:- - - - -

-----1.- Mediante sentencia Nº 127, de fecha 9 de Octubre de 2002, la Cámara en lo Criminal de la Ia. Circunscripción Judicial resolvió -en lo pertinente- condenar a Julio César Martínez a la pena de tres años y seis meses de prisión, más la inhabilitación absoluta y perpetua, en su carácter de coautor penalmente responsable de los delitos de peculado (art. 261 C.P. 1er. hecho) y estafa a la administración pública en la modalidad

de administración fraudulenta (arts. 174 inc. 5º y 173 inc. 7º C.P., 2º, 3º y 6º hechos), todos en concurso real (art. 55 C.P.). También condenó a Carlos Oscar Negro a la de tres años de prisión, más la inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y

///2.- costas, como coautor de los mismos delitos. Asimismo, condenó a Juan Antonio Martínez y a Atilio Juan Casadei a la pena de dos años de prisión en suspenso, más la inhabilitación absoluta y perpetua, como partícipes primarios del delito de peculado (art. 261 C.P., 1er. hecho).- - - - -

----2.- Contra lo decidido los abogados defensores de Julio Cesar Martínez y de Carlos Oscar Negro presentaron sendos recursos de casación, cuya denegatoria motivó su queja ante este Tribunal de Casación, a la que se hizo lugar y se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados.- - - -

----3.- El señor Procurador General emitió su dictamen a fs. 2719/2726, por lo que, realizada la audiencia prevista por los artículos 434 y 437 del rito, los autos quedaron en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----4.- El abogado de Julio Cesar Martínez sostiene que la resolución en crisis no ha valorado un posible accionar culposo de su pupilo, previsto en el artículo 262 del Código Penal. Admite que ha quedado acreditada la existencia de irregularidades en el Boletín Oficial de la Provincia de Río Negro que conllevaron un marcado perjuicio para el fisco, pero no así la culpabilidad de su Director -siquiera mínimamente una conducta dolosa-. Alega que la omisión de actuación de la Comisión Administradora de dicho organismo se atribuye a su pupilo, que es condenado en razón del cargo que cumplía y no por su conducta. Suma a ello que no existe prueba alguna que permita inferir que el imputado actuó a sabiendas del perjuicio ocasionado, pues los trabajos

///3.- particulares realizados fueron hechos con la condición de ser facturados y pagados. Agrega que su desconocimiento de la totalidad del trámite administrativo no puede serle reprochado a título de culpa. Entiende que lo expuesto, vinculado con el primer hecho, es aplicable al resto: adquisición de materiales para el Boletín Oficial, cuya recepción habría sido certificada, pero que nunca habrían ingresado en su totalidad. Ello con el agravante de que tal recepción no fue suscripta por su defendido, sino por el Subdirector Financiero del organismo. Discrepa con la ausencia de cuestionamiento a quien se desempeñó como jefe de Depósito, con fundamento en el artículo 47 de la Ley Provincial N° 847. Finaliza solicitando una disminución de pena.- - - - -

-----5.- El defensor particular de Carlos Oscar Negro dice que la requisitoria de

elevación a juicio -fs. 1994/2004- adolece de nulidad, pues no intima los hechos en forma clara, precisa e integral, conforme lo exige el artículo 318 del Código Procesal Penal. Así, respecto del primero sólo se atribuye a su pupilo "haber colaborado" en él. Con relación al segundo, la única acción sería la de haber firmado un formulario de entrada de mercadería. Sobre el tercero, sostiene que las deficiencias revestirían mayor entidad pues la acusación remite al hecho anterior. Agrega un supuesto de contradicción pues se calificaría la tarea de Negro como partícipe y como coautor, cuando estas dos categorías son contrapuestas. Alude a que tales deficiencias no le han permitido un adecuado ejercicio del derecho de defensa. También invoca la nulidad de sentencia por incumplimiento

///4.- del principio de congruencia -art. 159 C.P.P.- pues mientras la requisitoria de elevación a juicio reprocha al imputado una supuesta conducta participativa, la condena es en calidad de coautor. Dice que, tal como la sentencia reconoció en relación con otro de los imputados -finalmente absuelto-, la requisitoria no reprochaba conducta particularizada alguna a su defendido.- - - - -

