

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24721/10 STJ

SENTENCIA Nº: 89

PROCESADA: BOMBARDIERI SANDRA CRISTINA

DELITO: ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO POR ABUSO DE CONFIANZA
EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 23/06/11

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – LUTZ (NO FIRMA POR COMISIÓN DE
SERVICIOS) – BALLADINI EN ABSTENCIÓN

///MA, de junio de 2011.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Soderó Nievas, Luis Lutz y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia del tercero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “BOMBARDIERI, Sandra Cristina s/Fraude Administración Pública por administración fraudulenta s/ Casación” (Exppte.Nº 24721/10 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:--

C U E S T I Ó N

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

V O T A C I Ó N

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

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

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 6 del 19 de abril de 2010 y su rectificatoria, Nº 7 del 20 de abril de 2010, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial resolvió condenar a Sandra Cristina Bombardieri a la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial perpetua para desempeñar cargos públicos, accesorias legales y costas, por resultar autora material y penalmente responsable del delito de

administración fraudulenta por abuso de confianza y en perjuicio de la Administración Pública (arts. 173 inc. 7° y 174 inc. 5° C.P. y 498 y 499 C.P.P.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo así decidido, el defensor particular,

///2.- en representación de Sandra Cristina Bombardieri, dedujo recurso de casación, que fue declarado admisible por el a quo y por este Tribunal.- - - - -

-----1.3.- Luego se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados.- - - - -

-----1.4.- En la fecha fijada para ello, se realizó la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo con la asistencia de la imputada Sandra Bombardieri, junto con su defensor doctor Manuel Maza, y el señor Fiscal General subrogante doctor Juan Ramón Peralta. Al final del acto, se ordenó agregar el escrito de la Fiscalía General y los miembros del Tribunal pasaron a deliberar.- - - - -

-----2.- Impugnación de la parte recurrente:- - - - -

----- Los argumentos del recurso de casación fueron reeditados en los alegatos de la audiencia con ampliación sobre algunos motivos, en los términos que reseño a continuación:- - - - -

-----a) Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva o de fondo en el encuadre del tipo penal:- - -

----- Refiere que la propia requisitoria contiene un contrasentido al colocar a Bombardieri como Jefa del Área Judicial –lo cual la decisión tiene por probado, además de su profesión de abogada- para luego atribuirle una omisión y un ámbito consumativo absolutamente ajenos a su función, tal es no controlar liquidaciones y además atinentes a la firma de convenios de pago de los que hace derivar el perjuicio. Cita la Ley 88 y el art. 190 de la Constitución Provincial y

///3.- afirma que la atribución constitucional y legal de representación judicial o procesal corresponde originalmente al Fiscal de Estado, quien es el que la delega por medio de sustitución de mandato; esa y ninguna otra es la función del Área Judicial: intervenir en juicios conforme mandato otorgado a sus integrantes, lo que excluye la posibilidad de encuadre como sujeto activo. Luego afirma que el DNL 1/04 - Ley 3868 fijó las obligaciones procesales y de actos de disposición para el evento, y alega la interpretación errónea del Reglamento Orgánico de la Fiscalía de Estado en relación con la Ley 3233 de creación de la Comisión de Transacciones Judiciales.- - - - -

- - - - -

----- Aduce que una eventual obligación de control de liquidaciones no puede exceder

de la que provenga del trámite de una causa en curso en el aspecto procesal; tal el caso del art. 503 del Código Procesal Civil y Comercial, al que no se arribó en los juicios de la Ley 2990 justamente porque el DNL 1/04 promovía la evitación de esa instancia de ejecución de sentencia y porque la defensa en juicio cesaba automáticamente.- - - - -

----- En orden a la finalidad ilícita, sostiene que debe consistir en la obtención de un lucro indebido y que el cobro de honorarios devengados en los juicios que tuvieron origen en los reclamos por la aplicación de la Ley 2502 mal pueden ser un lucro indebido o ilícito.- - - - -

----- Agrega que se observa de su parte un plus de cuidado respecto de los convenios, que hay responsabilidad de la contraparte y que aquellos fueron firmados a la luz de un principio de buena fe, que debe regir no solo la

///4.- interpretación, sino también la celebración de contratos, de modo que no puede suponerse el dolo. Alega que el abuso fue del abogado de la contraparte, que consignó mal los montos y actuó dolosamente. Reitera que ni siquiera en posición de garante puede contarse con el dolo de la contraparte, y que la causalidad del perjuicio está circumscripita a los abogados que presentaron los convenios, puesto que la Fiscalía adoptó todos los recaudos.- - - - -

----- Otro aspecto del pronunciamiento que le causa agravio es el atinente a la configuración del perjuicio. Señala que las liquidaciones realizadas por los contadores arrojan diferentes resultados; además, en el fuero civil tramita una causa (iniciada a Zalesky) con hechos controvertidos que puede concluir con que se haya pagado lo debido, hipótesis que admite que ni siquiera de modo potencial algún dinero hubiera estado sustraído del patrimonio del Estado.- - - - -

-----b) Irrazonabilidad y falta de fundamentación de la sentencia:- - - - -

----- La parte recurrente afirma que existía una situación de desborde propio de este tipo de demandas masivas que establecía una imposibilidad abrumadora en el organismo para todos aunque se quisiera actuar oficiosamente; agrega que solo en los expedientes de Zalesky se auditaron 1700 actores en los expedientes laborales. También argumenta que debió ser meritulado especialmente el contexto de emergencia y urgencia, y el hecho de que se pagaba con los títulos públicos BOGAR I que a la fecha del dictado del DNL 1/04 ya habían cortado ocho cupones y perdido valor.- - - - -

----- Manifiesta luego que la función reglada que debía

///5.- cumplir su pupila era la instrumentación del cese de la defensa en juicio o de la presentación del art. 7 que el DNL disponía en caso de no-aceptación de los convenios y continuidad de la causa. A ello suma que la manda del DNL asignaba al Área Judicial las funciones de cesar los juicios y efectuar desistimientos y declinaciones o proseguir los juicios en la forma indicada de no adherirse al convenio, e insiste por otro lado en la función del Fiscal de Estado de firmar los convenios de pago (transaccional-acto de disposición patrimonial).- - - - -

----- Entiende que una cosa es practicar o realizar una liquidación para tornar líquido un crédito y establecer lo debido en un convenio, y otra muy diferente es la presentación de liquidaciones, lo que las dota de autonomía y entidad física independiente del convenio. Agrega que la requisitoria introduce otra realidad, las liquidaciones presentadas por los letrados, cuando no se presentaron liquidaciones sino convenios.- - - - -

-----c) La pena: inobservancia de la ley de fondo. Violación a las normas del debido proceso legal y defensa en juicio:-

----- La defensa expresa que se aplicó una pena mayor o más severa que la pretendida por la Fiscal de Cámara (tres años de prisión en suspenso), y que lo peor es que la impuesta es de cumplimiento efectivo. Asevera que se afectó el debido proceso legal y la imparcialidad del tribunal, y cita los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, doctrina y jurisprudencia.- - - - -

-----d) Irrazonabilidad de la pena. Falta de fundamentación:

----- Afirma que la imposición de la pena carece de la

///6.- debida fundamentación, y que se agravó la pena por la educación, no la instrucción, cuando no guarda relación entre ambas. Con respecto al mérito de la magnitud económica del daño y su pérdida para la sociedad, dice que no se tuvo en cuenta que es un elemento controvertido porque existe una demanda civil.- - - - -

----- Plantea además que no se reflexionó acerca de la peligrosidad futura de la imputada ni se hicieron pronósticos sobre su proclividad al delito o la posibilidad de volver a delinquir.- - - - -

-----e) Por último, pide que se revoque el fallo y se absuelva a su pupila, o bien se anule la sentencia y se remita el proceso para nueva sustanciación; que se deje sin efecto la pena impuesta por arbitrariedad e irrazonabilidad y, subsidiariamente, que se aplique una pena de ejecución en suspenso.- - - - -

-----3.- Contestación de agravios de la Fiscalía General:- -

----- El funcionario expone en la audiencia y presenta escrito de ampliación de fundamentos. En tales intervenciones, solicita el rechazo del recurso porque entiende motivada la sentencia y la sostiene.-----

----- En cuanto a la figura penal, alega que el sujeto activo debe tener el cuidado –es suficiente con ello-; respecto de la infidelidad o abuso, señala que hay un deber de cuidado y un quebrantamiento, y que los hechos surgen de la propia declaración de la imputada, quien tenía a su cargo el manejo de los expedientes, de los testigos y de la documental acompañada. Meritúa la prueba y afirma que los expedientes se concentraron en la imputada y que esta

///7.- prohibió que realizaran los controles y las liquidaciones a quienes habitualmente los hacían. Señala que la sentencia tiene por acreditado el interés propio de la imputada, que al convenio se adosaron otros y que en el instructivo de fs. 264 consta que su origen se atribuye a Bombardieri. Detalla que no se controlaban las liquidaciones y en anexo los abogados debían aportar por lo que habían perdido, hechos que se subsumen en el delito al que se arriba. Argumenta que la devolución parcial espontánea de Zalesky abona la hipótesis del pago en demasía, esto es, la prueba de tal demasía.-----

----- En cuanto al cese de la intervención de la defensa, aduce que esta debía cesar cuando el convenio estuviera homologado por el juez, no antes, y que los acuerdos tienen la forma de un escrito judicial.-----

----- Interpretando la requisitoria, explica que la omisión de control es en realidad una omisión adrede, que se enmarca en las instrucciones de no controlar más el aglutinamiento de los expedientes, y hacer que los expedientes no ingresaran a la Comisión de Transacciones Judiciales para que quedaran en la Fiscalía de Estado.-----

----- Refiere el art. 13.c. del Reglamento Orgánico de Fiscalía, y luego plantea que, si bien se aduce la imposibilidad de control y de contratar, se contrató efectivamente a la Contadora Gilardi y esta, al efectuar tal control, concluyó que se había pagado mucho más de lo que correspondía.-----

----- En cuanto al agravio según el cual la imputada no tenía la administración, señala que basta con el cuidado que

///8.- deviene de su rol de funcionaria, por lo que debía controlar los intereses de la provincia. En tal sentido, afirma que no era necesaria la administración, sino que su obligación como Jefe de Área era el pase a la Comisión de Transacciones o someter al

Fiscal de Estado las transacciones, de modo que el actuar de Bombardieri, al omitir tales pases, vehiculizaba los convenios, con lo que contribuía a no hacer visible lo que ocurría, porque evitaba que algún funcionario de carrera o contratado hiciera patente la irregularidad.- - - - -

----- Agrega que la figura exige perjudicar al Estado, y que la motivación para la urgencia y el apuro en cuanto a las liquidaciones era cobrar los honorarios, lo que permite acreditar que actuó con dolo directo, que se acredita con prueba indiciaria, que señala.- - - - -

----- Insiste luego en que es cierta la existencia de una causa civil donde se tramita la devolución de lo incorrectamente pagado, pero que el perjuicio fue acreditado mediante prueba pericial, de modo que lo anterior puede remediar lo ocurrido, pero es solo un intento de reparación; además, no hay contradicción en los montos de las periciales para la determinación del perjuicio, en tanto la segunda actualizó la primera.- - - - -

