

Ref. autos: "**ERRO, Luis Alberto – DELLAGIUSTINA, Alfredo Domingo – PECULADO DE SERVICIOS - s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA**".-

[Expte. Nº **4769**/2017 / Jurisd.: Cám. Casac. Penal, Sala Nº 1 -Pná.-]

///-C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **once** días del mes de **marzo** del año **dos mil diecinueve**, reunidos los señores miembros de la Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, a saber: Presidente, Dr. **DANIEL OMAR CARUBIA**, y Vocales, Dres. **CLAUDIA MONICA MIZAWAK** y **MIGUEL ANGEL GIORGIO**, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. Noelia V. Ríos, fue traída para resolver la causa caratulada: "**ERRO, Luis Alberto – DELLAGIUSTINA, Alfredo Domingo – PECULADO DE SERVICIOS - s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA**".-

Practicado oportunamente el sorteo de ley, el mismo quedó conformado de la siguiente forma: Dres. **GIORGIO, MIZAWAK y CARUBIA**.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Es procedente la impugnación extraordinaria interpuesta?

SEGUNDA CUESTION: ¿Cómo deben imponerse las costas?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. GIORGIO, DIJO:

I.- La Cámara de Casación Penal, en fecha 22 de agosto de 2018, **RECHAZÓ** los Recursos de Casación interpuestos por los **Dres. Federik y Lambruschini**, defensores técnicos de **Alfredo Domingo Dellagiustina** y por los **Dres. Cullen y Vartorelli**, en representación del imputado **Luis Alberto Erro** ; y en consecuencia **CONFIRMÓ** la Sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguay que **CONDENÓ a LUIS ALBERTO ERRO** coautor material y penalmente responsables del delito de **Peculado** y le impuso la pena de **dos años y tres meses de prisión en forma de**

ejecución condicional e inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos (arts. 5, 9, 19, 26, 27 bis, 29 inc. 3º, 40, 41 y 261 primer párrafo del C. Penal) debiendo cumplir durante el término de la condena con las obligaciones previstas en el art. 27 bis inc. 1º del CP y a **ALFREDO DOMINGO DELLAGIUSTINA** como coautor, material y penalmente responsables del delito de **Peculado** y le impuso la pena de **dos años de prisión en forma de ejecución condicional e inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos** (arts. 5, 9, 19, 26, 27 bis, 29 inc. 3º, 40 y 41 y 261 primer párrafo del C. Penal) debiendo cumplir durante el término de la condena con las obligaciones previstas en el art. 27 bis inc. 1º del CP.-

II.- Contra esa sentencia, interpusieron la impugnación extraordinaria prevista en el apartado II del Acuerdo General N° 17/14 del Superior Tribunal de Justicia de fecha 3/6/14, punto cuarto (hoy: arts. 524 y ss., Libro Cuarto, Capítulo IV, Sección II, del Cód. Proc. Penal –Ley N° 9754, modif. por Ley N° 10317) los Dres. **JULIO FEDERIK** y **LEOPOLDO LAMBRUSCHINI**, defensores de **ALFREDO DELLAGIUSTINA** (cfrt. fs. 1285/1310 vta.) y los Dres. **MIGUEL ANGEL CULLEN** y **GUILLERMO VARTORELLI**, en representación del imputado **LUIS ERRO** (fs. 1311/1334).-

II.1.- Los **Dres. Federik y Lambruschini** se refieren al cumplimiento de los requisitos formales de admisibilidad del recurso, previstos en los artículos 14 y 15 de la ley 48, el carácter arbitrario y la gravedad institucional que reviste el pronunciamiento recurrido, el apartamiento infundado de la doctrina legal establecida por la CSJN, la fundamentación dogmática del fallo, la violación de diversas normas de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella y la innegable trascendencia que plantea la cuestión de autos.

Criticán la confirmación de la sentencia de grado, en tanto ésta cambió sorpresivamente la subsunción legal del hecho, privando a la defensa de la posibilidad de controvertir la adecuación de la hipótesis de hecho a la calificación legal escogida.