-----6.- Impugnación de Julio César Martínez.- - - - -

----- El recurso de casación está restringido a las cuestiones de derecho -art. 426 incs. 1º y 2º C.P.P.- por lo que no corresponde -en principio- habilitar la instancia cuando la materia propuesta a discusión le sea ajena.- - - -

----- En este orden de ideas, la oposición del señor defensor al mérito del magistrado que entiende que el imputado realizó, tanto objetivamente como de modo subjetivo, el tipo penal previsto en el artículo 261 del Código Penal, manifiesta su discrepancia con aspectos de hecho y prueba, que este Cuerpo no puede reconsiderar salvo el excepcional supuesto de arbitrariedad.- - - - -

----- Ello es así pues la imputación del hecho a la acción del autor en sus elementos interiores (subjetivos) no se obtiene por un conocimiento directo, "sino a través de los elementos externos que objetivan un contenido psíquico del comportamiento" (Bacigalupo, "Derecho Penal Parte General", 314), esto es, de una serie de factores externos que acompañan la realización del hecho que permiten su comprobación.- - - - -

----- Es que lo que debe decidir sobre su existencia "no debe ser la falta de prueba de la defensa, sino la índole ///5.- del acusado, las manifestaciones precedentes del hecho, la causa para delinquir, la naturaleza de los medios empleados, la manera de obrar, etc., ya que el estado de ánimo no puede ser justificado por vía directa y positiva, sino que tiene

que ser deducido de conjeturas exteriores" (Núñez, "La Culpabilidad en el Código Penal", pág. 119), sobre las que no es posible establecer un criterio general para otros casos y construir una regla general uniforme para su solución. Ésta es casuística, lo que caracteriza a las cuestiones de hecho.- - - - -

----- Así, es "improcedente el recurso de casación planteado por el fiscal tendiente a modificar la calificación... pues lo relativo a la culpabilidad o propósito doloso con que actuaron los imputados es una cuestión de hecho y prueba ajeno a la instancia extraordinaria" (CNCasación Penal, Sala II, 23-05-01, in re "AUGIER", en LL. 2001-E, 466; también cita "CASTRO" en LL. 1999-C, 625).- - - - -

----- Del mismo modo, este Superior Tribunal de Justicia dijo que "[l]os extremos del dolo son hechos, aunque sean de naturaleza psíquica, y como tales tienen que ser comprobados por el juez, en consecuencia no está en la esfera de los poderes del tribunal de casación revalorar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción de la Cámara" (ver in re "RAMIREZ PEÑA", Se. 127/92).- - - - -

----- Tampoco se advierte el excepcional supuesto de arbitrariedad en la determinación de dicho aspecto de hecho. En este orden de ideas, no constituye un desvío palmario de las constancias de la causa, entender conformada la plena prueba presuncional de la intencionalidad del sujeto activo //6.- en el delito de peculado -realización en el Boletín Oficial, del que era Director General, de trabajos para terceros, a sabiendas de que éstos no serían pagados- con fundamento en prueba indiciaria que acredita que: - - - - -

-----a) Martínez alteró el normal circuito administrativo para su realización, que habría impedido la omisión de pago;- - - - -

-----b) asimismo, destruyó los folios del libro de registros de los pedidos de trabajo, lo que impedía la elaboración de un presupuesto;- - - - -

-----c) no existían las ordenes de trabajo respectivas, y- -

-----e) Martínez ordenaba la realización de los trabajos en acuerdo con los solicitantes.-  
- - - - -

----- Así, en los delitos de malversación de caudales (en un sentido genérico), la acción punible "se puede caracterizar como un manejo anormal de esos bienes por parte de quien está encargado de hacerles cumplir la finalidad a la que administrativamente están destinados" (Creus, "Delitos contra la administración pública", p. 312), por lo que los indicios reseñados no son arbitrarios para acreditar la culpabilidad (dolo) del sujeto activo toda vez que se trata de actos directamente encaminados a quebrantar la esfera de custodia administrativa, del dinero a percibir por el cobro del servicio brindado: trabajo

y materiales utilizados. Ello pues, como fue reseñado, se trataba de la modificación del circuito administrativo para efectuar los trabajos y -de esa manera- impedir documentar su efectiva realización, para el cobro de una obligación debida.- - - - -

----- Agregamos que la prohibición de la "reformatio in

///7.- pejus" -según la cual la defensa no puede quedar en peor posición luego de la interposición de su recurso- impide que nos refiramos a la confluencia del delito de condena con aquéllos llevados a cabo para facilitar la consumación el peculado o para ocultarlo -en especial la alteración o destrucción de elementos documentales-. - - - -