- - - - -

----- El funcionario aduce que debe interpretarse que la requisitoria, al hablar de “liquidación”, se refiere a la declaración de montos líquidos y debe entenderse como precisión de montos.- - - - -

----- Luego cita precedentes de este Cuerpo según los cuales se admite la imposición de pena superior a la solicitada por

///9.- la Fiscalía, ítem que se encuentra motivado en la sentencia, por los atenuantes y los agravantes.- - - - -

-----4.- Hecho reprochado y de condena:- - - - -

----- “Se imputa a la Dra. Bombardieri que en fecha no precisada, pero que habría acontecido en el transcurso del año 2004 en esta ciudad de Viedma, en oportunidad de firmarse los convenios de pago, entre quienes habían demandado por aplicación de las Leyes 2990 y 2502 y la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, la nombrada, quien se encontraba a cargo de la Jefatura del Area Judicial de dicho organismo, no controló las liquidaciones pertinentes que habían sido realizadas por los distintos estudios jurídicos que representaban a los demandantes, originandose así un perjuicio al Estado Provincial, al constatare mediante una auditoría contable contratada por la propia Fiscalía de Estado y llevada a cabo por la Contadora María José Gilardi que al estudio jurídico del Dr. Juan José Zalesky se le habría abonado de más la suma de \$ 3.244.580,20 actualizada al 31/3/09 por el perito Contador Gastón Lehner. Agrega la Sra. Fiscal de Cámara que tal comportamiento estuvo motivado en lograr el pronto pago

de sus honorarios devengados en los juicios que se instrumentaron contra la Provincia en orden a la Ley 2502” (fs. 3217 vta.).- - - - -

-----5.- Orden de análisis de los agravios:- - - - -

----- Dado que los argumentos desarrollados en el recurso de casación son sustancialmente similares a los expuestos en la audiencia, paso a analizarlos en el orden en que fueron plasmados en aquel escrito para una mejor comprensión de lo

///10.- que aquí se resuelve.- - - - -

-----6.- Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva o de fondo en el encuadre del tipo penal:- - -

-----a) La acción típica del delito consiste básicamente en perjudicar los intereses confiados, o en obligar abusivamente a su titular en violación de los deberes inherentes a las facultades que ejercita el autor. El perjuicio generado por el accionar delictivo puede ser cualquier menoscabo patrimonial causado por la acción u omisión del agente infiel, el que puede traducirse en una disminución del patrimonio o bien en el sometimiento de su titular a una obligación abusiva (cfr. Carlos Creus, Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires, 1996).- - - - -

----- En la administración fraudulenta (art. 173 inc. 7° C.P.), la infracción consiste en violar los deberes de administración, pero, si es cometido por un funcionario público, el fraude se subsume en el tipo del art. 174 inc. 5° del Código Penal, lo que conlleva una figura agravada. Entendemos que concurren en autos todos los extremos para la imputación y debe considerarse correcto el encuadre (conf. Millán, Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados, págs. 31 y 33; conf. Se. 113/05 STJRNSP).- - - - -

----- La administración fraudulenta se configura cuando el sujeto activo -que únicamente puede ser quien maneja, administra o cuida bienes o intereses pecuniarios ajenos- perjudica lo que le fuera confiado violando deberes que se originan en el ejercicio del poder que el agente ejerce por disposición de la ley, de la autoridad o de un acto

///11.- jurídico. Dicho manejo debe ser arbitrario o discrecional y contrario a los deberes que debía observar en su condición de responsable, circunstancia que revela un elemento tipificante de la figura genérica de la estafa, cual es el abuso de confianza.- - -

- - - - -

----- Esencialmente se trata de un tipo delictivo que tutela la propiedad censurando, dentro de las especies de defraudación, el abuso de confianza. En el caso, el autor

comete la hipótesis defraudatoria abusando de la situación en la que se encuentra colocado frente a los bienes o intereses pecuniarios ajenos que, con un determinado fin, le fueron confiados (conf. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal. Parte Especial, Bs. As., 2001, Tomo II-B).- - - - -

----- El término bienes comprende a las “cosas” -objetos materiales- y los “derechos” -objetos inmateriales-. Por su parte, la expresión “intereses pecuniarios” pretende tutelar toda forma de provecho traducible en dinero a que su titular tiene derecho con arreglo al deber de cuidado de su patrimonio que jurídicamente compromete al mandatario. De tal manera, conforman intereses pecuniarios las perspectivas del titular del patrimonio de obtener la mayor ganancia posible en una operación practicada a través de su órgano de representación. Los sujetos activos de este delito, por otra parte, solo pueden ser aquellas personas físicas o de existencia visible con facultades de gobierno sobre bienes ajenos, lo cual presupone el vínculo entablado a través de una relación jurídica en la cual el otorgante confiere poder jurídico externo al autor facultándolo a vincularlo patrimonialmente con terceras personas, nexos que, como se ha

///12.- señalado, puede originarse en la ley, en la autoridad o en un acto jurídico (v. Daniel Pablo Carrera, “Administración fraudulenta”, en Derecho penal de los negocios, Buenos Aires, 2004).- - - - -

----- Por otra parte, la determinación indiciaria es razonable para subsumir los hechos en el delito elegido. La condena no tiene por fundamento solo el cargo que ostentaba la imputada; por el contrario, 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 que impedían el control 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, Derecho Penal. Parte General, pág 224).-

-----b) Normativa vigente: Atento a su escala jerárquica, en primer lugar deben mencionarse el arts. 190º y 194º de la Constitución Provincial que disponen: “Fiscalía de estado – Funciones. Artículo 190.- Corresponde a la Fiscalía de Estado el control de legalidad de los actos administrativos del Estado y la defensa de su patrimonio. Es parte necesaria y legítima en todo proceso en los que se controviertan intereses de la Provincia y en los que ésta actúe de cualquier forma”.- - - - -

----- “Comisión de transacciones judiciales – Funciones. Artículo 194.- Corresponde a

la Comisión de Transacciones Judiciales dictaminar sobre toda propuesta de transacción
///13.- que sea recibida, o promovida por los órganos que ejercen la representación del
Estado provincial, a causa de juicios que revistan trascendencia económica, social o
política, teniendo en cuenta la conveniencia patrimonial y de conformidad con los
principios éticos propios de la actividad del Estado”.-----

----- Luego cabe recordar la Ley K 88, que en su art. 1º establece que “la Fiscalía de
Estado tiene a su cargo la defensa del patrimonio del fisco”; su art. 2º establece que el
Fiscal de Estado será el titular del organismo y representará a la Provincia en todos los
juicios en que se controvierten sus intereses; el art. 4º autoriza al Fiscal de Estado a
sustituir por nota-poder la representación judicial de la provincia o la representación del
patrocinio conjuntamente en abogados integrantes de la Fiscalía, y reza “los
sustituyentes actuarán en un todo de acuerdo con las instrucciones que el Fiscal de
Estado les imparta”. Por su parte, el art. 9º dispone: “El Fiscal de Estado someterá al
Poder Ejecutivo las transacciones y/o finiquitos judiciales o extrajudiciales que estimare
convenientes para los intereses del Fisco, y sólo con expresas instrucciones dadas por
escrito por el Poder Ejecutivo podrá comprometer a su representada en esas
transacciones y/o finiquitos”.- - - -

----- En su art. 6º, el Reglamento Orgánico de la Fiscalía de Estado establece que “el
Área Judicial dependerá directamente del Jefe de Departamento de Asuntos Judiciales
quién organizará y derivará las tareas, teniendo a su cargo todo lo relacionado con la
tramitación de las causas judiciales en que la Provincia de Río Negro sea parte o

///14.- tenga algún interés”; en su art. 13º dispone que los “Jefes de las Áreas Judiciales
citadas en los artículos 8 a 12 sin perjuicio de las otras tareas deberán realizar las
siguientes:... c) Someter a consideración del Jefe de Departamento Judicial y del
Secretario de la Comisión de Transacciones Judiciales, todos los proyectos de
convenios que finiquiten causas judiciales o extrajudiciales y/o proyectos de
transacciones judiciales...”.- - - - -

----- El Decreto de Naturaleza Legislativa 01/04, posteriormente convertido en Ley
3868, dispuso: “Artículo 1º.- Devolución de las sumas descontadas. Disponer la
devolución a todos los agentes de la Administración Pública Provincial de las sumas
efectivamente descontadas por aplicación del artículo 5º de la ley n° 2990, del modo
descrito en la presente norma.”-----

----- “Artículo 2º.- Medios de Pago. Los medios de pago para la devolución prevista en
el artículo anterior serán dinero en efectivo y Bonos Garantizados de Deuda Rionegrina

(BOGAR I) de acuerdo a lo que dispone el presente, a tal fin, modifícase el destino de los BOGAR I fijado por el artículo 2º del decreto ley 9/02, habilitando su uso para la cancelación de las deudas contempladas en el presente, sólo para los casos de las causas concluidas y homologadas judicialmente por el procedimiento, y con el sistema de cálculo previstos en el artículo 6º del presente...- - - - -

----- “Artículo 5º.- Cese de defensa en juicio. Instruir a la Fiscalía de Estado para el automático cese de la defensa en juicio en las acciones promovidas en contra de la provincia vinculadas a la vigencia de la ley n° 2990 en los

///15.- casos en que aún no lo hubiere hecho, facultándola a formular toda declinación o desistimiento que sea menester para evitar mayores costas. Solamente deberá continuar los juicios en que se reclamen otros períodos ajenos a la vigencia de la ley n° 2990 o que involucre otra normativa, como si se hubieren opuesto determinadas defensas que el organismo estime conducentes.- - - - -

----- “Artículo 6º.- Modo de devolución a los agentes que hubieran promovido demanda judicial. Convenios de pago. Autorización a la Fiscalía de Estado. Disponer que la Fiscalía de Estado proceda a celebrar los respectivos convenios de pago en cada uno de los juicios que versen sobre reclamos con basamento en la inconstitucionalidad del artículo 5º de la ley n° 2990.- - - - -

----- “Restablecer a tal efecto lo dispuesto por decreto n° 138/99, con las modalidades del caso y con la salvedad que los acuerdos podrán celebrarse aún sin sentencia firme. En los mismos, la Fiscalía de Estado podrá comprometer la entrega de títulos públicos BOGAR I en la proporción de cuatro quintos y efectivo en la proporción de un quinto en nueve (9) cuotas iguales y consecutivas a contar desde la homologación judicial de los convenios.- - - - -

----- “Los convenios contendrán la expresión del desistimiento de todo tipo de reclamo y la asunción por los actores de las costas que correspondan por períodos prescriptos o que devengan de normativa cuestionada cuya constitucionalidad se mantenga.- - - - -
- - - - -

----- “Asimismo deberán congelarse los intereses al 29 de febrero de 2004 y efectuarse una quita del diez por ciento