Desde la revocación del primer auto de procesamiento se ha

sostenido que el hecho encuadra en el tipo penal del art. 261, Segundo párrafo, del C.Penal, esto es el delito de peculado de servicios.-

Se procesó a su asistido por ese delito y esa calificación se mantuvo al requerirse la elevación a juicio. Al momento de mantener la acusación en los alegatos de clausura, el MPF también mantuvo esa calificación legal. Pero, al dictar sentencia, el Tribunal cambió sorpresivamente la subsunción legal del hecho por la contenida en el tipo del art. 261, primer párrafo del C. Penal.

Si bien es cierto que el hecho atribuido no varió desde el inicio de la investigación y no hay una afectación al principio de congruencia, el solo cambio de la calificación legal afecta al debido proceso y al derecho de defensa en juicio del acusado.-

Estiman que no solo la afectación al derecho de defensa y al debido proceso pueden provenir de la afectación al principio de congruencia, también un cambio de calificación legal (sorpresivo) afecta la defensa material del imputado. La relevancia jurídica de los distintos aspectos que componen el hecho se la otorga el tipo penal en el que se subsume; una variación sorpresiva del mismo supone un cambio de valoración jurídica sobre el mismo hecho y una afectación grave al derecho de defensa.-

Privar al imputado de contradecir la subsunción legal del hecho supone una afectación a las garantías constitucionales, sin perjuicio que no suponga una afectación del principio de congruencia. Comentan que en este caso y en lo que hace al tipo objetivo del delito imputado, la defensa se estructuró a los fines de sostener que el empleo de la energía eléctrica pagada por el municipio no es un servicio a los que alude el elemento normativo del tipo del art. 216 segundo párrafo del Código Penal y que tampoco lo fue en provecho propio o de un tercero, pero con el cambio de calificación legal esa defensa deviene irrelevante.-

Lo relevante en función del art. 261, primer párrafo, de la ley sustantiva, será si la energía eléctrica y el medidor en su caso, se trata de caudales o efectos, si ese medidor se encontraba bajo la administración de

Dellagiustina o de otra persona. Se advierte que no se ha tenido oportunidad en el juicio ni de producir prueba en este sentido ni de controvertir argumentalmente estos extremos, afectándose el principio de contradicción.-

De ello se deduce con meridiana claridad la afectación del derecho de defensa de su asistido por el cambio sorpresivo de la subsunción legal del hecho y esto ha determinado una situación de indefensión, privándolo de controvertir –probatoria y argumentalmente- la imputación comprensiva del hecho y su calificación jurídica y por ende, la sentencia es nula y proponen el reenvío al tribunal de origen para que éste, con otra integración, realice un nuevo juicio y dicte nueva sentencia.-

También se agravian de que la sentencia, confirmada por la Casación, haya entendido como acreditada con grado de certeza la materialidad del hecho, realizando un análisis parcial del plexo probatorio.-

Sostienen que los indicios valorados no son unívocos ni convergentes; el Dr. Barranteguy expresamente relató que el suministro de energía eléctrica venía de la casa de al lado y en numerosos pasajes se advierten yerros en cuanto al uso del método de la sana crítica en la reconstrucción a través de la prueba del destino y la razón del medidor.-

En el fallo infiere, sin sustento en ninguna probanza incorporada a la causa, que como se avecinaban las internas para la elección de diputados nacionales, Erro precisaba un local para llevar adelante sus actividades partidarias y por eso solicitó el medidor ambulante, pero esa hipótesis no fue acreditada por ninguna prueba y esto desacredita a la sentencia.-

Critican la argumentación relativa a que el Consejo de la Mujer tuvo nacimiento formal años después, cuando se encuentra agregado por el Consejo Deliberante un proyecto de ordenanza coetáneo a los hechos que no alcanzó a ser votado, pero sí tuvo estado legislativo.-

Como tercer motivo de agravio señalan que no está acreditada la tipicidad subjetiva del delito atribuido a Dellagiustina, porque la Casación

solo valora la conducta objetiva endilgada a éste pero no otras circunstancias externas. Sostienen que debe ponderarse que Dellagiustina firmó la nota en función de lo que Giménez le informa (técnico del municipio) respecto de las reuniones de mujeres tendientes a tratar la cuestión de género y posibles integrantes del futuro consejo de la mujer y esto determinó la firma de la nota en cuestión. La decisión política ya estaba tomada por el ex intendente Erro, esas reuniones existieron y el proyecto del consejo de la mujer también existió.-

