

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22656/07 STJ

SENTENCIA Nº: 30

PROCESADO: TARIFEÑO JUAN HERIBERTO

DELITO: DEFRAUDACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MEDIANTE EL
USO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO, EN CONCURSO IDEAL

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 26-03-08

FIRMANTES: LUTZ – SODERO NIEVAS – BALLADINI EN ABSTENCIÓN

//MA, de marzo de 2008.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Luis Lutz, Víctor Hugo Sodero Nievas y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia del tercero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “TARIFEÑO, Juan Heriberto s/Delito contra la Administración Pública s/Casación” (Exppte.Nº 22656/07 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 438 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-----

CUESTIÓN

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

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:-----

-----1.- ANTECEDENTES DE LA CAUSA:-----

-----1.1.- Mediante sentencia Nº 53, del 22 de agosto de 2007, la Cámara Primera en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial resolvió –en lo pertinente- condenar a Juan Heriberto Tarifeño como autor penalmente responsable del delito de defraudación a la administración pública mediante el uso de documento privado falso, en concurso ideal (arts. 45, 54, 174 inc. 5º y 296 en función del 292 C.P.) a la pena de dos años de prisión condicional e inhabilitación especial perpetua para cumplir funciones policiales, con

costas (arts. 29 y 45 C.P. y 498 C.P.P.). Asimismo, impuso las pautas de conducta previstas en el art. 27 bis del Código Penal (incs. 1º, 3º y 4º) por el término //2.- de dos años (fs. 192/200).- - - - -

-----1.2.- Contra lo así decidido, el doctor Rodolfo Rodrigo, abogado particular de Juan Heriberto Tarifeño, interpuso recurso de casación (fs. 206/209 y vta.), que fue rechazado por el tribunal de grado inferior (fs. 211/215) y declarado admisible por este Superior Tribunal mediante resolución N° 50/07 (fs. 226/227). Dispuesto el expediente por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados (arts. 434 y 437 C.P.P.), presentó dictamen la señora Procuradora General (fs. 230/234), de modo que, luego de realizada la audiencia prevista por el código de rito, los autos están en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----2.- ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:- - - - -

----- El recurrente sostiene que la sentencia es autocontradictoria porque en su parte resolutive condena por defraudación a la administración pública mediante el uso de documento falso, señalando que ese fraude tiene como medio de comisión el uso de documento falso, y sin embargo condena por los delitos en concurso ideal. Agrega que la sentencia alude, sin decirlo, a un concurso aparente de leyes que no configura el supuesto del concurso ideal del art. 54 del Código Penal.- - - - -

--

----- Asimismo, afirma que el abogado de la policía, doctor Reto, dijo en el debate que la conducta imputada a Tarifeño no le causaba ningún perjuicio a la administración por las disposiciones del reglamento policial, cuyo capítulo de licencias de personal no prevé descuentos de haberes ni aun en el supuesto de licencias injustificadas, por cuanto //3.- cualquier ardid para obtener indebidamente una licencia es reputado como falta disciplinaria grave y la única sanción es el arresto (arts. 30 y ccdtes. del Reglamento de licencias policiales, año 1997). De tal modo, la única consecuencia de una licencia indebida o injustificada era la de arresto y nunca el descuento del sueldo, lo que implica la eliminación del tipo penal del art. 174 inc. 5º del Código Penal.- - - - -

----- La parte también refiere que no necesitaba del uso del certificado médico falso y ni siquiera del uso de uno verdadero, porque era inútil e indiferente en virtud de lo previsto en los arts. 13, 14 y 15 del Reglamento Policial, que pone en cabeza del jefe y los médicos policiales la constatación de la existencia o inexistencia de la enfermedad invocada, quienes, al no constatarlo, eran los que tenían interés en la presentación de certificados para justificar su propia incuria.- - - - -

----- Por último, menciona que sin perjuicio de las irregularidades de las actas y del proceso (falta de firmas, falta de fechas) la sentencia viola la ley y solicita que se la anule o a todo evento se la revoque y se absuelva de culpa y cargo.-----

-----3.- DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL:-----

----- La señora Procuradora General doctora Liliana Laura Piccinini afirma que la resolución carece de la debida fundamentación, en virtud de que incurre en afirmaciones dogmáticas que evidencian la orfandad de argumentos de la opinión mayoritaria del a quo, al evaluar y tener por acreditado uno de los elementos típicos de la figura//4.- escogida, cual es el hipotético perjuicio endilgado. Estima que se configura así la situación prevista por el art. 440 del Código Procesal Penal, toda vez que el pronunciamiento desoye las prescripciones de los arts. 369, 375 inc. 3º, 100 y ccdtes. del rito y 200 de la Constitución Provincial.-----

----- Sin perjuicio de la solución antes brindada y atento al traslado de fs. 228 (sobre “las irregularidades allí denunciadas”), considera que las circunstancias ameritan un estudio más profundo que excede la instancia casatoria y cuyo marco apropiado es el que da el art. 206 inc. 7º de la Constitución Provincial.-----

-----4.- CONCURSO IDEAL DE DELITOS:-----

----- El recurrente afirma que la sentencia es autocontradictoria cuando condena por defraudación a la administración pública (art. 174 inc. 5º C.P.) mediante el uso de documento falso (arts. 296 y 292 íd) en concurso ideal (art. 54 C.P.), porque existiría un concurso aparente de leyes que no configura este último.-----