///16.- (10%) sobre los mismos.- - - - -

----- El aludido Decreto N° 138/99 (“reestablecido con las modalidades del caso”), en sus considerandos da cuenta de la impostergable necesidad de agilizar el pago de sentencias firmes –en lo que difiere al caso de autos-, para evitar que las demoras no

solo generen un importante cúmulo de tareas al Ministerio de Economía y Organismos de Control, “sino que conlleva a la ejecución judicial de dichas sentencias, a la traba de embargos sobre los bienes y recursos del Estado y al incremento de gastos en concepto de costas y honorarios de las ejecuciones; Que a fin de evitar perjuicios a la normal prestación de los servicios públicos esenciales a cargo del Estado derivados de las situaciones descriptas en el considerando precedente, es necesario en esta instancia adoptar un procedimiento alternativo, cuyo trámite se desarrolle mayoritariamente en el expediente judicial, evitándose así el dispendio de recursos humanos y materiales que las actuaciones en sede administrativa generan al procurarse la entrega de los Certificados de Deuda comprometidos; [...] Que a tal fin será necesario que quienes reclamen el pago cumplan con la información requerida, suscribiendo un escrito de presentación conjunta cuyo modelo indicativo se aprueba en este acto y mediante el cual se acuerdan las condiciones de transferencia de los certificados mencionados tanto para los reclamantes como para los profesionales que actúen en juicio”.- - - - -

----- En su parte dispositiva, el Decreto establece: “Artículo 1º - Apruébase el modelo de ‘Acuerdo de Pago de Sentencias Firmes’ que como Anexo I forma parte integrante ///17.- del presente decreto.- - - - -

----- “Art. 2º - Los acuerdos de pago de sentencias firmes celebrados según el modelo indicativo aprobado en el artículo precedente, una vez homologados judicialmente pondrán fin a los reclamos en ellos comprendidos, por lo que la Fiscalía de Estado deberá exigir el desistimiento de las ejecuciones de sentencias que se hubiesen iniciado.- - - -

----- “Asimismo en cuanto a la liquidación de las sumas a incorporar al acuerdo, los intereses deberán calcularse según el índice que aplique el Juzgado o Tribunal de que se trate, ello hasta la fecha de corte del Certificado de Deuda Pública sobre el que verse el acuerdo, estándose a partir de esa fecha a los porcentuales previstos en las normas de creación de los Certificados.- - - - -

----- “Art. 3º - La Fiscalía de Estado, y el Ministerio de Economía establecerán mediante el dictado de resoluciones conjuntas, las medidas necesarias para la pronta implementación de los pagos mediante entrega de Certificados de Deuda de aquellas sentencias firmes que condenen al Estado a pagar sumas de dinero. [...] - - - - -
-

----- “Art. 5º - A los efectos de dar cumplimiento a lo aquí establecido, la Contaduría General de la Provincia librará la Orden de Pago correspondiente a favor del Tesorero

General de la Provincia, quien deberá cumplir con los depósitos que ordenen los oficios judiciales”.- - - - -

----- Finalmente, cabe aludir a la Cláusula 1.7 de los convenios de pagos, que dispone: “La parte reclamante declara que una vez recibidos los títulos comprometidos en el presente acuerdo como las sumas en efectivo pactadas, no

///18.- tendrá más nada que reclamar por los conceptos aquí involucrados, emergente del juicio consignado o de los incidentes generados en el mismo, dando por concluido el juicio sin derecho a reclamar nada más.- Asimismo manifiesta que los montos liquidados receptan las pautas indicativas para cálculo de períodos no prescriptos de capital, períodos solo correspondientes a la vigencia del art. 5 de la ley 2990, tasa mix respecto de los intereses, cálculo de los mismos a la fecha indicada en el presente, como quita estipulada. Igualmente se manifiesta la concordancia de los honorarios con las pautas arancelarias vigentes” (ver fs. 3337/3344 del escrito de la Fiscalía General).- - -

-----c) Siguiendo esta línea de pensamiento, la doctora Bombardieri al momento de los hechos tenía la Jefatura del Área Judiciales de la Fiscalía de Estado con asiento en la ciudad de Viedma, y todo lo concerniente a la instrumentación del Decreto de Naturaleza Legislativa N° 01/04 estuvo a su cargo.- - - - -

----- La faz operativa del tal decreto correspondió a la Jefatura del Área Judicial de la Fiscalía de Estado, que procedió con la modalidad de presentación de los apoderados de los actores practicando las liquidaciones sobre los montos adeudados, tanto en concepto de capital como de costas, de lo cual resulta lo plasmado en los respectivos convenios.- - - - -

----- Cuando la requisitoria menciona las liquidaciones, se refiere a la declaración de montos líquidos y, como señala el Fiscal General, debe entenderse como precisión de montos. Si bien la palabra “liquidación” en sentido técnico-contable

///19.- alude a la operación destinada a determinar un monto, en todas las instancias jurisdiccionales inferiores las partes entendieron que el reproche era que la imputada omitió controlar el monto determinado por los abogados demandantes mediante la confección de las correspondiente liquidaciones que contrastara su resultado con aquel. Así se ha entendido el reproche a lo largo del proceso, es decir que efectivamente se aludía a la ausencia de control de los montos previstos en los convenios de pago.- - - -

----- La Ley 3868 ordenó en su art. 5° el cese de defensa en juicio y,

concomitantemente, en su art. 6º, el modo de devolución y celebración de Convenios de pago, para lo que facultó a la Fiscalía de Estado, pero en ningún momento autorizó ni recomendó que ese cese implicara abandono de los deberes de cuidado del patrimonio del Estado o que la instrumentación de esos convenios se realizara sin los debidos y elementales controles, que por otra parte ya desde el sentido común resultan insoslayables.- - - - -

----- Además, al cese de la intervención de la defensa no podía ser anterior a que el convenio estuviera homologado por la Cámara del Trabajo, ya que los acuerdos tienen la forma y petición de un escrito judicial.- - - - -

----- Sumo a lo anterior que la normativa dispuso el cese de la defensa en juicio sobre la cuestión sustancial (“inconstitucionalidad del artículo 5º de la ley 2990”) y reglamentó facultades y actividades de la Fiscalía de Estado sobre los montos adeudados (capital y costas). En este sentido, el art. 6 dispuso que “la Fiscalía de Estado podrá comprometer la entrega de títulos públicos BOGAR I en la

///20.- proporción de cuatro quintos y efectivo en la proporción de un quinto en nueve (9) cuotas iguales y consecutivas a contar desde la homologación judicial de los convenios. Los convenios contendrán la expresión del desistimiento de todo tipo de reclamo y la asunción por los actores de las costas que correspondan por período prescriptos o que devengan de normativa cuestionada cuya constitucionalidad se mantenga. Asimismo deberán congelarse los intereses al 29 de febrero de 2.004 y efectuarse una quita de diez por ciento 10% sobre los mismos”.- - - - -

----- De tal forma, el Decreto Ley 1/04 reglamentó facultades y actividades de la Fiscalía de Estado sobre la defensa de derechos litigiosos (en juicio) donde se controviertan intereses del Estado (art. 4 Ley 88), lo relacionado con la tramitación de las causas judiciales (art. 6 Regl. Org.), como parte necesaria y legítima en todo proceso en el que se controviertan intereses (art. 190 C.Prov.), de acuerdo con lo desarrollado a fs. 3257 vta. in fine del recurso de casación. Y todo ello era obligación legal de la imputada (fs. 3257 vta. in fine).- - - - -

----- No está de más destacar que la propia acusada acepta la falta de control reprochada, aunque arguyendo que no era su responsabilidad hacerlo. Sobre el particular, debe decirse que esos argumentos son francamente inaceptables en razón de que la normativa antes citada da cuenta de la obligación en cabeza de la Jefatura de Legales de efectuar esos controles. Es decir, existía un deber legal que consistía en el cuidado del patrimonio público y con un poder otorgado para facilitar ese cometido.- - - - -

///21.-- La encartada debió analizar y buscar alternativas a la situación que refiere para omitir los controles o advertir a quien correspondiera sobre las posibles consecuencias. Lo que nunca debió hacer es lo que hizo, esto es, no controlar.- - - - -

- - - -

----- La doctora Bombardieri era una funcionaria pública que se encontraba a cargo de la Jefatura de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, a la que se le había otorgado Poder para ejercer esa representación. “No solo puede ser autor del ilícito previsto por el art. 174, inc. 5, en función del art. 173, inc. 7º del Código Penal quien tiene la disposición de los bienes o intereses de otro sino también quien tiene únicamente el cuidado de los mismos, siendo que tiene la custodia quien sin poder disponer autónomamente de ellos está encargado de su vigilancia, conservación y aplicación” (C.Nac.Crim., Sala II, 24/10/96; ver fs. 3222).- - - - -

----- El tipo penal examinado exige dolo directo y también está conformado por diversos elementos subjetivos que dan cuenta de una específica tendencia subjetiva o actitud psíquica en el sujeto activo. En el art. 173 inc. 7º del Código Penal se requiere el fin de procurar por el autor para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar un daño. Este elemento subjetivo, al que suele reconocerse como un dolo específico o especializado, resulta indispensable. El legislador no se ha contentado con describir solo una forma dolosa, sino que ha incluido una exigencia subjetiva adicional, a saber: el autor tiene que haber querido violar su deber de administrar o de cuidar y tiene que haber

///22.- querido perjudicar los intereses confiados “con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar un daño”. Debe saber que va a realizar el hecho, y debe cumplirlo con un determinado propósito (Pinto, “Los elementos subjetivos del injusto en el delito de administración fraudulenta”, en JA 2000-I, pág. 866, citado en Se. 113/05 STJRNSP).- - - - -

----- Aplicando dichos conceptos teóricos al sub lite, digo que toda la conducta de la acusada demuestra su intención de facilitar y concretar un pago que, sin los controles adecuados perjudicó los intereses a ella confiados. Fue la doctora Bombardieri quien concentró la tramitación de esas causas en su persona (lo que desmiente a su vez su argumento y su queja en el sentido de que el trabajo la desbordaba); fue ella quien ordenó no controlar (testimonio de la doctora Stafforini) y, según Molina, fue ella quien le dijo “nos salvamos de hacer las liquidaciones y apenas presenten los convenios pasalos enseguida para la firma”.- - - - -

----- La figura exige que la conducta tenga como objetivo el perjudicar u obligar abusivamente. En este caso, se ha producido un daño patrimonial que se patentiza en un perjuicio para el Estado cuantificado en \$ 3.244.580,20, en conformidad con los resultados a que arribó el perito designado, Contador Gastón Lehner, quien dictaminó en esos términos a fs. 2868/2874 (ver concretamente fs. 2871 in fine). Ello a su vez, por si fuera necesaria otra apoyatura probatoria, resulta congruente con las constancias agregadas a fs. 2147/2148, de las que se desprende que el Fiscal de Estado informa que el doctor Zalesky efectuó devoluciones

///23.- parciales, referidas a lo abonado de más, y que existían saldos a favor del Estado. A fs. 2047/2048 constan devoluciones en ese sentido por un total de \$ 153.881,78 y \$ 948.223 y \$ 723.021,12 en Bonos. Con relación a esto último, debe puntualizarse que esa devolución, que en parte se ha concretado, no torna inocua la conducta de la acusada. Por el contrario, esa devolución confirma que el perjuicio fue consumado, pues a la desafectación indebida se suma la indisponibilidad temporaria de esos dineros públicos y el consecuente daño que ello acarrea (conf. fs. 3217 vta./3223 y vta.).- - - - -

----- Para comprender lo decidido sirve lo sostenido por Jauchen (Tratado de la Prueba en materia penal, págs 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 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 tiene idéntico fin, por lo que es razonable pensar el dolo defraudatorio (ver Se. 68/03 STJRNSP).- - - - -