Afirman que Dellagiustina no tenía afinidad política con el FPV, integraba otro partido y solo aceptó el cargo de Secretario de Obras Públicas para colaborar con el municipio. Dellagiustina no intervino en el acto político, que se realizó un mes después de que firmara la nota en cuestión y no tuvo ninguna intervención respecto de la desconexión del medidor ambulante. En ese contexto, no puede señalarse que al firmar la nota su pupilo haya conocido que al mes de asignar el medidor ambulante al inmueble de calle Alem nº 7 se iba a variar el destino inicialmente considerado para realizar un acto partidario, esto no fue conocido por Dellagiustina y no tenía ningún interés personal o partidario con el acto que se realizó y no puede sostenerse razonablemente la existencia del tipo subjetivo.-

Se agravian de que la sentencia haya descartado que la insignificancia material del hecho no tenga relevancia a los efectos de meritar su tipicidad y sostienen que la insignificancia puede abordarse desde dos esquemas diferentes, sea que se entienda que el derecho penal protege bienes jurídicos, sea que se entienda que el derecho penal protege la vigencia de la norma; la consecuencia sistemática será la misma.-

Explican que no puede afirmarse que un hecho como el presente haya afectado de modo relevante -por su insignificancia material- el correcto funcionamiento de la administración pública. Tampoco puede considerarse que el hecho suponga un mensaje comunicativo en contra de la vigencia de la norma; nadie podría razonablemente entender que un peculado de servicios -hoy de bienes- por la suma de \$101 (pesos ciento

uno) ponga en cuestión -de modo relevante- la norma contenida en el art. 261, 1º párrafo del Código Penal.-

El delito de peculado es un delito de infracción al deber y esa infracción al deber ya aporta un mínimo contenido de injusto, que puede ser mayor si además se causa un perjuicio patrimonial.-

La cuestión a determinar es si el principio de lesividad tiene alguna restricción en lo que hace a los delitos de infracción al deber o respecto de los bienes jurídicos supraindividuales y opinan que esa restricción no existe, toda vez que, de lo que se trata es de la aplicación del principio de lesividad, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y los delitos de infracción al deber no están excluidos de estas reglas generales, contrariamente a lo sostenido en las sentencias.-

Destacan que el delito de peculado de bienes es un delito de lesión y no hay limitaciones para la aplicación del principio de lesividad. Los dos argumentos dados por la sentencia de grado, confirmada por la casación, en modo alguno desechan los argumentos de insignificancia y ausencia de lesividad material del comportamiento.-

Agregan que la Convención contra la Corrupción citada en los fallos no deja de lado el principio de lesividad, solo insta a que los estados castiguen los delitos contra la administración. Además, si bien es una convención con jerarquía constitucional no puede dejar sin efecto el núcleo pétreo de la Constitución Nacional.-

La insignificancia material también determina la desproporción entre injusto y sanción, ya que incide en la culpabilidad y por ende, en la cuantificación del injusto.-

El art. 41 del C. Penal contempla expresamente la extensión del daño causado como pauta para cuantificar el injusto y la pena. La pena mínima prevista en abstracto (2 años de prisión más la pena de inhabilitación absoluta perpetua, que importa entre otras cosas, la pérdida de los derechos jubilatorios) aparece desproporcionada por exceso y no guarda relación de proporcionalidad con el supuesto peculado de bienes.-

En este contexto, las soluciones sistemáticas son dos: 1) la perforación del mínimo legal de la pena, de modo de adecuar proporcionalmente el injusto con la sanción, la cual no es plausible porque conculca el principio de división de poderes y la forma republicana de gobierno y 2) el dictado de la absolucón de su defendido, por cuanto el injusto no alcanza el umbral mínimo para guardar relación de proporcionalidad con el mínimo de la pena en abstracto contemplada en el art. 261, primer párrafo, del código Penal.-

Señalan que no se ponderó que la "sustracción" de la esfera de custodia de la administración de los bienes objeto de imputación, lo fue por tiempo limitado (un mes) y luego restituido.-