----- Ahora bien, el a quo –en mayoría- tuvo por acreditado el hecho que se reprochó a Tarifeño en los siguientes términos: “haber presentado falsos certificados médicos para justificar la inasistencia a sus labores como empleado policial en el período comprendido entre el 15 de mayo al 07 de junio de 2004 –24 días-, ante la División Sanidad de la Policía en [...]la ciudad de San Carlos de Bariloche, y así engañar a sus superiores para percibir por ese lapso las remuneraciones correspondientes en forma regular y sin descuentos, con el consecuente perjuicio al erario//5.- provincial [...]” (vid fs. 192).-----

----- De ese factum surge evidente el concurso ideal de delitos porque los encuadramientos penales (arts. 174 inc. 5º y 296 C.P.) son “simultáneamente aplicables al hecho único, sin que alguno de los tipos concurrentes desplace al otro u otros. Es decir que su aplicación simultánea al caso no debe ser incompatible. Es eso lo que

permite diferenciar al concurso ideal de delitos del denominado concurso aparente de tipos o concurso aparente de leyes, en el cual, a pesar del encuadre del hecho único en más de un tipo penal, sólo uno de ellos resulta en definitiva aplicable, porque desplaza al otro o a los otros en virtud de determinadas relaciones aplicables... Por ello la doctrina tradicional y mayoritaria afirma que, para que podamos hablar de concurso ideal, los tipos concurrentes no deben excluirse entre sí, es decir que los mismos deben ser efectivamente aplicables al hecho único. Si los tipos en cuestión se excluyen o son incompatibles entre sí, no hay concurso ideal, sino lo que se denomina concurso aparente de leyes o de tipos, ya que no existe un efectivo encuadramiento múltiple, sino que éste es sólo aparente. Esa exclusión de los diferentes tipos se debe a distintas relaciones que pueden darse entre los mismos... (alternatividad, especialidad, subsidiariedad y consunción)... Al respecto dice Terán Lomas... que, mientras en el concurso aparente, como su nombre lo indica, por la existencia de una de las relaciones especificadas, uno solo de los tipos tendrá aplicación, desplazando a los restantes, en el concurso ideal existe efectiva y realmente un//6.- encuadramiento múltiple en relación con un mismo hecho” (D. Baigún, E. R. Zaffaroni y M.A. Terragni, Código Penal, ed. Hammurabi, 2002, Tº II, págs. 263/264).- - - -

----- Corresponde así desechar el agravio, porque en el sub lite no hay concurso aparente en virtud de que “el hecho” (defraudación mediante el uso de documento falso) es alcanzado por dos tipos penales y ambos pueden –deben- aplicarse, ya que por sí solos no bastan para aprehender todo el desvalor del hecho (conf. Andrés José D’Alessio, Código Penal. Parte General, ed. La Ley, 2005, pág. 591).- -

----- “Tal actividad, en tanto realizadora de la acción prevista por el tipo penal en el art. 174 inc. 5º del Código Penal en concurso ideal con el art. 292 en función del art. 296 del mismo cuerpo legal, permite la condena del imputado como autor por ejecutar el hecho” (Se. 76/00 STJRNSP).- - -

----- “Así, “[e]xiste concurso aparente de delitos cuando la calificación de un hecho como constitutivo de un delito implica, simultáneamente, la imposibilidad de afirmar la comisión de otro u otros que resultarían aplicables al caso si aquél no lo hubiera sido” (conf CNCPenal, sala IV, 17-09-99 in re ‘ROJO’).- - - - -

----- “De igual modo, se advierte concurso aparente de leyes penales ‘... cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero sólo será regulado por uno de ellos, mientras que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas’ (CNACrim. y Corr. Federal, sala I, 16-07-97 en ‘DADONE’, LL

1997-D, 293)” (Se. 94/04 STJRNSP).-----

-----5.- PERJUICIO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:----- ///7.-- La defensa sostiene que el uso de certificados médicos falsos o verdaderos no le causó ningún perjuicio a la administración pública porque el reglamento de licencias del personal policial no prevé descuentos de haberes en el supuesto de licencias injustificadas, y cualquier ardid para obtener indebidamente una licencia es reputado como falta disciplinaria grave y la única sanción es el arresto (arts. 30 y ccdtes. del Reglamento de licencias policiales, año 1997).-----

----- Tal argumento es inatendible. Al respecto, rige el art. 119 del Reglamento de normas para sumarios administrativos (RNSA), que prevé la instrucción de actuaciones y retención de haberes por ausencias injustificadas, las que se acreditan conforme con el art. 13 del Reglamento de gastos en personal (Decreto N° 1099/67), que cito a continuación.-----

----- “ARTÍCULO 119°: Cuando se instruyan actuaciones por presunto abandono del servicio y mientras el causante no se restituya al mismo, el Oficial que ordenó la formación de las mismas ó el instructor deberán solicitar a la Jefatura que disponga la inmediata retención de los haberes hasta tanto se revierta esa situación. Igual medida deberá requerirse en las actuaciones labradas para investigar la situación de salud del agente, si este no se aviene a prestar servicio no obstante haber sido declarado apto, sin perjuicio de las demás instrucciones que deban realizarse”.-

----- “Artículo 13° - (Modificado por Art.4° Decreto N° 1074-1975). El titular de cada unidad de organización deberá certificar la real prestación de servicios en la planilla de ///8.- liquidación de haberes, mientras que el funcionario competente de la respectiva jurisdicción administrativa aprobará el gasto resultante. Debe entenderse por jurisdicción administrativa el conjunto de los organismos y dependencias agrupados presupuestariamente dentro de cada Ministerio y Secretaría”.-----