-----7.- Irrazonabilidad y falta de fundamentación de la sentencia:- - - - -

-----a) La parte recurrente afirma que existía una situación de desborde propio de este tipo de demandas masivas que

///24.- establecía una imposibilidad abrumadora en el organismo para todos, aunque se quisiera actuar oficiosamente; entre otras circunstancias, se aduce la imposibilidad de contratar personal o de convocar adscriptos y la urgencia de suscribir los convenios por los cortes de cupones de los Bonos con los que el Dec. 01/04 dispuso el pago.- - - - -

-----b) Si bien en el considerando anterior he dado respuesta a la cuestión, a todo evento, paso a analizar el argumento defensivo considerándolo como la invocación de una causal de justificación.-----

-----c) Así es que de la formulación de los argumentos podría entenderse que, en concreto, se estaría invocando un estado de necesidad que le permitió realizar lo reprochado (omitir el control de las liquidaciones), lo que no quita al accionar su carácter doloso.-----

----- El actuar por un estado de necesidad implica siempre una conducta típica, tanto en el plano objetivo como subjetivo. Es una causa de justificación que se encuentra informada primariamente por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor (Muñoz Conde, Teoría General del Delito, pág. 127).-----

----- En el caso que nos ocupa, y utilizando el mismo verbo, significa sacrificar recursos económicos de la provincia de Río Negro, cuyos intereses debía cuidar la encartada, para evitar seguir las causas contencioso-administrativas. Esto ya implica, por sí, una admisión de los extremos fácticos y

///25.- jurídicos que luego cuestiona, pues la conducta siempre es en perjuicio del sujeto pasivo que representaba.-

----- Tal temática fue invocada tanto por la imputada como por su letrado defensor, diciendo que se ha soslayado la característica particular del medio de pago (títulos públicos) en el marco de un decreto de emergencia y su contexto de urgencia. Agregan que a la fecha del dictado del Dec. 1/04 los Bogar I habían cortado ocho cupones y por ende tenían menor valor; que cada mes que transcurría operaba un nuevo corte y que quedaban menos títulos de que disponer dado que había que entregar mayor cantidad de títulos.- - -

----- Admitir esta argumentación es tanto como permitir el incumplimiento de la ley por razones de urgencia, pero sin demostrar que el sacrificio del bien jurídico salvó otro de mayor valor –o que razonablemente lo intentó-. En otras palabras, no se advierte ni se intentó demostrar que con el medio de pago títulos públicos se salvara un bien jurídico, y mucho menos, que fuera de mayor valor.-----

----- Entonces, como toda causal de justificación, el estado de necesidad es justificante y exculpanate cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la

lesión; su límite está dado por el mérito entre el mal evitado y el causado (art. 34 inc. 3º C.P.).- - - - -

----- En el caso en estudio tal justificación fue alegada, pero es ajena a toda la prueba del expediente, en tanto no individualiza o concreta la entidad del mal que evitarían, según alega, en oposición a la violación normativa sobre cuya base protegerían intereses del Estado.- - - - -

----- Es del caso resaltar que la posibilidad de que se

///26.- decretaran embargos sobre bienes del Estado Provincial, a raíz de los créditos provenientes de la aplicación de la Ley 2990, en aquel momento y en lo inmediato, era por cierto inexistente. Ello es así pues, una vez cotejado el plexo normativo vigente –en aquella época-, se vislumbra:- - - - -

-----i) que en los respectivos juicios no había cantidad líquida y determinada o liquidación aprobada que pudiera autorizar, en forma inmediata, el embargo de bienes de la demandada (provincia de Río Negro) de acuerdo con lo previsto en el Código Procesal Civil y Comercial; y- - - -

-----ii) que aun cuando hubiera existido cantidad líquida y determinada o liquidación aprobada, se debería haber cumplido con el mandato constitucional previsto en el art. 55, que ordena incluir la deuda en el presupuesto del ejercicio anual siguiente, en concordancia, también, con su legislación reglamentaria (Ley 2959), que reitera la necesidad de realizar dichos trámites para poder embargar los bienes o rentas de la provincia, lo cual en la práctica importa la espera de alrededor de un año.- - - - -

----- Es decir, no había riesgos de embargos ni de costas por haber solicitado que se cumpliera con el trámite de liquidación previsto en el respectivo código ritual (ver fs. 2233 vta./2234, 2548/2549 y 2576/2577).- - - - -

----- Queda así demostrado que la postura esgrimida es dogmática, en términos técnicos, esto es, carente de fundamentos y vinculada solo con la voluntad de quien la esgrime.- - - - -

----- Zaffaroni, Alagia y Slokar (Derecho Penal. Parte

///27.- General, pág. 606), en cuanto al estado de necesidad, sostienen: “La inevitabilidad del mal por otro medio no lesivo o menos lesivo, es inherente a la situación de necesidad, sin que sea menester que la ley lo requiera expresamente. Por supuesto que el mal no será necesario cuando no sea el medio adecuado para evitar otro, esto es, cuando el otro igualmente se producirá; tampoco lo será cuando se disponga de otro medio alternativo inocuo o menos lesivo. Por ello se excluyen del ámbito del

estado de necesidad los supuestos en que existen regulaciones legales para resolver o repararlo...”.- - - - -

----- Aplicados los conceptos teóricos mencionados a los extremos fácticos del caso, en el control de racionalidad exigido a este Superior Tribunal de Justicia advierto que la Cámara Criminal ha analizado los datos indiciarios apropiados, con lo cual se descarta la posible causal de justificación (porque la parte no encuadró así su planteo).-

-----8.- La pena: inobservancia de la ley de fondo. Violación a las normas del debido proceso legal y defensa en juicio:- - - - -

----- Se impugna el monto de la pena impuesta porque excede lo solicitado por la señora Fiscal de Cámara en su alegato.-

----- “De tal modo, el defensor particular pretende esencialmente efectuar un paralelismo entre la imparcialidad del juzgador, por un lado, y el pedido de pena realizado por el Fiscal de Cámara en su alegato, sobre la base de que, al aplicarse al imputado una pena mayor a la pretendida por el señor Fiscal de Cámara, se habría vulnerado el sistema acusatorio y condenado ‘ultra petita’. Cabe decir que lo

///28.- sostenido por la defensa resulta improcedente, puesto que en el caso en estudio existe acusación y, por tanto, se encuentra debidamente abierta la jurisdicción de la Cámara Criminal para aplicar el derecho ajustado a los hechos comprobados, sin que se advierta motivo alguno de parcialidad que afecte lo dicho (conf. Se. 117/05 STJRNSP).-

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

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

- - - - -

----- En definitiva, rige “la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia, que no limita -en los juicios criminales- las facultades punitivas del juzgador al monto de pena solicitado por el Ministerio Público Fiscal. Además, tampoco se advierte algún argumento nuevo que aconseje un cambio de tal criterio -en realidad el recurso carece de ellos.- En consecuencia, en honor a la brevedad, me remito a la Sentencia N° 120/09 de este Cuerpo” (Se. 150/09 STJRNSP).- - - - -

-----9.- Irrazonabilidad de la pena. Falta de fundamentación:- - - - -

- - - -

----- La parte recurrente afirma que la pena resulta irrazonable y arbitraria, y que, además de ello, su imposición carece de la debida fundamentación; agrega que mucho

más rigor se exige cuando, pudiendo aplicarse una pena de prisión en suspenso, se aplica una pena de cumplimiento efectivo. Se agravia así porque se consideró una agravante

///29.-- la “educación”, cuando ello no guarda relación con la “instrucción” que pudo recibir; porque “[b]asta la lectura para advertir que nunca una opinión desfavorable de lo dicho por terceras personas, una impresión de los testigos, puede operar como agravante de una pena de un imputado” (sic, fs. 3285 vta.), y porque el a quo utilizó el ejemplo del “Cuerpo de Bomberos”, cuando está prohibida la analogía; también alega que la magnitud económica está controvertida y esgrime la ausencia de peligrosidad de la encartada. Cita doctrina y jurisprudencia para dar sustento a su reclamo.- - - - -

- - - - -

----- A diferencia de lo sostenido por el recurrente, la imposición de pena y su monto cuentan con la debida fundamentación (conf. fs. 3224 vta./3225).- - - - -

----- En este sentido, cabe señalar los actos procesales y peritajes de fs. 2868/2874, 3143 y vta. y 3179/3181. Este último, además, expone un contexto claro y certero que desecha el agravio basado en la diferente conceptualización de “educación” e “instrucción” (“... agravantes, he de considerar la educación de aquella que, en el ilícito que se le atribuye reviste particular relevancia. Concretamente es una profesional de la abogacía que detentaba un alto cargo en la Fiscalía de Estado con una aquilatada trayectoria y desempeño funcional” –fs. 3224 vta.-). Queda así en evidencia la carencia de eficacia del esfuerzo defensorista para impugnar una pauta que tiene previsión legal (art. 41 inc. 2º C.P.).- - - - -

----- Sobre el daño causado en lo económico, la fundamentación del Tribunal se basa en informes contables

///30.- incorporados a la causa y ofrecidos como prueba (v. fs. 3224 vta./3225).- - - - -

- - - - -

----- La defensa sostiene que la pena es desmedida e infundada y que no se reflexionó acerca de la peligrosidad futura de la encartada ni se hicieron pronósticos sobre su proclividad al delito o su posibilidad de volver a delinquir. En tal orden de ideas, este Cuerpo tiene dicho que la determinación del monto de la pena aplicable debe seguir los parámetros correspondientes para tal fin. Concretamente, la ponderación de las constancias conducentes del proceso para seguir las pautas vinculadas con la pena, que “es la herramienta que emplea el derecho penal para ejercer su función de control social de carácter formal. Se trata de una temática que exige la máxima prudencia en los

jueces y en cuya individualización judicial deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente atento a criterios objetivos de valoración. Además, hemos establecido que la argumentación de la imposición de pena –dentro de la escala penal aplicable- de acuerdo con el art. 40 del Código Penal manda a merituar la totalidad de los atenuantes y agravantes que surgen de las constancias de la causa; el inc. 1º del art. 41 reconoce cuatro elementos posibles, mientras que el inciso siguiente se refiere a diez, más el conocimiento 'de visu' del imputado, la víctima y las circunstancias del hecho en la medida requerida para el caso” (Se. 190/06, 131/07, 45/08, 134/08 y 190/08 STJRNSP, entre otras).- - -

----- Además, “el objetivo del cumplimiento de la pena es la resocialización o readaptación social del penado. Este fin

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

----- Por otra parte, la peligrosidad responde a una probabilidad en grandes números que en el caso concreto es siempre incierta. Así, la invocación de la peligrosidad “constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el

///32.- principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención” (CIDH, Serie C. N° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, del 20/06/05, conf. CSJN in re

“GRAMAJO”, citado en Se. 4/08 STJRNSP).- - - - -

----- Así, la “peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto” (Se. 109/07 STJRNSP).- - - - -

----- Lo anterior se diferencia del caso en que “[e]xiste una influencia recíproca en la valoración de las circunstancias previstas en sendos incisos [en referencia a los incs. 1 y 2 del art. 41 C.P.], ya que para la graduación del ilícito es necesario también recurrir a criterios subjetivos y, al mismo tiempo, para la valoración de la peligrosidad es relevante considerar la naturaleza de la acción. Sí es posible, a partir de la distinción mencionada, establecer una pauta orientadora decisiva, consistente en que la individualización de la pena debe partir del hecho; se impone que la pena se adecue a la personalidad del autor, pero sólo en la medida en que continúe reflejando la gravedad del ilícito concreto, en virtud de la vigencia de los principios del hecho y de proporcionalidad” (Se. 99/07 STJRNSP).- - - - -