----- Lo sostenido supra respecto de los límites del recurso de casación es útil para rechazar los planteos subsiguientes en tanto que pretenden reinstalar la discrepancia del señor defensor con la determinación de la culpabilidad de su pupilo, ahora en los delitos de administración fraudulenta (arts. 174 inc. 5º, y 173 inc. 7º C.P., 2º, 3º y 6º hechos), aspectos -dijimos- ajenos a la instancia.- - - - -

----- En este orden de ideas, a tenor del razonamiento anterior, la tarea del Tribunal de Casación, puesto que la discrepancia se refiere a cuestiones de hecho, se circunscribe a verificar la existencia de arbitrariedad en el decisorio, tacha que no comprende la opinable o discutible.- - - - -

----- Así, la prueba indiciaria merituada en la sentencia es de nuevo idónea para descartar tal vicio pues reconstruye el mismo "modus operandi" en el primer hecho, esto es, la ausencia de respeto de la normativa administrativa vigente para perjudicar los intereses confiados sin riesgos.- - - - -

----- En breve reseña, el juzgador establece:- - - - -

-----a) Martínez era uno de los integrantes de la comisión administradora, junto con su copartícipe, encargado de controlar el funcionamiento del Boletín (los otros dos vocales en la práctica se encontraban ausentes).- - - - - ///8.--b) No daba intervención a la Fiscalía de Estado (intervención obligatoria según el art. 10 inc. b) Ley 88).

-----c) Es relevante para lo resuelto, pues se le requiere por haber dado por recibidos elementos nunca entregados en su totalidad al Boletín, el hecho de que los formularios de entrada no se encuentren numerados y algunos estén sin firmas. - - - - -

-----d) Al sector de Depósito tienen acceso otras personas además del encargado, lo que origina entradas y salidas de mercaderías sin su control (cabe acotar que la responsabilidad penal del Jefe de Depósito, si bien no objeto de reproche, ha sido descartada por la Cámara al merituarlo como un testigo de cargo, cuyas aserciones

fueron corroboradas en el debate; para ello debe tenerse en cuenta que los hechos determinados por la Cámara -probatorios también de los extremos subjetivos del tipo penal defraudatorio- ponen de manifiesto -al igual que en el primer reproche- la alteración del circuito administrativo normal para la recepción de los elementos adquiridos por el Boletín Oficial).- - - - -

-----e) Se suman varios indicios de "mala justificación", entre otros, lo alegado respecto de la necesidad de adelantar el pago, la existencia de "cuentas tomadas" o de finalización de ejercicios que resulta desvirtuados por los dichos de la Delegada Contable, quien aseveró que, agotado el mes o año, el crédito no se perdía sino que pasaba al ejercicio siguiente. También se afirma que se daban recibidas las mercaderías por exigencia de los proveedores, lo que es negado por el coordinador de compras y

///9.- contrataciones de la Unidad Ejecutora Provincial.- -

----- Tal determinación indiciaria es razonable para subsumir los hechos en el delito elegido. La condena no tiene sólo por fundamento el cargo que ostentaba el imputado; por el contrario, es sabido que la negligencia o la culpa "in vigilando" del Director del organismo supondría una deficiencia funcional suficiente para imponerle una sanción administrativa, no la derivada del tipo previsto por el artículo 173 inc. 7º del Código Penal; empero -en el caso que nos ocupa- la violación de deberes excede la mera negligencia y tuvo como fin procurar un lucro indebido para sí o para terceros.- - - - -

----- Es que la serie de deficiencias apuntadas -que, como dijimos, impedían el control del trámite administrativo de recepción y pago de elementos por el Boletín Oficial- pone de manifiesto no una irregularidad, sino varias, todas con dicha finalidad, lo que supone acciones dirigidas por el autor a la producción del resultado. En tal caso existe una "coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido por el autor" (Bacigalupo, op. cit., 224).- - - - -

----- Para comprender lo resuelto sirve lo sostenido por Jauchen ("Tratado de la Prueba en materia penal", 587/88): "En puridad, los elementos que se hayan obtenido, considerados crudamente, pueden aparecer en un principio como insignificantes. Adquieren significación cuando, analizados mediante inferencias lógicas, se logre establecer una relación necesaria y relevante con el hecho investigado. Así, los distintos elementos indiciarios serán analizados

///10.- primariamente en forma separada, y luego, si se comprueba su conexión válida resultando concluyentes, deben ser agrupados para analizar el material en conjunto".