----- También es dable destacar los siguientes artículos de la Ley 3487 (B.O. Del 04-01-01): “De las licencias en general.- [...] Artículo 56 - Se considerará incurso en falta equiparable al abandono de servicio y, por lo tanto, pasible de cesantía, al agente que simulara enfermedad o accidente con el fin de obtener licencia. Se denunciará al médico o funcionario público que extienda certificación falsa. De igual forma se considerará al agente que incumpliera con la obligación de reintegrarse y permanecer en el servicio según lo establecido en los artículos 46 y 48. [...] Artículo 58 - Las licencias comprendidas en los artículos 46, 47 y 48 son incompatibles con el desempeño de

cualquier otra función pública o privada remunerada. Las incompatibilidades de este orden dan lugar a descuento de los haberes devengados durante el período de licencia usufructuado y serán sancionadas de acuerdo con el régimen disciplinario establecido por el presente Estatuto”.- - - -

----- Siguiendo este orden de ideas, observo que el recurrente confunde la pérdida proporcional del derecho a remuneración por faltas injustificadas (y el consecuente descuento de los haberes, conf. arts. 119 RNSA, 13 Dec.Nº 1099/67, 32 incs. f y k, 58, 110, 134, 135, 144 y ccdtes. Ley 679; 7, 11 inc. b, 23, 56, 58, 61 y cctes. Ley 3487 y ///9.- decretos reglamentarios) con la eventual sanción por simulación de enfermedad para obtener indebidamente una licencia (ver arts. 45, sptes. y ccdtes. Ley 679 y 56, 71, 73 y ccdtes. Ley 3487).- - - - -

----- En otras palabras, cuando en la relación de empleo existe ausencia injustificada de la prestación laboral corresponde el descuento de haberes, y esta circunstancia también podrá –o no- ser motivo de sanción administrativa y/o penal.- - - - -

-----6.- CONSTATACIÓN DE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE LA ENFERMEDAD:- - - - -

----- La defensa afirma que no necesitaba del uso de certificados médicos porque era obligación de los médicos policiales la constatación de la existencia o inexistencia de la enfermedad, de acuerdo con los arts. 13, 14 y 15 del Reglamento de licencias policiales (Dcto. 488/73).- - - - -

----- El agravio se aparta de las constancias de la causa y por tal motivo es ineficaz. Obsérvese que el expediente administrativo caratulado “Sgto. (AS-EG) Tarifeño Juan (4322) s/ inasistencias al servicio del 15-05-04 al 07-06-04”, que se glosó a fs. 1/46 de autos, se inició cuando la División de Sanidad devolvió a la Comisaría 2ª de San Carlos de Bariloche una solicitud de licencia especial (planilla “A”) con dos certificados médicos porque el médico policial consideró que el diagnóstico denunciado no justificaba la inasistencia de veinticuatro días, y para visar la licencia requirió resumen de historia clínica e informes de resultados de estudios realizados, según consta a fs. 1/5 (la solicitud entró a la División de Sanidad el 08-06-04 y ///10.- salió el 15-06-04, ver fs. 2).- - - - -

----- El encartado fue notificado personalmente del requerimiento el 17-06-04 (fs. 8), y el 27-07-04 le fue reiterado –también con notificación personal- bajo apercibimiento de inicio de actuaciones administrativas (fs. 12), por lo que presentó otro certificado

(firmado por el doctor Raúl Robledo), cuyo diagnóstico no coincide con el anteriormente entregado (fs. 13).- - - - -

----- También surge de autos (fs. 4) que uno de los certificados médicos presentados fue extendido por el doctor Carlos Román (kinesiólogo – MP 7693); sin embargo, la Dirección de Fiscalización Sanitaria del Ministerio de Salud informó que no consta en los registros de habilitación de matrícula (fs. 11).- - - - -

----- Estas circunstancias dieron motivo a la resolución del 07-10-04 del Jefe de la Comisaría Segunda por la cual se ordenó instruir sumario, de la cual fue notificado personalmente Juan Heriberto Tarifeño (fs. 18/19), quien el 09-10-04 designó defensor para ese trámite (fs. 24).- - - -

----- En consecuencia, queda claro que el imputado usó los documentos falsos porque necesitaba los certificados médicos para justificar sus inasistencias con el fin de que no le descontaran los días no trabajados y, en cumplimiento de la costumbre administrativa, el primer día que se reintegró a su función presentó la planilla de licencia con dos certificados médicos (falsos) y luego –previa intimación- entregó otro certificado (también falso y con diferente diagnóstico).- - - - -

----- Fiorini (Derecho Administrativo, Tº I, pág. 70)///11.- expresa: “La costumbre como fuente jurídica deberá manifestarse en forma habitual, permanente, cumplirse concretamente, tener carácter objetivo y no vulnerar el interés público... La costumbre, con los caracteres indicados, debe provenir del seno de la Administración Pública y contar con el acatamiento de los administrados”. Tales caracteres de habitualidad, permanencia y acatamiento surgen con nitidez del citado expediente administrativo que se inicia, justamente, con la actividad del administrado (aquí imputado), y cuentan con sustento normativo en el último párrafo del art. 15 (“se admitirá certificación de Médico particular”) del reglamento del régimen de licencias policiales -Decreto 488/73- (conf. Se. 35/04, 61/05, 70/06 y 19/07 STJRNSP).- - - - -