----- En el sub lite, esta última peligrosidad referida al caso concreto reprochado fue ponderada por el a quo.- - -

///33.-- También se tiene en cuenta que el mínimo de pena no es un imperativo legal cuando estas últimas sean favorables al encartado (conf. Se. 172/09 STJRNSP), sino que se deben merituar con el resto del conjunto de pautas que la normativa prevé.- - - -

----- Como se advierte, el contenido del injusto se intensifica desde la propia calificación a la que se arriba, por lo que no podría la defensa pretender el mínimo de pena de la escala y por ende la modalidad de ejecución de pena de prisión en suspenso.- - - - -

----- Acerca del doble mérito de elementos del tipo objetivo y de las circunstancias previstas por los arts. 40 y 41 del Código Penal, tal agravio no puede fundarse en la valoración de la gravedad del hecho, pues el “... ilícito y la culpabilidad son conceptos graduables, y mientras que para determinar la comisión de un delito sólo interesa si se verifican sus presupuestos, para determinar la pena interesa su intensidad, lo que permitirá establecer su gravedad” (D’Alessio, Código Penal. Parte General, comentario al art. 41 C.P., Tº 1, pág. 423).- - - - -

----- Siguiendo entonces con el control de razonabilidad, resultaría que la escala del quantum de la pena oscilaría entre un mínimo de dos años y un máximo de seis años de prisión, con lo cual queda absolutamente demostrado que en el caso concreto no existe la desproporcionalidad punitiva alegada por la parte recurrente, es decir, no observo una elevación desmesurada desde el mínimo legal.- - - - -

----- Así, establecida la indiscutible razonabilidad que las penas deben respetar para su cumplimiento -sea cual fuere su

///34.- fin-, en el sub exámine no se demuestra ni se advierte desproporcionalidad ni irracionalidad en la escala punitiva sobre cuya base se impuso el monto elegido.- - -

----- En este sentido, este se encuentra por debajo de la media respecto del mínimo y el máximo posibles, el que resulta justo atendiendo a las pautas de mensuración adecuadas para la pena impuesta en conformidad con los arts. 40 y 41 del Código Penal (conf. Se. 26/10 STJRNSP), tal como lo fundamentó el a quo.- - - - -

----- Determinada la carencia de eficacia recursiva del agravio referido al monto de condena, deviene en abstracto el planteo sobre su modalidad de ejecución (conf. art. 26 C.P.; conf. Se. 299/10 STJRNSP).- - - - -

----- En similar sentido, mutatis mutandis, me he expedido en la Senteencia 109/10, del 07/07/10, oportunidad en la que sostuve: “La dependencia de los hechos, toda vez que agrava el injusto, autoriza al a quo a alejarse el mínimo de la escala penal, por lo que debe ser desestimada la petición en tal sentido.- - - - -

----- “Asimismo, la relevancia de la conducta del imputado está dada también por su actuación en un hecho propio y el punto central exigido por este Superior Tribunal para la imposición de la pena -la culpabilidad, en cuanto motivo del hecho, o posibilidad de motivarse de otro modo- también es analizado por el juzgador [...] una vasta experiencia [...].- -

----- “En este marco, en un control racional del mérito de cuestiones propias del sentenciante..., no puede estimarse arbitraria -como carente de motivación- la decisión que le impuso [...] la pena de cuatro años de prisión, atento a que

///35.- ha analizado dentro de la escala los criterios generales que surgen de la propia calificación varios hechos dependientes, autoría- y aquéllos exigidos por los arts. 40 y 41 del Código Penal, entre los que destaco el reproche de culpabilidad.- - - - -

- - - - -

----- “Puntualizo que, como regla general, lo atinente a la individualización de la pena es facultad de los jueces de la causa (CSJN, Fallos: 306:1669), y sólo cabe apartarse de

dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de defensa en juicio y a las reglas del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas (CSJN, Fallos 311:949; 320:1463, conforme cita de Zaffaroni, en N. 130. XLIII, Se. del 08/06/10).- - - - -

- - -

----- “En la disidencia desarrollada en E. 519. XLI (\‘ESTEVEZ\’, del 08/06/10, dicho magistrado también había expuesto las siguientes consideraciones: \‘Es doctrina de esta Corte que la cuantificación penal es una materia reservada a los tribunales de sentencia, criterio que resulta correcto en general, con los límites que se derivan de la propia Constitución, en dos sentidos: (a) que la individualización penal no resulte groseramente desproporcionada con la gravedad de los hechos y de la culpabilidad, en forma tan palmaria que lesione la racionalidad exigida por el principio republicano (art. 1º Constitución Nacional) y la prohibición de penas crueles e inhumanas (art. 5,2 de la Convención Americana de Derechos Humanos); y (b) que la prueba de las bases fácticas consideradas para la cuantificación no resulte arbitraria

///36.- con la gravedad señalada por esta Corte en materia de revisión de hecho y prueba (Fallos: 328:3399)\’.- - - - -

----- “En este orden de ideas, y en atención a la crítica de la defensa en lo relativo a la aplicación de las teorías absolutas que fundamentan la pena, para completar el campo teórico en vistas a la resolución del caso, reitero la doctrina legal [...] en el sentido de que, si bien debe atenderse con preponderancia a criterios de prevención especial (especialmente en la imposición de penas a menores o aquéllas de corta duración que permitirían suspender su ejecución -ninguno de los casos es el sub examine-), esto no implica negar criterios de prevención general o de retribución. Lo que no admite este Cuerpo es la pura o mera retribución.- - - - -

----- “De tal modo, considerando la escala penal del delito examinado, así como la circunstancia de que se trata de hechos dependientes y de una actuación en un hecho propio, además de lo vinculado con la capacidad de culpabilidad del imputado, la pena impuesta de cuatro años de prisión es una pena media, que no podría ser tachada de cruel e inhumana o desproporcionada en relación con la gravedad de los ilícitos constatados.- - - - -

----- “El monto de la pena desecha toda consideración acerca de las posibilidades de dejar su ejecución en suspenso (ver Hiarabedián, \‘La fundamentación de la condena condicional y de la efectiva\’, en La Ley Suplemento Penal y Procesal, miércoles 16 de

junio de 2010, págs. 26 y ss.).- - - - -

----- “En cuanto a la capacidad de culpabilidad para el mérito de la pena, hago hincapié en que [...] es] de profesión,

///37.- [...] lo que es relevante para entender en él un conocimiento acabado del concepto de empresa y su valor, es decir, de un hacer concreto en función de su objeto y finalidad. También supone un conocimiento suficiente de lo que implica el régimen de contrataciones entre privados y especialmente con el Estado, un conocimiento concreto de las obligaciones y deberes que surgen [...] según la legislación vigente aplicable, un conocimiento pleno de las incompatibilidades y límites en las relaciones contractuales y de los antecedentes del negocio, por ser de la profesión y corresponderse con los antecedentes de la causa, y un conocimiento final de las operatorias utilizadas para proseguir con su accionar [...]”.- - - - -

-----10.- Control de oficio del desarrollo del procedimiento:- - - - -
- - -

-----a) En el análisis del desarrollo de la causa advierto graves disfuncionalidades que determinaron la atomización del reproche que se hacía a los encartados Sandra Cristina Bombardieri, Francisco Rubens Sánchez y Juan José Zalesky, antes de que se fragmentara la causa en dos: un expediente se continuó contra los últimos mencionados –que actualmente también tramita ante este Tribunal- y otro –el presente- se siguió contra la primera con fotocopias certificadas de la misma causa hasta el requerimiento de elevación a juicio de aquellos.- - - - -

----- Se “ha dicho en Fallos: 317:2043 que constituye un requisito previo emanado de la función jurisdiccional, el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al

///38.- orden público” (CSJN, “LIMA”, del 04-11-08).- - - -

-----b) En este sentido, a fs. 1242/1258 se glosa el Auto Interlocutorio N° 43 del 15/03/06, dictado por el Juez de Instrucción subrogante, que –en lo aquí pertinente- resuelve lo siguiente: “I) Que a Francisco Rubens SANCHEZ, se le atribuye:- - - - -
- - - - -

-----“a) haber sido quien en la ciudad de Viedma, en fecha no precisada con exactitud, pero en todo caso ubicable desde el año 1997 y hasta el año 2004, en su carácter de Abogado, Asesor Letrado de la Jefatura de Policía de esta Provincia, habría indebidamente y a sabiendas de su improcedencia gestionado poderes judiciales del personal policial de la Provincia de Río Negro, con el fin de facultar al Dr. Juan José

Zalesky, abogado particular de esta ciudad, a iniciar acciones legales contra el Estado Provincial, con motivo de los descuentos salariales aplicados por las Leyes 2502 y 2990, y participando tanto en dinero efectivo como en títulos provinciales de los honorarios correspondientes, en tanto estaba imposibilitado de hacerlo por sí por ser abogado de un organismo estatal, por lo que mediante esta maniobra podía percibir honorarios a través de otro profesional, Para ello habría utilizado medios y personal de la Jefatura de Policía, en particular la utilización de la saca policial para la remisión y recepción desde el interior de la provincia de los poderes, habiéndose encargado personalmente de diligenciar el otorgamiento de aquellos, la recopilación de datos de los eventuales clientes desde la Dirección de Personal, Logística y Finanzas; la utilización del sistema de informática y computadoras. Además,

///39.- valiéndose de su autoridad como Sub comisario habría dado directivas al personal a su cargo sobre la recepción, control y entrega de los poderes y atención de todo tipo de requerimiento telefónico del personal policial del interior y de esta ciudad sobre consultas acerca de los trámites de los juicios que se habrían iniciado. Asimismo habría organizado reuniones con el personal, avaladas por la autoridad policial, en dependencias de la Jefatura de Policía, con el fin de explicar las condiciones y expectativa de la acción judicial a iniciar y la posibilidad de otorgar mandato a un estudio jurídico determinado a través de él. Que en ese marco y con el fin de obtener algún lucro habría contado con la colaboración necesaria de su cónyuge Dra. Sandra Cristina Bombardieri, quien en el período ya fijado se desempeñaba en la fiscalía de Estado, a cargo de la Jefatura de Servicio Técnico, supervisando la función judicial desempeñada por los abogados de dicho Organismo. Dicha colaboración consistió en brindarle información, hacerle conocer la estrategia de la Fiscalía de Estado en especial al contestar la demanda de esos juicios, además de destacarle que iniciara la acción por períodos que estaban prescriptos generando honorarios futuros a cobrar a favor de la Dra. Bombardieri. Esta maniobra ilícita se habría consumado finalmente cuando en el año 2004, se legisló sobre la forma y medios de pago de los montos resultantes de las sentencias recaídas de conformidad al Decreto Ley 1 del 16 de abril de 2004, a partir de lo cual habría percibido las sumas resultantes de los honorarios regulados y cobrados por el Dr. Zalesky; [...].- - - - -

///40.-- “IIIº) Que a Juan José Zalesky se le atribuye haber sido quien en la ciudad de Viedma, en su carácter de abogado particular del foro de la ciudad de Viedma, en fecha no precisada con exactitud, pero en todo caso ubicable desde el año 1997 y hasta el año