Efectúan la reserva del caso federal.-

II.2.- Los **Dres. MIGUEL ANGEL CULLEN y GUILLERMO VARTORELLI** (defensores de **LUIS ERRO**) estiman cumplidos los requisitos formales del recurso y consideran que la sentencia de casación no trató los agravios planteados y alegan la violación del derecho de defensa que comenzó con la indeterminación del objeto a investigar y del lapso en el cual habría ocurrido. El fallo atacado, lejos de corregir esa vaguedad, ni siquiera la trata dentro de los agravios que se expresaron; no hay una sola línea dedicada al agravio relativo a la indeterminación en el tiempo del hecho y la Cámara de Casación incluso va más allá de lo sostenido por el Tribunal de Juicio.-

Destacan que el tribunal de casación yerra cuando sostiene que el medidor y por ende su consumo había estado siendo efectivamente utilizado durante unos días para llevar a cabo un acto de una agrupación política, ampliando incluso la utilización a mayor cantidad de tiempo que la que insumió el acto que se realizó en la calle.-

Esto generó un mayor agravio al derecho de defensa porque nadie sabe a ciencia cierta si se lo condenó específicamente por el acto partidario realizado o por la utilización por unos días de la luz que contabilizaba el medidor. Este error fue creado precisamente por la falta de

certeza sobre el hecho investigado, al no concretarse y limitarse la imputación delictiva, sosteniéndose el vago giro lingüístico "a la postre", desoyendo un punto específico que la defensa planteó desde el inicio, se generó este agravio novedoso, que sólo surge de la sentencia de casación.-

Sostienen que existió una verdadera actividad del tribunal que suplió la actividad probatoria del fiscal; se introdujo un elemento de prueba desconocido -una tabla de consumo eléctrico- y ese elemento se utiliza en contra del imputado y culmina con una conclusión incriminante.-

Consideran que debe anularse el fallo, ya que no sólo no se dio una explicación plausible sobre la facultad del Tribunal de incorporar prueba de oficio sino que además agravó la situación del imputado al no referirse a ese agravio.-

Plantean que el cambio de calificación legal provocó un agravio al derecho de defensa. La defensa se ocupó de demostrar que la provisión de electricidad no puede ser considerada el servicio al que refiere la figura típica, insumiendo tiempo y esfuerzo defensivo tendiente a demostrar la atipicidad; pero de manera sorpresiva, invocando el principio "iura novit curia", el tribunal de juicio condenó por una figura diferente sobre la que no se pudo ejercer la defensa, impidiendo el desarrollo de una estrategia defensiva, el cambio abrupto de una calificación típica afecta el correcto ejercicio de la defensa.-

Aducen que para acreditar la actividad partidaria el fallo reproduce las declaraciones testimoniales de los denunciados (Sanchez y Justet) y de los testigos Davicco, Jodor y Vitulo y la parte que representan probó que la instalación del medidor había sido solicitada por la Concejal Elena Tassistro quien había impulsado un proyecto de ordenanza para la creación del Consejo de la Mujer y el local había sido cedido gratuitamente por el padre de Luis Erro pero no tenía luz eléctrica y por esa razón se solicitó el medidor.-

Critican los argumentos sentenciales para acreditar la supuesta urgencia en contar con un local partidario para la realización del acto del 18

de mayo de 2009 y resaltan que no se explica porqué se requiere la instalación de un medidor con un mes de anticipación al acto. Luego de años de investigación solo se estableció que el 18 de mayo de 2009 se realizó un acto en las inmediaciones del inmueble de calle Alem n° 7. Difícilmente el 17 de abril del mismo año -fecha en la que se solicitó el medidor- se pudiera saber que el 18 de mayo se iba a realizar un acto.-

No hay una sola mención a este agravio concreto respecto de la argumentación en la sentencia de casación y por ello se reitera lo ya expresado con respecto a la arbitrariedad y es aplicable a la sentencia de casación, porque se esgrimen dos hipótesis contradictorias porque se sostienen que el consumo de energía indicaba que ese inmueble no solo se realizaban las reuniones de mujeres, alejándose de las pruebas.-