----- Por último, destaco que la institución policial no dudó de la existencia de la enfermedad sino hasta que el imputado presentó los certificados médicos con un diagnóstico que –en principio- no respondía a una necesidad de licencia tan prolongada, lo que finalmente se constató.-

-----7.- IRREGULARIDADES DE LAS ACTAS Y DEL PROCESO:- - - -

-----7.1.- Introducción – Racconto:- - - - -

----- El recurrente denuncia irregularidades sobre la oportunidad en que se habrían

firmado las actas de debate y los proveídos.- - - - -

----- Para una mejor comprensión y análisis de la cuestión paso a realizar un racconto de las constancias del proceso referidas al tema:- - - - -

-----a) El acta de debate correspondiente al día 07-08-07 está firmada por el Tribunal (fs. 184/185).- - - - - ///12.--b) El acta de debate –continuación- correspondiente al día 08-08-07 también se halla firmada por el Tribunal (fs. 186/188).- - - - -

-----c) Una providencia de pase al Acuerdo (de fecha 09-08-07) está firmada por el Presidente y el Secretario, y a continuación se realizó el sorteo de los votantes con las respectivas fechas de vencimiento de votos (los nombres y fechas se completaron de forma manuscrita) y la firma del Secretario (fs. 189).- - - - -

-----d) La sentencia definitiva del 22-08-07 se encuentra correctamente firmada, protocolizada y foliada (fs. 192/200).- - - - -

-----e) El acta de lectura de sentencia (también del 22-08-07) está firmada por el doctor Alfonso Esteban Pavone y el imputado (fs. 201).- - - - -

-----f) En fecha 28-08-07 la defensa plantea “incidente autónomo de nulidad de procedimiento” argumentando que al día 24-08-07 “las actas de debate estaban firmadas solo por el Dr. Pavone” y “[e]l acta que decían que pasaban a deliberar, no estaba firmada cuando supuestamente pasaron a deliberar (afirmo que nunca deliberaron)”, y agregaba: “Tengo las fotocopias de fs. 189 que ordena el ‘pase de los autos al acuerdo’ no firmado por nadie”, y “[e]l orden de los votos está sin firmar”. Por ello pide la nulidad absoluta de lo actuado, con cita de los arts. 365 y 369 del código adjetivo y 988, 1044, 1047 y 3654 del Código Civil (fs. 202/203 y vta.).- - - - -

-----g) El 07-09-07 la defensa presenta recurso de casación contra la sentencia definitiva “y ello sin perjuicio de la ///13.- nulidad planteada oportunamente, nulidad de las actuaciones, por las causas invocadas. La sentencia dictada, independientemente de la nulidad del proceso que ya mencioné, tiene que ser anulada, o, en subsidio, revocada” (fs. 206/209 y vta.).- - - - -

-----h) El 12-09-07 la Cámara resuelve rechazar las nulidades articuladas y declarar inadmisibile el recurso de casación articulado (fs. 211/215).- - - - -

-----i) El 20-09-07 la defensa requiere al a quo dos aclaraciones y comunica al señor Presidente: “presentaré la queja contra la casación denegada, y plantearé la casación contra la nulidad rechazada” (fs. 219).- - - - -

-----j) El 26-09-07 el Presidente no hace lugar a la aclaratoria solicitada por

improcedente (fs. 220).- - - -

-----k) El 25-09-07 la defensa presenta ante este Superior Tribunal de Justicia “recurso de queja por casación denegada”, en el cual argumenta contra la resolución del 12-09-07 por las nulidades rechazadas y el recurso de casación declarado inadmisibles (fs. 38/43 y vta. de la queja agregada por cuerda).- - - - -

-----l) El 28-11-07 este Superior Tribunal dicta el auto interlocutorio que declara admisible el recurso de casación (ver copia a fs. 226/227).- - - - -

-----7.2.- Carencia de jurisdicción:- - - - -

----- Como se desprende de lo anterior, y pese a lo anunciado por la defensa a fs. 219, no se ha interpuesto recurso de casación contra el rechazo de las nulidades y en consecuencia este Superior Tribunal carece de jurisdicción para resolver la cuestión (arts. 403, 408, 415 y ccdtes.///14.- C.P.P.), por lo que los argumentos al respecto son formalmente inadmisibles.- - - - -

----- “Es que el Superior Tribunal de Justicia \’... en cumplimiento de elementales garantías constitucionales asume su competencia funcional de control de legalidad (concepto inclusivo del de logicidad o juicio de existencia, arts. 110, 369 y 370 C.P.P.) de los fallos de la instancia ordinaria a los puntos resistidos del decisorio... -tantum devolutum quantum appellatum-.- - - - -

----- “\’Nuestro código de rito dice, respecto de la jurisdicción del Tribunal de Alzada, que «[e]l recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios... Cuando hubiera sido recurrida solamente por el imputado, o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio» (art. 415).- - - - -

----- “\’Así, esta instancia se encuentra «signada por el principio dispositivo, donde el ejercicio de la jurisdicción está limitado por el alcance de los medios impugnativos y por la motivación del agravio que afecta a la parte que resiste el pronunciamiento al que se atribuye injusticia o ilegalidad... No cabe dudar, entonces, que la competencia funcional del tribunal de alzada es restricta. La congruencia exige correspondencia entre la decisión y lo que es materia de la impugnación. El objeto se depura por los términos en que la impugnación se ha interpuesto y sustentado» (Norberto J. Iturralde, «Disposiciones sobre los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación», LL. T. 1995-C, Sec. doctrina, pág. 1256).- - - - - ///15.-- “\’Este principio debe ser completado con el reconocimiento de las atribuciones de este Cuerpo -abierta su jurisdicción por el recurso- para ingresar al tratamiento de oficio ante el supuesto de

nulidades absolutas en el proceso que culmina con la resolución en crisis, pero siempre en beneficio del reo que -de otro modo- vería conculcadas sus garantías constitucionales por la inacción de sus defensores, cuando -en rigor- debe pagar por lo que hizo y no por los errores de los letrados\ ('KIELMAZ\, Se. 154/02).- - - - -