Cada uno de los indicios reseñados tienen idéntico fin -ocultar a la administración el perjuicio provocado-, por lo que es razonable pensar el dolo defraudatorio.-----

--

----- El funcionario tampoco podría aducir un desconocimiento de los deberes a su cargo: "El funcionario público, no puede alegar la incompreensión de la criminalidad de los actos que cometiere en perjuicio de la entidad que administra, ya que el conocimiento de los deberes como tal surge de la aceptación del cargo" (C9na. Crim. Córdoba, 21-05-98, "POMPAS", en LLC. 1999-1200).-----

----- El modo de resolver los agravios nos exime del tratamiento del último de ellos, pues en el mismo se solicita una disminución de la pena, con fundamento en el éxito de su crítica, la que ha sido descartada.-----

-----7.- Recurso en favor de Carlos Oscar Negro.-----

----- El señor defensor propicia la nulidad del trámite sosteniendo la existencia de diversas deficiencias, sancionadas -a su entender- con nulidades absolutas. Alega la falta de descripción fáctica suficiente del requerimiento de elevación a juicio y la violación del principio de congruencia de la sentencia.-----

----- Ambos agravios deben ser rechazados.-----

----- Atento al principio de trascendencia, seguido de modo reiterado por este Cuerpo, para el adecuado funcionamiento del sistema de nulidades, éstas no deben ser declaradas si no media interés jurídico en reparar pues el remedio alegado

///11.- por la parte "no tiene por finalidad satisfacer pruritos formales sino subsanar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación [de las formas procesales]... cada vez que esta desviación suponga restricción a las garantías debidas a las partes" (CNCrim. y Correc., sala V, 30-03-01, "DE ROSSO", en LL. 2001-E:170).-----

-

----- Es que las formas procesales obligan al resguardo del trámite sancionando su incumplimiento con la tacha de nulidad, pues procuran adecuar las etapas de acusación, defensa, prueba y sentencia, exigiendo al aparato judicial determinadas medidas para posibilitar a las partes el ejercicio de sus derechos. Cuando estos derechos han sido ejercidos aun en defecto de formas no tiene sentido la sanción de nulidad, pues aquellas etapas habrían sido cumplidas: la forma en sí no tiene que ser protegida, como en el sistema sacramental del derecho romano. De ello se deduce la necesidad, para un planteo nulificadorio completo, de que quien deduzca un recurso en tal sentido demuestre de qué modo los defectos de actividad del juzgador resultaron en concretos

perjuicios a los intereses de su pupilo, así como qué defensas se vio privado de oponer.-

-----

----- En este orden de ideas, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal ("ENCINAS", 11-06-02, en revista LL. Del 13-01-03, p. 1) dijo que "... la garantía de la defensa en juicio tiene carácter sustancial y por ello exige de parte de quien la invoca la acreditación de concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido ese vicio".-

----- //12.-- En la cita (1) de dicho sumario también se encuentra como jurisprudencia vinculada un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("ROMERO", 31-03-01, en LL. 1999-E, 669) que "ha dicho que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma".-

-----

----- En este orden de ideas, en el análisis del agravio vinculado con la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio se observa el incumplimiento de tal requisito. Así, comienza con un desarrollo teórico del significado de la imputación, su contenido y objeto, para pasar a cuestionar la descripción de los hechos atribuidos al imputado, y concluye que esto le ha impedido ejercer el derecho de defensa (fs. 2659/2663). Sin embargo, esto no implica fundar el perjuicio concreto, pues omite señalar cuáles eran las defensas que se vio imposibilitado de utilizar y de qué modo la descripción que estima adecuada habría dado lugar a tales defensas, que modificarían la suerte de lo decidido.- - -

----- Se advierte asimismo que toda la tarea defensiva

-incluso el contenido de la declaración indagatoria prestada en debate (fs. 2557/2561)- intenta desvirtuar los hechos que se tienen comprobados, a saber: para el primero ("realización de trabajos para terceros, utilizando maquinarias, materiales y personal del organismo estatal, a sabiendas -junto con los otros coautores- que el costo de dichos trabajos no ingresaría a la administración") y para //13.- los restantes, "dar por recibida mercadería que había sido adquirida por el Boletín -firmando el formulario de entrada-, aunque esta no había ingresado al organismo, el que se vio perjudicado al pagar indebidamente". Así, no cabe ahora alegar desconocimiento alguno.- - - - -