Cuestionan la incorporación de prueba de oficio por el tribunal y enfatizan que el agravio no solo se limita a esa incorporación, aún si esa prueba fuera válida el razonamiento y la fundamentación es contraria a la restante prueba. Critican las complejas operaciones matemáticas realizadas por el Tribunal, sin posibilidad de discusión por la defensa y resaltan que el dato tenido en cuenta para el cálculo que las reuniones se realizaban solo los días sábado, soslayando que se reunían otros días de la semana, omitiendo la mención de las testigos (Cabrera y Arribillaga) acerca de la utilización de otros aparatos eléctricos. Denuncian la fragmentación del testimonio de Cabrera y estas cuestiones no fueron contestadas ni abordadas por la Casación, que nada dijo sobre las contradicciones de lo fallado con respecto a las constancias de la causa.-

Asimismo, aclaran que no se le quiso hacer decir nada al testigo Barradenguy, como dice la sentencia de casación, simplemente se transcribió lo que declaró.-

Aseveran que no se valoró la prueba de descargo apuntada al realizarse la casación, entre las que mencionan la declaración de María Elena Tassistro, declaración que la defensa solicitó insistentemente pero la fiscalía y el juez de instrucción se opusieron al pedido, alegando que podría ser imputada. La defensa insistió con el pedido de citación de la Sra.

Tassistro y recién fue aceptado en el juicio oral y público y negó que en el inmueble de calle Alem n° 7 haya existido actividad partidaria, reconoció que ella solicitó el medidor de luz, confirma que en marzo de 2009 presentó un proyecto de ordenanza para la creación del consejo de la mujer, acompaña mails sobre las reuniones y la vinculación con la capacitadora Potente.-

Esos datos no fueron ponderados ni tratados por la Cámara de Casación, y no se consideró el agravio de arbitrariedad fáctica ya que es claro que lo resuelto se aparta de lo sostenido por los testigos y de la restante prueba.-

Denuncian la omisión de tratamiento del agravio referido a la valoración subjetiva de los testigos que eran adversarios políticos de Erro (Sanchez, Justet, Davicco, Vitulo y Jodor) y si bien esa circunstancia no invalida *per se* el testimonio, deber tenerse en cuenta al valorar sus dichos. Pero en vez de tomarlo como un demérito, el Tribunal de Gualeguay lo valora de manera favorable, apartándose de la lógica y la experiencia. Destacan que ninguno fue testigo directo del hecho, se enteraron por los medios periodísticos.-

También consideran arbitraria la conclusión del tribunal respecto a que la provisión de luz es compatible con el funcionamiento de un local partidario, sin prueba concreta y basándose en meras conjeturas; no existe una sola prueba que respalde esas conjeturas, no se ve que existan luminarias, no se hizo una inspección judicial para probar la cantidad de lámparas, ni se acreditó que se hayan reunido después de la jornada laboral, y es contradictorio con que haya funcionado en el mes de marzo cuando no había provisión de energía eléctrica en el lugar y este agravio no mereció una sola línea por la Casación, volviendo a vulnerarse el derecho de defensa, máxime cuando es una cuestión central para la imputación.-

Se agravian del rechazo de la insignificancia y critican que la vocal de primer orden reconozca que se basa en su íntima convicción. Esa referencia torna inválidas sus conclusiones y deviene inconstitucional.-

Cuestionan el rechazo de la excepción de falta de acción. El Tribunal de Casación desconoció lo sostenido por el Honorable Tribunal de Cuentas que se expidió ante un pedido del entonces intendente Erro para que opine si el estado municipal debía prestar el servicio de luz a las actividades partidarias.-

La sentencia de casación sostiene que se trató de algo pueril, insustancial o infundado y no ingresó al tratamiento, lo que es arbitrario; lo cierto es que el Tribunal de Cuentas dio su opinión respecto a la posibilidad de brindar asistencia a un acto partidario.-

Se refieren al rechazo del agravio relacionado con la falta de imparcialidad del Tribunal de Juicio, que fue rechazado con énfasis por la casación y se le impuso una sanción por extralimitación. Si bien reconoció la inapelabilidad de la sanción, al ser la primer oportunidad que se tiene de contestar el rechazo de ese agravio referido a la actuación del Tribunal, aclara que no fue la intención poner en duda la honorabilidad de los magistrados, sino que se llamó la atención sobre la forma en que se interrogó al testigo Davicco quien incurrió en contradicciones y que fue salvado por la intervención de uno de los vocales del Tribunal de juicio y eso fue lo que se consideró una práctica errónea.-