2004 habría aceptado, a sabiendas de su improcedencia, que Francisco Rubens Sanchez, en su carácter de asesor letrado de la Jefatura de Policía de esta Provincia, gestionara poderes judiciales del personal policial de la Provincia de río Negro a su favor con el fin de iniciar acciones legales contra el Estado Provincial, con motivo de los descuentos salariales aplicados por las leyes 2502 y 2990, sabiendo que Sanchez estaba imposibilitado de hacerlo por ser abogado de un organismo estatal, Esta conducta posibilitó que él cobrara honorarios y que Sánchez obtuviera algún lucro, habiendo permitido, para ello, incluir en las demandas períodos prescriptos lo que también generó honorarios a favor de los abogados de la Fiscalía de Estado, incluyendo a la Dra. Bombardieri, Esta maniobra ilícita se habría consumado finalmente cuando en el año 2004, se legisló sobre la forma y medios de pago de los montos resultantes de las sentencias recaídas de conformidad al decreto Ley 1 del 16 de abril de 2004, a partir de lo cual habría percibido las sumas resultantes de los honorarios regulados, participando de ellos a Sánchez;- - -

----- “IVº) Que a Sandra Cristina Bombardieri se le atribuye:- - - - -
- - - - -

-----“a) haber sido quien en la ciudad de Viedma, en su carácter de Jefa de Servicio Técnico en la fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, en fecha no precisada
///41.- con exactitud, pero en todo caso ubicable desde el año 1997y hasta el año 2004 y con el fin de obtener algún lucro habría acordado con su cónyuge obtener mandato de los agentes policiales de toda la provincia para que mediante otro abogado demandaran al Estado Provincial por los descuentos salariales aplicados por las leyes 2502 y 2990, incluyendo períodos prescriptos, conociendo que Sanchez no podría representar a los demandantes por ser incompatible con su función en la policía. Para tal fin le brindo información y le hizo conocer la estrategia de la Fiscalía de Estado para contestar la demanda en dichos juicios, generando de esta manera honorarios tanto en beneficio suyo como de su marido, en este último caso, a través de otro abogado, que resulto el Dr. Zalesky. Esta maniobra ilícita se habría consumado finalmente cuando en el año 2004, se legisló sobre la forma y medios de pago de los montos resultantes de las sentencias recaídas de conformidad al decreto Ley 1 del 16 de abril de 2004, a partir de lo cual habría percibido las sumas resultantes de los honorarios regulados y cobrados por el Dr. Zalesky; [...]- - - - -

----- “4) Que los elementos de cargo hasta aquí reseñados, bastan a mi entender para tener por acreditada –con la provisionalidad de esta etapa- la materialidad objetiva de

los hechos cuya autoría o participación endilgaré a Francisco Rubens Sanchez, [...], Juan José Zalesky y Sandra Cristina Bombardieri.-----

----- “Ello es así, pues a esta altura se encuentra probado que Francisco Rubens Sanchez procuró, tramitó y obtuvo mandato de aproximadamente 1000/1200 agentes policiales para

///42.- iniciar juicio contra la Provincia de Río Negro [...] para lo cual hizo confeccionar las correspondientes cartas poder a favor del Dr. Juan José Zalesky [...] Asimismo, utilizó los bienes y el personal del estado [...].-----

----- “En dicha empresa contó con la participación necesaria del Dr. Juan José Zalesky, quien se prestó a figurar como apoderado y a promover las acciones judiciales correspondientes y sin cuya presencia y participación no se hubiera podido realizar la maniobra, pues Sanchez estaba impedido de litigar contra el Estado dada su condición de subcomisario, funcionario dependiente de la Provincia de Río Negro [...].-----

----- “También se encuentra probado, con la provisionalidad que esta etapa del proceso requiere, que toda la actuación profesional desplegada por Sanchez y Zalesky, cuya meta no fue sino iniciar, tramitar y terminar los juicios referidos, efectuando las percepciones de dinero y de títulos correspondientes, tuvo la participación –indebida- de Sandra Cristina Bombardieri.-----

----- “Ello es así pues Bombardieri no pudo no saber que los juicios iniciados por Zalesky en realidad eran iniciados por Sanchez –su marido-. La asociación de ambos abogados, como se viera, fue tal desde el principio, pues uno –Sanchez- obtenía la carta poder a favor del otro –Zalesky-. Entonces, aparece con meridiana claridad la incompatibilidad de toda la negociación llevada a cabo por Bombardieri para dar finiquito a los juicios derivados de la ley 2502 y 2990, en todos aquellos procesos en que interviniera Zalesky, pues éste y Sanchez no eran sino la misma representación

///43.- profesional, como socios o asociados. Y huelga decirlo, Bombardieri no podía negociar con su marido o con los intereses de éste.-----

----- “Desde otro lado, dada la contundencia de la prueba reunida, no pueden quedar dudas del manejo que Bombardieri hacia de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro y ello lleva, asimismo, a que tampoco queden dudas de su conocimiento y participación en todo lo que ocurría en ese Organismo de Control.-----

----- “De este modo, se advierte que los términos de la requisitoria efectuada con

relación a Bombardieri, han cobrado más certidumbre, a esta altura de la investigación, con relación al aspecto objetivo, formal, de todo aquello que se le imputa y que se habría visto materializado –por lo menos-, en la última etapa de los juicios, al intervenir en casos que no debía hacerlo [...].- - - - -

----- “Todas estas cuestiones, cabe decir, contienen, en mayor grado, un elemento de tipo subjetivo, cual es el acuerdo previo o intención para todo ello, entre Bombardieri y Sanchez o entre Bombardieri, Sanchez y Zalesky [...].- - -

----- “Por todo lo expuesto, [...] Resuelvo:- - - - -

----- “I.- Decretar el procesamiento de Francisco Rubens Sanchez [...] como autor penalmente responsable del delito descrito en el art. 261 apartado 2º del Código Penal, en concurso ideal (art. 54 C.P.) con el ilícito señalado en el art. 248 del Código Penal [...].- - - - -

----- “III.- Decretar el procesamiento de Juan José Zalesky [...] como partícipe necesario penalmente responsable (art. 45 C.P.) del delito descrito en el art. 261 apartado 2º del

///44.- Código Penal [...].- - - - -

----- “IV.- Decretar el procesamiento de Sandra Cristina Bombardieri [...] como autora penalmente responsable del delito descrito en el art. 265 apartado 1º del Código Penal [...] en concurso ideal (art. 54 CP) con el ilícito señalado en el art. 248 del Código Penal [...]”.- - - - -

-----c) Contra el citado Auto Interlocutorio los encartados interpusieron recurso de apelación, que fue resuelto por la Sala B de la Cámara en lo Criminal mediante la Sentencia Interlocutoria del 13/07/06 que se agrega en fotocopia certificada a fs. 2765/2794, en la que se argumentó y decidió: “[...] A los fines de resolver en los términos del art. 425 CPP, sobre corrección del auto de procesamiento dictado por el Juez de Instrucción, habrá de tratarse por separado la situación de cada uno de los imputados [...].- -

----- “1) Francisco Rubens Sanchez:- - - - -

----- “[...]En definitiva, lo cierto es que con los elementos de prueba mencionados y que fundan el auto de procesamiento dictado con relación a Francisco Rubens Sánchez, se tiene la convicción necesaria para confirmación en este grado. [...].- -

----- “2) Juan José Zalesky:- - - - -

----- “Al imputado Zalesky se le endilga haber aceptado sabiendo que era improcedente, que Francisco Rubens Sanchez, gestionara poderes judiciales del personal policial de la

Provincia de Río Negro a su favor con el fin de iniciar acciones legales contra el Estado Provincial con motivo de los descuentos salariales aplicados por las leyes 2502 y 2990 prestándose a figurar como apoderado, conociendo que el nombrado estaba imposibilitado de hacerlo por ser abogado de

///45.- un organismo estatal.- - - - -

----- “La conducta así descripta encuadra dentro de las previsiones del art. 248 del Código Penal a título de cómplice necesario.- - - - -

----- “Sabido es que el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (que en esta causa se le atribuye a Francisco Rubens Sanchez) es un delito propio de los funcionarios públicos, carácter que Juan José Zalesky no tiene, pero ello no obsta a que puede ser partícipe en el delito cometido por el funcionario público, como de hecho así ha ocurrido. [...] - - - - -

----- “Ahora bien, en el auto de procesamiento se le atribuye a Zalesky la complicidad en el delito de peculado de trabajos o servicios (arts. 261, segundo párrafo del Código Penal) y ciertamente podría existir un concurso de delitos como en el caso de Sánchez, si se demostrara la complicidad de Zalesky en ese peculado, toda vez que, también este delito admite la posibilidad de la participación a título de complicidad de terceros no funcionarios [...] Pero en el caso que toca revisar, con los elementos con que se cuenta, no es posible considerar en los términos del art. 285 CPP, su intervención a título de partícipe primario en el peculado de servicios, que ‘prima facie’, se tiene por acreditado en cabeza del coimputado Francisco Rubens Sanchez. [...] - - - - -

----- “La circunstancia de haber firmado las demandas de los agentes policiales en contra de la Provincia de Río Negro como apoderado mediante los poderes obtenidos por Francisco Sanchez, podría hacer sospechar la participación de Zalesky

///46.- en el peculado, pero para el dictado del auto de procesamiento [...] resultan necesarios elementos de convicción suficientes o un mínimo de pruebas [...] y de las que se enumeran en el auto de procesamiento dictado por el a quo como fundamento de la imputación, no se desprende cooperación alguna del nombrado Zalesky en la utilización del servicio de correo de la Policía de Río Negro, ni en los servicios prestados por las empleadas de la Asesoría Legal de la Jefatura de Policía a Francisco Rubens Sanchez por orden de éste [...] ninguna vinculación surge de aquél con la manera peculadora –por así decirlo- que éste último empleaba para obtener la susodicha documentación. [...] - - - - -

----- “El auto de procesamiento debe estar fundado, no basta la mera enunciación de

pruebas, siendo necesaria su valoración para que se permita su posterior revisión. De esta manera en el análisis crítico de la resolución recurrida, se observa que el a quo luego de enumerar las pruebas colectadas en una relación sucinta del contenido de cada una de ellas y de la responsabilidad de Sanchez en los hechos imputados, respecto al imputado Juan José Zalesky, muy escuetamente dice que la '\... empresa contó con la participación necesaria del Dr. Juan José Zalesky\' y al precisar en que consistió esa participación, agrega el juez a quo '\... se prestó a figurar como apoderado y a promover las acciones judiciales correspondientes y sin cuya presencia y participación no se hubiera podido...\'. Esta apreciación del instructor se corresponde con la complicidad del nombrado en el incumplimiento de los deberes que se le reprocha a Sanchez, mas no en el peculado que también se le reprocha a

///47.- este último, y no se advierte que surja del plantel probatorio prueba alguna que vincule a Zalesky en forma directa con el peculado de trabajo o servicios y no se desprende del razonamiento del a quo construcción lógica alguna que haga derivar del plantel probatorio la participación de Zalesky en la cooperación al delito de peculado que habría cometido el coimputado Sanchez. [...] - - -