----- “Tal criterio ha sido ratificado por la doctrina legal de este Superior Tribunal, que recoge el precedente \‘CASAL\’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del 20-09-05), en tanto la revisión propia del recurso de casación es sólo en la medida de los agravios y ante la advertencia de una crítica concreta y fundada del decisorio cuestionado.- - - -

----- “Así, no puede venir ahora el señor defensor a plantear la ausencia de fundamentos... más que en los términos ya expuestos en su recurso de apelación cuyo rechazo recurre o sumar agravios propios de su planteo... en el incidente respectivo, que no se corresponden con los efectuados en el principal.- - - - -

----- “Tal cuestión ha quedado preclusa para estos actuados...” (Se. 187/06 STJRNSP).- - - - -

----- Entonces, la jurisdicción de este Cuerpo se encuentra limitada por los términos de la impugnación y el trámite propio de la casación, toda vez que este Acuerdo ha sido convocado a resolver el recurso de casación finalmente concedido, puesto que respecto del rechazo del planteo de ///16.- nulidad (que sería relativa y no absoluta como lo pretende la defensa y tiene agravios independientes de los habilitados) nunca se interpuso casación, de modo que quedó firme y consentido por la inacción del señor defensor, quien sólo anunció que deduciría el recurso respectivo.- - - - -

-----7.3.- Planteo extemporáneo - Nulidad relativa:- - - - -

----- No obstante lo anterior, advierto que el planteo de nulidad (fs. 202/203 vta.) de las actas de debate, donde consta que “finalizado el presente debate, y pasan a deliberar” (fs. 188), era “inadmisible por extemporáneo, pues debió esgrimirse antes de la lectura de la sentencia dado que con posterioridad la eventual falencia resulta subsanada. En efecto, por tratarse de una nulidad producida en el debate, su interposición recién en el recurso de casación es extemporánea por tardía, dado que se ha clausurado la oportunidad de su planteo (art. 162 inc. 3º C.P.P.; ver Se. 89/03 STJRNSP)” (Se. 93/06 STJRNSP).- - - -

----- “Francisco J. D\‘Albora (\‘Código Procesal Penal\’, p. 846), refiriéndose al acta de debate, sostiene que \‘la interposición de la nulidad debe plantearse antes de la lectura de

la sentencia, pues con posterioridad resulta subsanada\” (Se. 89/03 STJRNSP).- - - - -

----- En este marco conceptual, el planteo de nulidad es extemporáneo en virtud de que no encuadra en ninguno de los supuestos de los arts. 159 y 160 del código adjetivo y en consecuencia se encuentra subsanada (arts. 162 y 163 ídem), sobre lo que es dable destacar que “tanto \’las nulidades absolutas como las relativas pueden ser declaradas siempre y cuando el vicio del acto haya impedido alcanzar su///17.- finalidad, pues es inadmisibles declarar la nulidad por la nulidad misma, sólo en beneficio de la ley y no respecto de las partes intervinientes en el proceso. De tal modo la nulidad se vincula íntimamente con la idea de defensa, pero si no media perjuicio [como se observa en el sub examine], la invalidez del acto queda descartada\’ (Francisco D\’Albora, \’Código Procesal Penal de la Nación\’, pág. 216, 3ª ed., Ed. Abeledo Perrot...)”, (CNCPenal, Sala IV, in re “REGUEIRA”, del 04-10-00, en LL 2001 - C, 700, citado en Se. 18/04 y 37/06 STJRNSP).- - - - -

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

----- “En este orden de ideas, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (\’ENCINAS\’, 11-06-02, en Revista LL del 13-01-03, p. 1) dijo que \’... la garantía de la defensa en juicio tiene carácter sustancial y por ello exige ///18.- de parte de quien la invoca la acreditación de concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido ese vicio\’.- - - - -

----- “En la cita (1) de dicho sumario también se encuentra como jurisprudencia vinculada un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (\’ROMERO\’, 31-03-01, en LL. 1999-E, 669) que \’ha dicho que la nulidad procesal requiere un

perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma\” (Se. 68/03 STJRNSP).- - - - -

-----7.4.- Requisitos para la redacción del acta:- - - - -

----- Por último, el planteo tampoco podría haber prosperado sobre este aspecto toda vez que el art. 365 del rito establece los requisitos para la redacción del acta de debate -lo que debe contener-, y en su inc. 6º se ocupa de las otras “... menciones prescriptas por la ley o las que el Presidente ordenare hacer, o aquellas que solicitaren las partes y fueren aceptadas”.- - - - -

----- De tal modo, podrá plantearse la nulidad del acta en la medida en que en ésta no se deje constancia de las inserciones solicitadas por las partes. “Pero ello no impone que contenga todo lo que ocurre en la audiencia sino lo que exige la ley: las que el presidente ordene y las que soliciten las partes; la omisión o deficiencia al formularse por secretaría las menciones no hacen a la nulidad del acta; tampoco si la defensa no hace uso, a lo largo de la//19.- audiencia, del derecho acordado por este inciso (TS Neuquén, sentencia del 29/VIII/91, \’Ballent, Carlos\’)” (Francisco J. D\’Albora, Código Procesal Penal de la Nación, pág. 401, citado en Se. 93/06 STJRNSP).- - - - -