----- El argumento restante -que a su pupilo se le endilgan calidades contradictorias: coautor y partícipe necesario- no puede prosperar pues en ésta no se le atribuye a Negro

tal segundo rol sino que se utiliza el sustantivo de modo genérico -que Martínez debió contar necesariamente con la participación de Negro (fs. 2003 vta.)-, pues en "rigor la exposición científica de la participación presupone el 'concurso de delincuentes' en un hecho delictivo y en tal caso comprende la autoría y la coautoría. En cuanto a la primera, porque el estudio se hace en relación a los otros intervinientes, para diferenciarlos conceptual y jurídicamente de los autores (un estudio del puro autor aislado, en cambio, se hace a través del desarrollo integral de la parte general, en las cuestiones de acción, causalidad, culpabilidad, etc.). A su vez, en orden a la coautoría, la inclusión del tema es más evidente, pues presupone per se el concurso de sujetos" (ver Jorge De la Rúa, "Código Penal Argentino", 849). Por lo tanto, el reproche hacia Negro era como coautor (partícipe en el hecho).- - - - -

----- Lo mismo puede decirse respecto del segundo, en donde se aduce la nulidad de sentencia por violación del principio de congruencia. Éste contiene -en su inicio- un desarrollo del principio mencionado, su fundamento constitucional y

///14.- legal, con cita jurisprudencial y doctrinaria, pero no dice cuáles son los hechos modificados o agregados, y ni siquiera las defensas que se vio privado de utilizar.- - - -

----- La defensa trae nuevamente a colación la diferencia entre partícipe y coautor, aspecto desarrollado supra, en contra de su teoría: para el Superior Tribunal no es contradictorio denominar al coautor como partícipe. Las razones fueron expuestas de modo suficiente, con cita doctrinaria.- - - - -

----- Como eventual contradicción, agrega que su pupilo fue condenado como coautor cuando se le había reprochado actuar como colaborador. Incurrir así en el mismo error pues no se trata de categorías contradictorias, desde que la coautoría supone colaboración objetiva (ver Jorge De la Rúa, op. cit., 853).- - - - -

----- Bacigalupo ("Derecho Penal. Parte General", 503) dice que "el significado de la expresión 'tomar parte en la ejecución' sólo de esta manera adquiere un adecuado valor dogmático en lo referente a la coautoría, pues señala precisamente el momento que va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación, período en el que prestar una colaboración sin la cual el hecho 'no se habría podido cometer' implica un aporte que revela el co-dominio del hecho. Es evidente que el sujeto que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación y, por lo tanto, co-domina el hecho".- - -

----- Por las razones expuestas deben ser rechazados los recursos de casación sub

examine, con costas.- - - - -

-----8.- Empero, la lectura de la sentencia permite advertir

///15.- un error de derecho no argumentado por la defensa, declarable de oficio por este Tribunal de Casación toda vez que "converge en esta causa un interés institucional de orden superior que radica en evitar hacer incurrir en responsabilidad internacional a la República, a la luz de las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no sólo ha sido ratificada por nuestro país (ley 23054), sino que fue incorporada a la Constitución Nacional, en los términos expuestos por el art. 75, inc. 22, a partir de la reforma de 1994, pues aquí está en juego

-como se intentará demostrar- los principios de legalidad y del ne bis in idem" (CSJN, in re "POMPAS", 03-12-02; del dictamen del Procurador, que la Corte hace suyo; bastardillas en el original).- - - - -

----- En este sentido, adelantamos que los imputados no cometieron tres delitos de administración fraudulenta

-hechos 2º, 3º y 6º- en concurso real -art. 55 C.P.-, sino uno solo comprensivo de varias acciones de infidelidad, por lo que la sentencia en la que tales acciones convergen en concurso real lesiona de modo directo la garantía constitucional aludida -art. 8 inc. h 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75 inc. 22 C.N.; arts. 1º última parte del C.P.P. y 19 C.Pcial.- pues se estaría condenando dos veces por el mismo delito.- - - - -

----- No es necesario que nos extendamos en demasía sobre este punto: el precedente "POMPAS" citado supra es suficientemente claro y completo en el desarrollo de la postura que sostenemos. A sus términos nos remitimos, en lo pertinente, para no abundar de modo innecesario.- - - - -