Efectúan la reserva del caso federal y solicitan que se dicte un nuevo fallo acorde a derecho. En subsidio, interesan que se anule el fallo por violación al derecho de defensa y arbitrariedad.-

III.- La Cámara de Casación Penal en fecha 4 de octubre de 2017 (cfrt. fs. 1336/1337) concedió el recurso extraordinario provincial articulado.-

IV.- Celebrada la audiencia prevista en el artículo 515 del Cód. Proc. Penal, aplicable por expresa remisión del artículo 525 del citado digesto, concurren: el representante del Ministerio Público Fiscal, señor Fiscal Coordinador, **Dr. JORGE GAMAL TALEB**; los Dres. **JULIO A. FEDERIK** y **LEOPOLDO L. F. LAMBRUSCHINI**, en el rol de Defensores de **ALFREDO DELLAGIUSTINA**, y los Dres. **MIGUEL A. CULLEN** y **GUILLERMO O. VARTORELLI**, en representación de **LUIS ERRO**.-

IV.1.- El Dr. Miguel Angel Cullen ratifica los agravios de la impugnación extraordinaria y considera que el fallo de casación debe ser revocado.-

Sostiene que en la sentencia misma se generaron determinadas vicisitudes que afectaron gravemente el derecho de defensa. Se puso en evidencia ya en los alegatos y en la instancia casatoria que no sabían de qué se estaban defendiendo.-

Expone que la causa llevó más de siete años de tramitación; la Cámara de Concepción del Uruguay, al intervenir, sostuvo que se está imputando el uso de un medidor que tenía fines municipales, por lo tanto debe focalizarse cuando fue que se usó el medidor, pero nunca se explicó que día y cuando se utilizó. Ese agravio no solo fue contestado sino que la Cámara de Casación va más allá y a la vaguedad que significaba el plazo le suma otra frase, indicando que el medidor fue efectivamente utilizado durante unos días para la campaña política de Erro, sin precisar el hecho.-

Destaca que no se probó que la luz saliera de ese local, todo el debate se centró en el acto del 18 de mayo, no saben de qué defenderse, lo resuelto en la sentencia de casación sobre este puntual aspecto es sorpresivo y nunca se pudo controvertir y eso solo debería anular la sentencia y absolver a Erro, quien lleva sometido a proceso más de 8 años.-

Alega como segundo motivo de agravio la modificación del *factum*, la sentencia indica que en el domicilio de Alem nº 7 se realizaban actividades que excedían el marco del trabajo de la Secretaría de la Mujer, se indica que no había consumos eléctricos de importancia y sin hacer ningún tipo de pericia ni de tener elementos probatorios serios la Dra. Pivas dice que se gastaron 101,99 pesos y ese es el delito, que generan un gasto al estado municipal por el consumo de 68 kilovatios.-

Critica las conjeturas efectuadas por la jueza, que llega al punto de referirse a un dato de la Secretaría de Energía de Río Negro respecto al costo que tiene el kilovatio en esa provincia. No existe prueba alguna que acredite que en ese lugar se realizaban actividades partidarias y esta conclusión no puede inferirse por el consumo energético.-

Destaca que el tribunal actuó de oficio y fue parcial, lo que es

criticado por la CSJN en el caso "Sandoval". El tribunal suplió la ausencia de actividad de la parte acusadora y frente a la inexistencia de pericia sobre cuál era el gasto concreto de luz, introdujo en la sentencia un dato de la distribuidora eléctrica de la provincia de Río Negro. Esta actividad compromete la imparcialidad con que deben actuar los tribunales y ese agravio no tuvo respuesta por parte de la Cámara de Casación; la única respuesta fue la sanción al letrado por sugerir la existencia de parcialidad en los denunciados.-