----- De acogerse la tesis contraria se afectaría el sistema de selección y valoración de las pruebas como facultad soberana a cargo de los jueces, pues tendría que darse absoluta veracidad a los resúmenes

de las declaraciones que bajo su percepción y por propia iniciativa plasman los Secretarios en las actas de debate, en una labor que no les ha sido encomendada ni exige la ley en detrimento de la función que ejercen los juzgadores.- - - - -

----- “Su redacción [del acta] debe efectuarse durante el transcurso o no bien cerrado el debate; siempre antes de la lectura de la sentencia o del dispositivo, sin que la práctica - por cierto no ajustada a la ley- de hacerlo posteriormente se justifique por razones de distribución del trabajo o complejidad del asunto. Su nulidad debe ser tratada con carácter restrictivo, sobre todo si no se advierte perjuicio. Además, la interposición de la nulidad debe plantearse antes de la lectura de la sentencia, pues con posterioridad resulta subsanada (arts. 167 y 171, inc. 1º; CJ Catamarca, JA 1964-V-20, f. 9060)” (conf. Francisco J. D\’Albora, Código Procesal Penal de la Nación, 2005; Lexis N° 1301/005933).- - - - -

-----7.5.- Intervención de la Secretaría de Superintenden-cia:- - - - -

----- Sin perjuicio de lo expuesto respecto de la carencia de jurisdicción y la extemporaneidad del planteo,///20.- atento al dictamen de la señora Procuradora General que así lo solicita, corresponde investigar la disfuncionalidad denunciada en cuanto afectaría la correcta administración de justicia. Con tal fin, se remitirán a la Secretaría de Superintendencia copias certificadas de fs. 184/203 y vta., 206/209 y vta., 211/215, 219/220 y 230/234 de las presentes actuaciones, así como de esta resolución, y desde la carátula hasta la foja 8 y fs. 38/43 y vta. del expediente de queja agregado por cuerda.- -

-----8.- CONCLUSIÓN:- -----

----- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 206/209 y vta. de los presentes autos por el doctor Rodolfo Rodrigo en representación de Juan Heriberto Tarifeño, con costas, y -dada su revisión integral- confirmar la sentencia condenatoria en todas sus partes (arts. 438 y ccdtes. C.P.P.); asimismo, propugno remitir a la Secretaría de Superintendencia copias certificadas de las actuaciones conforme lo establecido en el considerando 7.5. MI VOTO.- - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - -

-----1.- SOLUCIÓN DEL CASO:- -----

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante, respecto de lo cual VOTO EN IGUAL SENTIDO, y agrego lo siguiente:- -----

-----2.- ENCUADRAMIENTO:- -----

-----2.1.- Juan Heriberto Tarifeño fue condenado como autor penalmente responsable del delito de defraudación a la administración pública mediante el uso de documento privado falso en concurso ideal (arts. 45, 54, 174 inc. 5º y 296 en ///21.- función del 292 C.P.).- -----

----- El sentenciante siguió la doctrina legal de este Superior Tribunal (Se. 76/00) que concuerda con una importante posición doctrinaria jurisprudencial. En este sentido, se ha dicho: "... las características de los documentos falsificados ponen en evidencia que la adulteración y su posterior uso para justificar inasistencias constituyen una única acción delictiva, advirtiéndose la existencia de una pluralidad de movimientos que responden [a] un plan común y que conforman una única conducta insusceptible de ser escindida (CSJN, Fallos: 327:3219. Ver esta Sala, causa n° 24065 'Mamani Rojas', reg. n° 25738 del 26/9/06, y causa n° 24168 'Casco', reg. n° 25777 del 28/9/06).- Así, teniendo en cuenta las características de los sucesos aquí investigados, resulta evidente

que los certificados médicos espurios fueron utilizados con el exclusivo destino de sanear indebidas ausencias laborales, con el consecuente perjuicio patrimonial para la administración pública, resultando claro que nos encontramos ante un mismo hecho sobre el que recae más de un encuadre legal (artículo 54 del Código Penal)” (CNApel. Crim. y Corr. Federal, Sala III, in re “OJEDA”, del 22-03-07, en LL 2007-D, 490).- - - -

----- Con igual criterio, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán ha entendido que “... corresponde... ordenar el procesamiento de... como presunta autora penalmente responsable de los ilícitos imputados (defraudación en perjuicio de la administración pública en concurso ideal con falsificación de instrumento público).- En efecto... habría///22.- utilizado certificados médicos falsos para justificar inasistencias laborales, pagas por el Estado...” (in re “CASTILLO”, del 20-05-04, en LLNOA, 2004, septiembre, 1483).- - - - -