///16.-- En breve síntesis, destacamos que el delito previsto por el artículo 174 inc. 7º del Código Penal tiene como principal característica la realización de cierto número de maniobras abusivas, como que la administración comprende un conjunto de bienes.- - - - -

----- "La fragmentación del ilícito no reitera el delito, porque siempre es expresión, del manejo de ese conjunto de bienes que el agente tiene a cargo, considerando la relación administrativa y global... Generalmente, el administrador es tal, desde el nombramiento hasta su cese y el espacio de tiempo que dura dicha relación, comprende toda la administración. Al hacer referencia a toda la administración, queremos decir que es una administración. De ese modo, cada operación que realiza forma parte de la gestión global. No se es más administrador por realizar más operaciones o tomar más

decisiones, sino que es parte de la gestión, donde deben realizarse innumerables actos jurídicos, que, a su vez, pueden enriquecer, comprometer, beneficiar y dañar el patrimonio confiado. Todos estos actos, en bloque, configuran la administración, al igual que en la quiebra, donde queda claro que no se quiebra dos veces si se sustraen dos bienes del patrimonio fallido. La administración será calificada según lo que ocurra con el conjunto de los bienes administrados, por lo tanto, lo que interesa es el resultado de la gestión en términos globales, no cada operación" (Cristina Caamaño Iglesias Paiz, "El delito de administración fraudulenta", págs. 148/149, citada en el dictamen del Procurador).- - - - -

----- Por lo tanto, si en el delito examinado se tiene en

///17.- mira la total gestión del mandatario, la administración es una sola y una conducta fraudulenta, aunque ésta se componga de una multiplicidad de acciones (repetición) que no pluraliza la infidelidad, el delito es único.- - - - -

- - - - -

----- La "doctrina enseña que todos los hechos acaecidos en el desarrollo de una única y misma gestión, manejo, administración, cuidado deben ser agrupados y tratados como una sola administración por infidelidad o abuso... se ha dicho que donde el art. 55 del Cód. Penal dice '\varios hechos independientes\'', en el delito continuado debería decir '\varios hechos dependientes\''. Esta dependencia estaría dada por la presencia de varios elementos objetivos y subjetivos, más lo concreto es que ello depende del jurista y de la legislación comentada. La única sospecha de que el caso de la administración fraudulenta no sería uno de delito continuado viene de la mano de que no hay unidad de designio inicial de afectar el objeto sobre el que recae la acción como en el caso del que se propone sustraer por etapas todos los cubiertos de un mismo juego. Pero esta sospecha se vuelve relativa porque también se encuentran en la doctrina y legislaciones casos de delitos continuados donde el autor renueva sus intenciones a medida que se le van dando las oportunidades" (Javier A. De Luca, "Una abreviada absolución por administración fraudulenta", nota al fallo del Tribunal Oral Criminal N° 7, 22-12-99, en LL. 2000-E, 304 y ss.).-

----- En este sentido, los hechos requeridos como segundo, tercero y sexto comprenden una misma gestión, de Julio César Martínez en calidad de Director del Boletín Oficial y de

///18.- Carlos Oscar Negro como Subdirector Financiero, realizados en similar espacio temporal -entre diciembre de 1995 y el 28 de noviembre de 1997-; son homogéneos,

pues se trata siempre de la adquisición de elementos para el organismo estatal mencionado, su pago y la recepción que simulaba ser total, cuando ingresaban sólo parcialmente. También se afecta un mismo patrimonio -aprovechando circunstancias esencialmente iguales- e idéntico bien jurídico.- - - - -

----- Todo ello permite suponer que, desde un punto de vista subjetivo, los coautores tuvieron en los inicios alguna forma genérica de representación mental de los actos luego realizados en una secuencia similar: licitación-adquisición-ingreso parcial-pago total. Renovaron una decisión original persistente, bajo idénticas circunstancias; "de tal modo la pluralidad de realizaciones típicas en sí autónomas se consideran en una unidad de acción. Se trata por tanto de la configuración de un solo delito continuado de administración fraudulenta..." (Tribunal Oral Criminal N° 7, 20-04-01, in re "GARIBOTTI", en LL 2001-D, 769).- - - - -