----- “4) Sandra Cristina Bombardieri:- - - - -

----- “[...] Tanto la falta de excusación como las ventajas indebidas que se reprochan a Bombardieri, que el a quo fundamenta en el conjunto de normas ut supra mencionadas, tienen como premisa en la resolución atacada, el acuerdo de voluntades con su marido, o con su marido y Zalesky. Pues bien, ese acuerdo de voluntades, ya sea con el marido, o con éste y Zalesky (disyuntiva que no se ha precisado tampoco) no se finca en ningún elemento de convicción directo.- - - -

----- “[...] por el solo hecho de ser la esposa de Francisco Rubens Sanchez y ser abogada con funciones en la fiscalía de Estado que es el organismo necesario en la intervención de los juicios en que el Estado es demandado. Podrá ello constituir un marco de sospecha que amerite la investigación, pero para el procesamiento resulta necesario un elemento de convicción que demuestre que se ha traspasado ese estado de sospecha inicial [...].- - - - -

----- “La Sala B [...] Resuelve:- - - - -

----- “Primero: Confirmar el auto de procesamiento dictado respecto de Francisco Rubens Sanchez [...].- - - - -

----- “Segundo: Modificar la calificación jurídica del hecho imputado a Juan José Zalesky [...] y ordenar su procesamiento

///48.- en orden al delito de cómplice necesario de incumplimiento de los deberes de funcionario público [...].- -

----- “Tercero: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a favor de Sandra Cristina Bombardieri, revocando el procesamiento [...] y ordenar la falta de mérito [...]”.- -----

-----d) El pormenorizado estudio de la causa hasta el dictado de las dos anteriores resoluciones me permiten afirmar con certeza que existió manifiesta arbitrariedad de la Sala B, tanto en la ponderación de la prueba como en la calificación jurídica que dispuso, sin que el Ministerio Público Fiscal haya ejercido alguna acción o recurso que permitiera analizar esta deficiencia por este Superior Tribunal de Justicia; y ante la singularidad del caso, tampoco los funcionarios de ese ministerio ejercieron la facultad de ampliar la acusación en el mismo debate oral (art. 357 C.P.P.; conf. Se. 48/11, 129/10 y Se. 154/09 STJRNSP, entre otras).- -----

----- Adviértase que la Cámara confirmó el procesamiento de Sánchez por hechos que fueron calificados en concurso ideal (arts. 54, 248 y 261 apartado 2º C.P.) y luego, por los mismo hechos, resolvió que Zalesky solo fue partícipe en las conductas ilegales de demandar al Estado (art. 248 íd.). Llama la atención que el delito previsto en el art. 265 del Código Penal no fuera también imputado a Sánchez y Zalesky, y solo se dispusiera el tipo respecto a Sandra Bombardieri.-

----- Estamos hablando de entre mil y mil doscientos poderes que recabó Sánchez de toda la provincia y por las cuales Zalesky inició demandas al Estado. Para tal fin, la misma

///49.- Cámara confirmó que el primero hasta tenía una suerte de procedimiento que impuso a sus subordinados empleados estatales, tanto en la documentación que necesitaba como para las consultas que sobre los juicios contencioso administrativo laborales –iniciados por Zalesky- realizaban en el organismo estatal.- -----

----- Por eso sostengo que lógicamente es impensable –de forma seria- sostener que Zalesky desconocía lo que hacía Sánchez o que no estuviera de acuerdo con esas conductas. Se podría dudar, quizá, sobre que conociera los detalles del accionar de Sánchez o los pormenores organizativos, pero nunca las conductas peculadoras por las cuales les llegaban los poderes.- -----

----- Similar apreciación realizo sobre que no estuvieran de acuerdo Bombardieri, Sánchez y Zalesky. Las pruebas (v.gr. testimoniales, documental, etc.) detalladas y valoradas por el Juez de Instrucción denotan una contundencia incontrovertible para el

estado procesal que transitaba, sobre cuya base se imponía confirmar esa asociación.- - -

-

----- En definitiva, la Cámara omitió la sana crítica racional en la ponderación de la abundante prueba de cargo y resolvió con una absurdidad que es necesario suprimir su consideración de los protocolos jurisprudenciales.- - - -

----- La “ley no impone a los Magistrados regla alguna para la apreciación de la prueba. Sólo exige de ellos que expresen y desarrollen lógica y razonadamente su convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados y cómo llegan a ella...” (SCJBA, P. 43.363, Se. del 27/02/96; P. 54.154, Se. del 04/03/97, entre muchos otros; vid. Sala III del Tribunal

///50.- de Casación Penal de Bs. As, in re “M., D. o M. T., D. J. s/ Recurso de Casación”, d el 16/09/10).- - - - -

----- De tal forma, la Cámara en lo Criminal no pudo dejar de considerar la inveterada doctrina del máximo intérprete constitucional en cuanto a que “[e]s condición de validez de los pronunciamientos judiciales que éstos sean fundados, exigencia que, antes de orientarse a mantener el prestigio de la magistratura, procura esencialmente la exclusión de decisiones irregulares que afecten el servicio de justicia, el que no se satisface en circunstancias en que se evidencia que las decisiones atacadas no proveen un análisis razonado de cuestiones conducentes para la correcta dilucidación del pleito” (CSJN, Fallos 324:1078, voto del Dr. Belluscio).- -

----- La consecuencia directa de esa resolución fue la atomización del hecho jurídico (esto es, unidad fáctica jurídica) que se reprochaba a los encartados Sandra Cristina Bombardieri, Francisco Rubens Sánchez y Juan José Zalesky sobre la base de una convergencia intencional en la ilicitud, como asimismo la fragmentación de una causa que

–por lo menos- tenía hechos conexos.- - - - -

----- Los particulares hechos por los cuales se condenó a Sandra Cristina Bombardieri en este legajo y los detallados en las requisitorias de elevación a juicio respecto de Francisco Rubens Sánchez y Juan José Zalesky son minúsculas fracciones de hechos concretos que respondían a un hecho jurídico de convergencia intencional cuya magnitud difícilmente pueda dimensionarse en la actualidad en función de las etapas procesales que transitan las causas y los derechos y garantías de jerarquía constitucional que

///51.- prohíben modificar o tomar resolución en perjuicio de los encartados (arts. 18 y

75 inc. 22 C.Nac., y 1, 418 y ccdtes. C.P.P.).- - - - -

----- De tal forma, se torna jurídicamente inviable la aplicación de la doctrina de la Corte Federal: “las deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento legal, impiden considerar al fallo como ‘la sentencia fundada en ley’ a que aluden los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional” (CSJN, Fallos 325:284).- - - - -

-----11.- Conclusión:- - - - -

----- Por los motivos expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación deducido por el doctor Manuel Maza en representación de Sandra Cristina Bombardieri, con costas.- El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - -

-----1.- LAS CUESTIONES EN CONSIDERACIÓN:- - - - -

----- Viene a mi consideración y pronunciamiento en segundo voto el recurso extraordinario de casación (fs. 3243/3290 y vta.) contra el fallo de fs. 3208/3225 y vta. de la Sala A de la Cámara del Crimen de Viedma, integrada por los señores Jueces doctores Eduardo Giménez, Susana Milicich y Ernesto Rodríguez –este último por subrogancia-, que ha sido deducido por el defensor de la condenada sin sentencia firme, recurrente Sandra Cristina Bombardieri.- - - - -

----- A fs. 3387/3392 y vta. se agrega el acta de la audiencia de debate realizada ante este Superior Tribunal de Justicia, donde consta que el Ministerio Público Fiscal contesta mediante el escrito de fs. 3330/3386 y solicita que se mantenga, convalide y confirme la sentencia en crisis.- -

----- El voto ponente del vocal preopinante doctor Víctor

///52.- Hugo Soderó Nievas aborda en lo sustantivo la totalidad de las cuestiones propuestas a discusión en el recurso e incluye aspectos a los que puntualmente he de referirme infra (punto 10: Control de oficio del desarrollo del procedimiento).- - - - -

- - - - -

-----2.- VERSIÓN DE DESCARGO DEL DEFENSOR Y LA PROPIA IMPUTADA:- -

- - - - -

----- En lo que para mí es relevante, el defensor y la imputada, que alegó personalmente en la citada audiencia de fs. 3387/3392, ensayaron en la causa una versión de descargo, según la cual:- - - - -

-----a) se reprocha una omisión y un ámbito consumativo absolutamente ajeno a su función, según la normativa que cita, y refiere que el perjuicio ni siquiera es potencial;-

-----b) la argumentación es irrazonable porque no se consideró que existía una situación de desborde propio de la cantidad masiva de demandas contra el Estado en trámite y del

trabajo que se debía realizar en función del personal y el tiempo que imponía el Decreto Ley 1/04;- - - - -

-----c) se impuso a la aquí recurrente una pena superior a la solicitada por la Fiscal de Cámara, con lo cual carece de fundamentación; y - - - - -

-----d) la pena es arbitraria y absurda sobre la base de las pautas de mensuración de los arts. 40 y 41 del Código Penal, por lo cual corresponde un menor monto de pena y en suspenso.- - - - -

-----3.- TRATAMIENTO DE LA PRUEBA;- - - - -

----- Tengo dicho que sobre la valoración de la fundamentación en casación sigo lo sostenido por la Corte

///53.- Suprema de Justicia de la Nación: “En primer lugar, señalo que se brindaron algunas bases sobre las posibles alternativas que los tribunales revisores podrían seguir: ‘... la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder. No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna sobre todo haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores. La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la arbitrariedad de que entiende esta Corte. Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución,

///54.- configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte’ (CSJN, ‘CASAL’, Fallos: 328:3399)” (Se. 201/10 STJRNSP).- -

----- Por eso, a mi criterio y de modo razonado, tanto la sentencia de condena dictada

por la Sala A de la Cámara del Crimen de Viedma como el voto confirmatorio del distinguido colega que me precede doctor Soderó Nievas (considerandos 1 a 7) dan adecuado tratamiento a la ponderación de la prueba de cargo, lo cual permite desechar la argumentación de la imputada y su defensa.- - - - -

-----4.- APLICACIÓN DE LA PENA:- - - - -

-----a) El agravio vinculado con que el monto de prisión impuesto (tres años y seis meses), en relación con el quantum punitivo solicitado por el Ministerio Público Fiscal en los alegatos del juicio oral (tres años de prisión en suspenso), incurre en extra petita no puede tener acogida favorable en atención a la doctrina legal de este Superior Tribunal que citó el preopinante (considerando 8).- - - - -

-----b) En cuanto a la ponderación de las pautas de mensuración de los arts. 40 y 41 del Código Penal, adhiero al voto del ponente, esto es, confirmar el pronunciamiento del Tribunal de juicio.- - - - -

-----5.- CONTROL DE OFICIO DEL PROCESO:- - - - -

----- El señor Juez del primer voto doctor Víctor Hugo Soderó Nievas al precederme con su ponencia ha ponderado las actuaciones del proceso y entendido que de ellas se desprenderían posibles disfuncionalidades de organismos judiciales (ver considerando 10).- - - - -

----- Al respecto, tengo una estricta opinión de que una

///55.- eventual colusión en términos procesales queda sujeta a otra causa que, aunque en trámite ante este Superior Tribunal de Justicia, en cuanto al contenido de la presente por ahora resulta ajena y de abordaje extemporáneo. En otras palabras, no corresponde analizar ni menos aun ponderar actividades funcionales so riesgo de anticipar opinión en orden a juzgar en su oportunidad asegurando en plenitud la condición de juez imparcial.- - - - -