-----2.2.- La anterior postura doctrinaria y jurisprudencial que sigue este Cuerpo se ha adoptado sin desconocer otra importante corriente que sostiene: “... el haber presentado... ante las autoridades... formularios apócrifos para el otorgamiento de licencias médicas... logrando de este modo percibir los haberes correspondientes a esos días no trabajados, los cuales fueran justificados a través de dichas constancias por enfermedad... configura el delito de defraudación en perjuicio de la administración pública en los términos del art. 174, inciso 5º en función del art. 172 del Código Penal. En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han afirmado que el inciso 5º de la mencionada norma agrava cualquier tipo de defraudación, es decir que se exige que el agente cometa fraude, quedando englobado indistintamente una defraudación, ya sea por estafa del art. 172 y las existentes en el artículo 173 o por alguna otra forma de abuso de situación o abuso de confianza de esa norma. Debiendo la acción contener los elementos típicos correspondientes a la defraudación de que se trate, aplicándose la agravante cuando el ofendido resulte ser la administración pública (Edgardo Alberto Donna, \Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II B\, ed. Rubinzal Culzoni Editores del 2003, pág. 550 y sigtes.). De modo que esta figura no describe una conducta delictiva sino una agravante de las defraudaciones previstas en el Código ///23.- sustantivo... (C. 3º C. Corr. De la Plata, 31/5/93, P80480, RSD-108-93 S (JUBA), Donna-De La Fuente-Maiza-Piña, \El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia\, Tomo III, arts. 162 a 185, pág. 675)” (CNApel. Crim.y Corr., Sala VI, en “GODED SUBIRACHS”, del 30-10-07, en LL 2008-A, 319).- - - - -

----- Este criterio ha sido aplicado también por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional in re “DE BENEDETTI” (del 12-07-02, en LexisNexis Argentina) y la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en autos “CACI” (del 10-11-92, publicado en SAJ: G0009398).- - - - -

-----2.3.- Mencionadas las anteriores posturas doctrinarias sobre el encuadramiento típico del hecho enrostrado, agrego que ningún perjuicio le causa al imputado la adoptada por el Superior Tribunal de Justicia, toda vez que ambas prevén iguales penas en abstracto.- - - - -

----- Además, la hipótesis de encuadramiento de la mencionada en segundo término no es motivo de desincriminación ni de nulidad de la sentencia pues, por ser una cuestión de derecho, debería resolverla directamente este Superior Tribunal (art. 439 C.P.P.).- - - - -

-----3.- DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL:- - - - -

----- No comparto el dictamen de la señora Procuradora General en cuanto sostiene que la sentencia carece de suficiente motivación, ya que desarrolla fundamentos –en el mínimo requerido y sin perjuicio del voto en disidencia- sobre la existencia del hecho, la autoría, el encuadramiento ///24.- legal y la pena aplicable.- - - - -

----- A su vez, advierto que el dictamen omitió un desarrollo serio, concreto y razonado para propiciar la anulación de la sentencia y se basó en afirmaciones abstractas, dogmáticas o apodícticas que son insuficientes para entender que la resolución no es un acto jurisdiccional válido.- - - - -

----- En definitiva, me aparto del dictamen de la titular de los Ministerios Públicos en los aspectos señalados, porque contiene afirmaciones dogmáticas que desatienden las constancias de la causa (ver Se. 3/06 y Se. 7/06 STJRNSP, entre muchas otras).- - - - -

-----4.- DERECHO DISCIPLINARIO VS. DERECHO PENAL:- - - - -

----- Dado que la defensa plantea una ausencia de responsabilidad penal en función del derecho administrativo (porque según la reglamentación al imputado sólo le habría correspondido la sanción de arresto), es importante resaltar que en forma inveterada el Superior Tribunal de Justicia “ha dicho que: \El funcionario tiene que cumplir los deberes impuestos. Su infracción trae aparejada la responsabilidad. En algunos supuestos, la violación del deber del funcionario solamente alcanza al aparato administrativo, al orden y a la disciplina establecidos, a la competencia. En este caso se

dice que el funcionario ha incurrido en responsabilidad disciplinaria. En otros casos, la actividad del funcionario puede haber causado un daño a un patrimonio. Se trataría entonces de la responsabilidad civil. Por último, el acto efectuado por el funcionario que no cumple con sus deberes puede representar una figura delictiva definida por el ///25.- derecho penal. En este caso existe una responsabilidad penal del funcionario y deben aplicársele sanciones penales. Las tres responsabilidades a que nos hemos referido, civil, penal y administrativa, no son excluyentes, ya que un mismo hecho violatorio de un deber jurídico del agente público, puede dar lugar a las

tres clases de responsabilidad y originar tres sanciones distintas. El principio non ter in idem es inaplicable, puesto que se trata de géneros diferentes de responsabilidad, cada uno con su dominio propio. Las tres responsabilidades tienen finalidad específica e inconfundible.\ (Manuel María Diez, \Manual de Derecho Administrativo\, T. II, págs. 121/122 - STJRN. Se. N° 68/99 \TESORERIA GENERAL\...\)" (Se. 29/00 STJRNSC; en igual sentido, ver Se. 63/03 STJRNSC, entre otras).- - - - -

----- Ello es concordante con la ausencia de afectación del principio “non bis in ídem” ante sanciones administrativas y penales por el mismo hecho, “toda vez que la garantía constitucional aludida proscribela doble persecución penal por el mismo hecho, vedando, en lo que nos interesa, la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, lo que no encuentra identidad conceptual con las variadas consecuencias jurídicas que puede tener una falta” a los reglamentos administrativos (conf. Se. 7/01 STJRNSP). En tal sentido, véase además mi voto en la causa “BOLETÍN OFICIAL s/Ptas. irreg. licitac. pública N° 06/97 (Expte.N° 47933-BO-97 Y 719-S-97 T.C.) s/Apelación” (Expte. N° 20396/05; Se. 8 STJRNSO, del 07-02-06).- - - - -