----- En este orden de ideas, al no verificarse en las defraudaciones mencionadas la existencia de hechos independientes, sino "un acontecer delictivo único en indivisible, no es factible encuadrar la conducta desplegada por el imputado en la figura del concurso real sino en la del delito continuado" (ver in re "ROJEL", Se. 119/99; arts.54, 55 y 56 C.P.).- - - - -

-----9.- Por las razones que anteceden proponemos al Acuerdo rechazar los recursos de casación en tratamiento, con

///19.- costas, y revocar de oficio la sentencia puesto que considera la pluralidad de defraudaciones como independientes y aplica el art. 55 C.P. -concurso real- cuando son hechos dependientes, es decir, propios de un delito continuado. En consecuencia, debe reducirse la extensión de la pena impuesta y quedar en suspenso su aplicación, dado que es modificado el concurso real de tres hechos de administración infiel (arts. 174, inc. 5° y 173 inc. 7° C.P.) por el establecimiento de un solo delito. Son meritadas similares pautas mensurativas que las expuestas por el grado: circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los hechos se cometieron, perjuicio ocasionado, carencia de antecedentes penales, buena información de abono y condición social y económica de los imputados (ver fs. 2633).- - - - -

----- Así, entendemos justo revocar la sentencia en crisis en los puntos respectivos y condenar a Julio César Martínez, de circunstancias personales obrantes en autos, a la pena de tres años de prisión, de cumplimiento en suspenso, más la inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas, en su carácter de co-autor responsable (art. 45 C.P.) de los delitos de peculado (art. 261 C.P.) en concurso real (art. 55 C.P.)

con fraude a la administración pública en la modalidad de administración fraudulenta -tres hechos en delito continuado- (arts. 174 inc. 5º, 173 inc. 7º, 54, 55 y 56 C.P.). Asimismo, se debe condenar a Carlos Oscar Negro, de circunstancias personales obrantes en autos, a la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso, más la inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas, en su calidad de co-autor

//20.- responsable (art. 45 C.P.) de los delitos de peculado (art. 261 C.P.) en concurso real (art. 55 C.P.) con fraude a la administración pública en la modalidad de administración fraudulenta -tres hechos en delito continuado- (arts. 174 inc. 5º, 173 inc. 7º, 54, 55 y 56 C.P.).-----

----- Asimismo, en calidad de pautas de conducta (art. 27 bis del C.P.), los condenados Martínez y Negro deberán realizar trabajos no remunerados a favor del Estado, en el organismo que determine el Tribunal de ejecución penal, por el término de dos años y con una carga de dos horas semanales. -----

-----10.- Finalmente, no podemos dejar de advertir, respecto de los hechos subsumidos en el tipo penal de administración infiel, la insuficiencia de la acusación en tanto no incluye, conforme con la hipótesis que se demuestra, a la totalidad de los partícipes involucrados.-----

----- En este orden de ideas, si el delito defraudatorio a la administración pública tiene como coautores a los responsables de la dirección del Boletín Oficial -por haber pagado la compra de diversos elementos, previo a su ingreso (cuando debía ser a posteriori), dando por recibida la totalidad de lo debido a pesar de que la entrega era parcial-, los hechos establecidos necesitan de la participación en connivencia de los particulares que proveyeron tales elementos, conforme con un pliego licitatorio.-----

----- Así, la ejecución de los contratos de la Administración tiene como característica específica el

//21.- formalismo, salvo las excepciones previstas en el régimen de contrataciones; en el "cumplimiento de las obligaciones contractuales de ambos sujetos, ellos actúan a través de un procedimiento de ejecución que se manifiesta mediante actos y hechos jurídicos formales, ya previstos en el pliego. Emiten documentación que tiene significativa importancia y en la cual expresan su conducta: replanteo, orden de compra o venta, notas de pedido, plan de trabajos, órdenes de servicio, certificación, recepción parcial o definitiva, que van a indicar los alcances de la voluntad que comprometieron al

contratar y la medida de su cumplimiento, en orden a la resolución de los probables conflictos que puedan producirse durante la ejecución del contrato" (ver Roberto Dromi, "La licitación pública", ps. 73/74), lo que resulta aplicable al caso.-----