----- Así lo he sostenido en anteriores oportunidades, tanto respecto de los magistrados como de los funcionarios del Ministerio Público (ver Se. 96/07 –considerando 8 in fine del primer voto al que adherí-; 183/07 –considerando 6- y 30/08 –considerando 7.5.-, entre otras).- - - - -

----- Asimismo, recientemente expresé: “Responsabilidades funcionales de cada uno. Necesidad de sinceramiento y adecuación urgente de la organización y el procedimiento del fuero penal y en especial del Ministerio Público Fiscal:- -

-----“a) De tal forma, me interesa enfatizar que son los funcionarios del Ministerio Público Fiscal quienes, ejerciendo sus funciones con arreglo a los principios de unidad

de actuación, dependencia jerárquica y descentralización, tienen el deber y obligación de promover la acción penal y de solicitar oportunamente todas las medidas de prueba necesarias para cumplir con su obligación de acusar conforme con la 'teoría del caso' que –en principio y según el principio de congruencia- se empieza a elaborar con la promoción de la acción penal, se concreta en el requerimiento de elevación a juicio y se ratifica en las etapas procesales posteriores.- - - - -

///56.-- “Ello es conteste con el rol del juez de instrucción, cuya función se cumple y termina al comprobar con el grado de duda y probabilidad la existencia de delito y los posibles responsables.- - - - -

----- “Por eso –reitero con vehemencia-, el Ministerio Público Fiscal, responsable de promover la acción penal y demostrar su 'teoría del caso' al momento de su pretensión punitiva, deberá realizar las peticiones pertinentes y útiles de forma eficaz y en tiempo oportuno, ya que el Estado (léase: jueces y fiscales) tienen que cumplir con el plazo del art. 192 del rito y la garantía constitucional de duración razonable del proceso. Así lo hago, en razón de los compromisos asumidos por la República en tratados y convenciones internacionales que nos imponen determinados deberes desde la óptica del derecho supranacional, los que deben ser receptados en un modelo definido por la organización del servicio de justicia y principalmente en la legislación provincial, evitando que se repitan cual sucede, cada vez con mayor frecuencia, ciertas situaciones donde en la superficie aparecen fuertes disonancias entre el deber de asegurar el debido proceso por parte de la magistratura y la percepción de la sociedad de no sentirse bien representada en el ejercicio eficaz de la acción pública, que en la Constitución Nacional está a cargo de un órgano extrapoder (art. 120) y, en nuestro caso, en la Provincia de Río Negro, por las disposiciones de los arts 215 y ss. de la Constitución Provincial, aunque con autonomía funcional, el Ministerio Público integra el Poder Judicial, cuya cabeza es la máxima autoridad jurisdiccional, esto es, el Superior

///57.- Tribunal de Justicia.- - - - -

----- “El sistema mixto establecido en el rito (Ley P 2107) conjuga una instrucción preparatoria y un juicio plenario, contradictorio, público, continuo y oral, en consonancia con los principios del inc. 14 del art. 139 de la Constitución Provincial. Este último principio implica aquél '\... según el cual la decisión judicial mediante la que se resuelve afirmativa o negativamente acerca de la pretensión punitiva, debe estar basada fundamentalmente en el material probatorio proferido oralmente en el debate...\'' (Julio A. Quevedo Mendoza, 'Juicio oral en materia penal', Enciclopedia Jurídica

Omeba, XVII, pág. 382).- - - - -

----- “Como podrá advertirse, no he introducido conceptos ni posturas nuevas ni desconocidas; sólo realicé un ‘racconto’ de la normativa vigente cuya aplicación no puede seguir soslayándose con formalismos arcaicos ‘a contramano’ de las obligaciones de dicho derecho supranacional que asumió la República e inclusive incorporó en la reforma constitucional de 1994, es decir, sincerar la instauración de un proceso penal acusatorio, desechando arraigadas prácticas forenses que atribuyen al juez de instrucción el imperativo de ordenar ‘de oficio’ todas las pruebas (entre otras, por ejemplo, que el juez de instrucción sea quien redacte ‘detalladamente cuál es el hecho que se atribuye y cuáles son las pruebas existentes’ en el acto de declaración indagatoria –art. 273 C.P.P.-, en razón de que el Agente Fiscal debe ‘fijar el núcleo fáctico de la imputación’ –art. 5º inc. b Ac.Nº 70/01 en concordancia con los arts. 6, 170 y ccdtes. C.P.P.-).- - - - -

///58.-- “‘La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario Art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales’ (CSJN in re ‘CASAL’, del 20/09/05, considerando 7).- - - - -

----- “En este contexto de una ‘legislación lentamente progresiva’ con respeto judicial por los tiempos legislativos, se inserta el alcance de la normativa vigente referida. Así, debemos esclarecer a la sociedad desde la Magistratura, para que no haya confusión y todos contribuyamos a la calidad institucional, preservando la figura del ‘juez imparcial’, a cuyos efectos hay tres factores que deben coadyuvar a realzar en procura de restaurar la credibilidad en la Justicia y el prestigio de los magistrados, además del idóneo y eficiente cumplimiento de sus propias obligaciones: 1) la misma sociedad, asegurar en el obrar cotidiano en lo funcional, en lo material y en

///59.- lo ético-político la independencia del Poder Judicial; 2) el legislador, ajustando la

citada legislación procesal penal a los mandatos del derecho supranacional y la Constitución y, también, dotando de recursos suficientes al Poder Judicial según es el deber en ese contexto (arts. 224 y ccdtes. C.P.), y 3) el Ministerio Público, asumiendo en plenitud el compromiso de cumplir plena, adecuada y completamente los deberes del ejercicio de la acción pública de la que es titular, tomando conciencia de la demanda social de justicia en una geografía en que el constituyente le privilegió con la pertenencia al Poder Judicial, a cuya recuperación y consolidación institucional tiene que contribuir.- - - - -

----- “\El proceso penal... es el llamado mixto, o sea, el que comienza con una etapa policial e inquisitoria, a cargo de un juez que se pone al frente de la policía de investigación criminal. El plenario acusatorio es público, pero las pruebas del sumario inquisitorio siempre pesan... La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio\’ (conf. \CASAL\’ ya citada, considerando 15).- - - - -

----- “Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que el \... rol determinante del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal a la luz del nuevo paradigma acusatorio imperante en la doctrina... (es) lenta y parcialmente adoptado por el codificador...\’ (Se. 27/08

///60.- STJRNSP, mi voto), incorporando \el legislador provincial... principios propios de un sistema acusatorio\’ (Se. 1/06 STJRNSP).- - - - -

----- “De tal modo, el cumplimiento oportuno de las funciones del juez de instrucción se verifica con la tramitación del sumario sin afectación de derechos ni garantías de las partes y la elevación a juicio de la causa; mientras que el cumplimiento oportuno del rol de cada funcionario del Ministerio Público Fiscal se establecerá –en principio- en función de la resolución definitiva sobre la demostración de su \teoría del caso\’.- - - -

----- “Entonces, dada la pretensión punitiva del Ministerio Público Fiscal, la consecuente absolución por carencia de pruebas que determinen con certeza la responsabilidad penal del sometido a proceso es una circunstancia que –también en principio- obligaría a analizar el desempeño de los funcionarios de ese Ministerio que intervinieron en el proceso para establecer alguna eventual disfuncionalidad, tarea que no es propia de quienes aquí somos sentenciantes, sino del ulterior y separado ejercicio

de sus atribuciones de superintendencia o disciplinarias, primero de la señora Procuradora General, luego del Superior Tribunal o, finalmente, del Consejo de la Magistratura.- - - - -

----- “b) También es dable señalar que la Ley K 4199 prevé que los Agentes Fiscales tendrán a su cargo promover la averiguación de los delitos de acción pública siempre que tengan noticia de su comisión por cualquier medio en conformidad con lo establecido por el Código Procesal Penal (art. 17 inc. a). En caso de que el Fiscal de Cámara

///61.- constate cualquier irregularidad en el desenvolvimiento del Ministerio Público Fiscal, tendrá a su cargo dar conocimiento a su superior jerárquico (conf. art. 16 inc. j Ley K 4199). Finalmente, si eventualmente fallaran los filtros anteriores, el Procurador General tiene la función de cumplir y velar por el cumplimiento de las funciones del organismo y promover y ejercer la acción penal pública de manera directa, cuando lo considere necesario (conf. art. 11 incs. a y b Ley K 4199; conf. Se. 207/09 STJRNSP).- - - - -

----- “Así, mutatis mutandis, si \bien la introducción del Artículo 120 de la Constitución Nacional sustrae al Ministerio Público del control de cualquiera de los poderes del Estado, ello no significa «falta de control», porque más allá del control jurisdiccional que se ejerce en el marco del proceso, la Ley 24946 (Adla, LVIII-A, 101) prevé controles internos y, además los fiscales no se encuentran exentos de ser sancionados por las posibles violaciones en la que pudieran incurrir por su calidad de funcionarios públicos\’ (CSJN, \QUIROGA\’, sumario 21; conf. Se. 20/06 STJRNSP)” (Se. 201/10 STJRNSP, de mi voto).- - - - -

-----6.- CONCLUSIÓN:- - - - -

----- En síntesis: a) En atención al referido voto ponente, estoy por el rechazo del recurso extraordinario de casación de fs 3243/3290, en razón de lo cual adhiero parcialmente a mi distinguido colega doctor Víctor Hugo Soderó Nievas, a excepción del punto 10 de su voto. b) Respecto de este, es decir, del “Control de oficio del desarrollo del procedimiento”, disiento no porque comparta o no comparta o

///62.- deje de compartir el encuadramiento y la calificación que le asigna el doctor Víctor Hugo Soderó Nievas a la actuación de los magistrados y funcionarios que conocieron, intervinieron y resolvieron en los hechos denunciados vinculados en origen con la presente causa y con otra también en trámite ante este Superior Tribunal de Justicia, ahora procesalmente diferenciada y ajena, sino porque está firme la

independencia de la cual goza y corresponde un juzgamiento aparte en el momento procesal oportuno que así sea pertinente, en el que se podrá sostener y acreditar o no desde esa plataforma la eventual existencia o inexistencia de colusión dentro de tales hechos, cuestión que es asimismo ajena al objeto del pronunciamiento en el Expte.Nº 24721/10 STJ, y en tal caso desde la visualización del obrar de dichos magistrados y funcionarios la eventual derivación a la autoridad de superintendencia o disciplinaria por la averiguación del deslinde de responsabilidades por aquellas presuntas disfuncionalidades. Consecuentemente en ese específico punto 10, no anticipo opinión y la reservo para tal momento procesal oportuno si así correspondiere expedirse. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balldini dijo: - - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

- -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto supra, el doctor Luis Lutz no firma la presente por encontrarse en comisión de servicios,

///63.-

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs.

----- 3243/3290 y vta. de las presentes actuaciones por el doctor Manuel Maza en representación de Sandra Cristina Bombardieri, y confirmar la Sentencia 6/10 de la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, y su rectificatoria, Se. Nº 7/10.- - - - -

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

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 6

SENTENCIA: 89

FOLIOS: 1084/1146

SECRETARÍA: 2