-----5.- AUSENCIA DE DENUNCIA E INVESTIGACIÓN A LOS MÉDICOS: ///26.-- El imputado fue condenado por defraudación por el uso de certificados médicos falsos y se observa que la ausencia de denuncia e investigación sobre la posible responsabilidad penal de los galenos se justifica en la constatación de la “inexistencia” de los profesionales.- - -

----- En este sentido, sobre el profesional que habría extendido el certificado de fs. 4, el Director de Fiscalización Sanitaria del Ministerio de Salud de la provincia de Río Negro informó “que no consta en nuestros registros habilitación de matrícula a favor de Carlos A. Roman Kinesiólogo ni matrícula N° 7693 alguna” (fs. 11).- -

----- Por su parte, respecto de quien habría suscripto los certificados de fs. 3 y 13, el

empleado policial Walter Javier Riquelme declaró: “de conformidad a la comisión encomendada y relacionada a la ubicación del Médico Clínico Raúl A Robledo MP 3742... me constituí en el Hospital Privado Regional... ya que conforme se me comisionara el mencionada médico trabajaría en el lugar conforme una certificación médica cuyo membrete decía Hospital Privado Bariloche, 20 de febrero n° 145; en primer lugar no existe el Hospital Privado Bariloche sino el Hospital Privado Regional y la dirección 20 de febrero n° 145 no existe, ya que la calle mencionada comienza a la altura del 300 en adelante; una vez en el Hospital Privado Regional me entrevisté con el... recepcionista del Hospital Privado Regional desde hace varios años, al consultarle por el Dr. Raul A. Robledo, me informa que no trabajaba en el hospital ese médico y que no recordaba que el mismo haya trabajado en el hospital, ante esta situación prosigo efectuando///27.- averiguaciones para dar con el Dr. Robledo sin obtener novedades, por tal motivo me constituí en el Colegio Médico... en donde me informan que sólo tenían las matrículas y nombres de los médicos socios y el Dr. Robledo no figuraba en sus listas, recomendándoseme que me dirigiera a la IV Zona Sanitaria... [allí soy] atendido por Claudia Quezada secretaria del Director Dr. Norberto Delfino, quien me informa que habiendo chequeado el libro de actas en donde figuran las matrículas de los profesionales médicos de la Provincia y sus nombres, el Dr. Raul A. Robledo no figuraba como matriculado al menos en la Provincia de Río Negro, inmediatamente y consultada la base de datos de la computadora figura un médico de apellido Robledo pero con el nombre Fausto Renato quien sería bioquímico, consultado por la matrícula MP 3742 que sería de Raul A. Robledo, figura que dicha matrícula pertenece a la fonoaudióloga Gneco Andrea Paola...” (fs. 41 y vta.).- - - - -

----- Luego, el Director de Fiscalización Sanitaria del Ministerio de Salud provincial certificó “que la persona Raúl Robledo, no se halla registrado como Médico, es decir, carece de matrícula profesional para el ejercicio de la Medicina en la jurisdicción provincial. Es más, la matrícula que figura en su sello corresponde a otra persona.- Tampoco corresponde la especialidad de Médico Clínico para la cual primero debería haber obtenido la matrícula de médico” (fs. 43).- - - - -

----- De tal forma, y ante la constatación de la inexistencia de los médicos, es ajustada a derecho la actividad procesal de omitir la investigación penal sobre la ///28.- responsabilidad de tales profesionales, pero se advierte para causas futuras que ese extremo deberá investigarse.- - - - -

-----6.- SECRETARÍA DE SUPERINTENDENCIA:- - - - -

----- Adhiero a la propuesta de remisión de las copias certificadas a la señora Secretaria de Superintendencia con el fin de que investigue las disfuncionalidades denunciadas.- -

-----7.- SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN:-----

----- Conforme con todo lo expuesto, adhiero al voto del magistrado preopinante y aclaro que el encuadramiento típico del hecho se ajusta a la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia, sin desconocer otra importante posición doctrinaria jurisprudencial.- - - - -

----- Asimismo, me aparto del dictamen de la Procuración General en cuanto propicia con argumentación dogmática la nulidad de la sentencia condenatoria.- - - - -

----- También considero oportuno resaltar que las tres responsabilidades de los funcionarios públicos (civil, penal y administrativa) por un mismo hecho no son excluyentes y pueden originar tres sanciones distintas, sin que ello afecte garantías constitucionales.- - - - -

----- Por su parte, los médicos o funcionarios públicos que extiendan certificados falsos deben ser denunciados e investigados, cuestión que en autos se omitió por haberse acreditado la inexistencia de los profesionales.- - - - -

----- Por último, señalo mi adhesión a dar intervención a la Secretaría de Superintendencia. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - - ///29.-- 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,

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.

----- 206/209 y vta. de los presentes autos por el doctor Rodolfo Rodrigo en representación de Juan Heriberto Tarifeño, con costas, y -dada su revisión integral- confirmar en todas sus partes la sentencia N° 53 dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial el 22 de agosto de 2007 (arts. 438 y ccdtes. C.P.P.).- - - - - Segundo: Remitir a la señora Secretaria de

Superintendencia

----- copias certificadas de fs. 184/203 y vta., 206/209 y vta., 211/215, 219/220 y 231/234 de las presentes actuaciones, así como de esta resolución, y desde la carátula

hasta la foja 8 y fs. 38/43 y vta. del expediente de queja agregado por cuerda.-----

----- Tercero: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 2

SENTENCIA: 30

FOLIOS: 343/371

SECRETARÍA: 2