----- En este contexto de formalismo, la materialidad que la sentencia establece -puesto que al condenar por una figura de fraude descarta supuestos de error o negligencia en la registración y control de los elementos recibidos por la administración- necesita no sólo de la participación de aquellos funcionarios públicos investidos de las facultades de manejo, administración o cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, sino también de la acción en connivencia de los terceros que aceptaban pagos totales cuando habían entregado parcialmente lo prometido, esto en una evidente complicidad (ver Rodríguez-Galetta de Rodríguez, "Delitos contra la propiedad", 60).-----

----- "Para precisar la autoría de la administración fraudulenta se debe tener presente que los agentes no

///22.- calificados no pueden ser coautores (lo cual se da en el caso en que dos o más personas intervengan en la ejecución del hecho delictivo con ánimo de obrar en común en tal conducta) sino cómplices..." (Carrera, "Administración fraudulenta", Ed. Astrea, 2002, p. 147).-----

----- "En síntesis, la falta de una disposición expresa en materia de participación del extraneus en delitos especiales no acarrea ningún problema en el marco sancionador, ya que nuestra ley penal, salvo en el caso del art.46, castiga con la misma escala punitiva a los autores y a los partícipes en esta clase de delitos, circunstancia que sí tendrá preeminencia en la determinación de la pena" (Aboso, "El delito de defraudación por administración infiel", 97, bastardillas en el original).-----

----- Con las salvedades apuntadas, tal connivencia no fue requerida por el Ministerio Público ni advertida por el Juez de Instrucción, lo que da lugar a un análisis de la disfuncionalidad advertida conforme con la política institucional de este Superior Tribunal de Justicia expuesta en la Acordada N° 70/01. Por ello, también propiciamos que se extraigan fotocopias de las actuaciones pertinentes y se remitan al Consejo de Magistratura de la Ia. Circunscripción Judicial para la evaluación pertinente. Asimismo, corresponde que se corra vista de lo aquí resuelto al Agente Fiscal en turno para lo que estime corresponder en orden a una correcta promoción de la acción (arts. 60, 173, 180, 185, 317 y 318 inc. 3° C.P.P.). NUESTRO VOTO.----- El señor Juez doctor Alberto Ítalo Ballardini dijo:-----

----- Atento a la coincidencia manifestada por los señores

///23.- Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.)- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar los recursos de casación interpuestos a

----- fs. 2646/2654 y vta. y 2658/2668 de las presentes actuaciones por los doctores Manuel Maza y Danilo Vega, respectivamente, con costas.- - - - -

Segundo: Casar de oficio los puntos 1º y 2º de la parte

----- resolutive de la sentencia N° 127/02 de la Cámara en lo Criminal de Viedma.- - -

----- Tercero: Condenar a Julio César Martínez, de circunstancias

----- personales obrantes en autos, a la pena de tres años de prisión de cumplimiento en suspenso, más la inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas, en su carácter de co-autor responsable (art. 45 C.P.) de los delitos de peculado (art. 261 C.P.) en concurso real (art. 55 C.P.) con fraude a la administración pública en la modalidad de administración fraudulenta -tres hechos en delito continuado- (arts. 174 inc. 5º, 173 inc. 7º, 54, 55 y 56 C.P.)- - - - -

----- Cuarto: Condenar a Carlos Oscar Negro, de circunstancias

----- personales obrantes en autos, a la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso, más la inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas, en su calidad de co-autor responsable (art. 45 C.P.) de los delitos de peculado (art. 261 C.P.) en concurso real (art. 55 C.P.) con fraude a la administración pública en la

///24.- modalidad de administración fraudulenta -tres hechos en delito continuado- (arts. 174 inc. 5º, 173 inc. 7º, 54, 55 y 56 C.P.)- - - - -

----- Quinto: Disponer que los condenados Julio César Martínez y

----- Carlos Oscar Negro realicen trabajos no remunerados a favor del Estado, en el organismo que determine el Tribunal de ejecución penal, por el término de dos años y con una carga de dos horas semanales.- - - - -

actuaciones pertinentes y

----- remitirlas al Consejo de la Magistratura de la Ia. Circunscripción Judicial con el fin de que se evalúe la disfuncionalidad advertida en el punto 10 de los Considerandos.-

----- Séptimo: Correr vista de lo aquí resuelto al Agente Fiscal

----- en turno en orden a una correcta promoción de la acción (arts. 60, 173, 180, 185, 317 y 318 inc. 3° C.P.P.).- Octavo: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

ANTE MÍ: FRANCISCO A. CERDERA - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 2

SENTENCIA N°: 68

FOLIOS: 393/416

SECRETARÍA: 2