Afirma que los agravios no fueron contestados por el Tribunal de Casación, condenaron a su asistido por un hecho impreciso y por hechos que no fueron motivo de acusación agregando más vaguedad. Si se indicaba el ánimo de cooptar voluntades, la fiscalía y la defensa hubieran direccionado las preguntas a los testigos de otra manera.-

La Cámara de Apelaciones de Uruguay al entender en las presentes, además de dar una recomendación, establece que lo que se está discutiendo es un peculado de servicios y no un peculado de bienes, pero la sentencia condenatoria cambia la calificación legal, sin dar posibilidad a la defensa de refutar ese extremo, generando un menoscabo al derecho de defensa, toda vez que la argumentación de la defensa se encaminó a probar que no existió peculado de servicios como en definitiva se terminó de condenar.-

Reitera los demás argumentos que fueron motivos de agravios y realiza la reserva de caso federal.-

IV.2.- El **Dr. Leopoldo Lambruschini** se refiere al cambio de calificación del hecho al momento de la sentencia, y si bien reconoce que no hay cambio en la plataforma fáctica, el imputado no se defiende de un hecho sino de una imputación, que comprende la calificación legal.-

Durante el trámite procesal se sostuvo que la subsunción legal era la del artículo 261 segundo párrafo, C.P. -Peculado de servicios-, se requirió la elevación de la causa a juicio por ese delito y hasta en los alegatos la fiscalía sostuvo que se trataba de un peculado de servicios, pero el tribunal resuelve cambiar la calificación legal y condena por peculado de bienes.-

Ese cambio sorpresivo de la calificación legal afecta el debido proceso y el principio de congruencia. La variación sorpresiva supone un cambio de la valoración jurídica, no solo se defiende de un hecho sino que también puede contradecir si el hecho es delictivo, si están presentes los elementos objetivos y subjetivos y ello supone una afectación de las garantías constitucionales aludidas y nuestra defensa respecto de Dellagiustina.-

Explica que la defensa se estructuró a fin de acreditar la energía eléctrica no era un servicio pero con el cambio de calificación legal esa estrategia se torna inócua y sin ningún sentido. No han tenido oportunidad en el debate de producir prueba ni de controvertir la subsunción legal y ello viola el principio de contradicción y lo dispuesto en el artículo 468 C.P.P.; hay una afectación del derecho de defensa de su pupilo. Se remite a los fundamentos formales volcados en el escrito.-

IV.3.- A su turno, el **Dr. Julio Federik** acuerda con la teoría normativa del dolo que toma la sentencia, evidentemente se necesita que el dolo sea meramente conocimiento y ello se obtiene de las circunstancias que lo rodean.-

En esa sintonía, entiende que se debieron revisar los indicios objetivos de cargo, pero eso no se hizo en este caso, porque el primer indicio concreto que se pondera es la realización de la conducta típica y ello lo lleva a la responsabilidad objetiva.-

Precisa que es imposible de la acreditación psicológica sin tener en cuenta el plexo de circunstancias y por ello deben analizarse los contraindicios. Dellagiustina firmó la orden para instalar el medidor en abril del 2009 y es imposible pensar que al momento de esa firma podía saber que se iba a realizar un acto político un mes después y se iba a utilizar el medidor; su asistido no tenía vinculación con la actividad política de Erro, solo era Secretario de Obras Públicas de la Municipalidad.-

Destaca que el tipo subjetivo requiere que en el momento del hecho se obre con conocimiento de la acción típica y Dellagiustina carecía de ese conocimiento. Si se revisan las teorías del dolo es absolutamente imposible adscribirlo.-

No puede sostenerse razonablemente que Dellagiustina haya conocido la acción típica; la sentencia dice "que difícilmente haya podido ignorar" y esto es insostenible porque no se incorporan indicios positivos que permitan realizar la adscripción normativa del dolo. Es imposible que un mes antes se pueda saber que se iba a utilizar el medidor con esos fines.-

En este contexto razonablemente no puede admitirse la presencia del tipo subjetivo y la conducta es atípica; plantea la reserva del caso federal.-

IV.4.- El **Dr. Jorge Gamal Taleb** considera que la sentencia es un acto jurídico válido. Cita el fallo "Miranda - Tham" donde se dijo que es deber de quien interpone un recurso demostrar la arbitrariedad del juzgador y que la fundamentación del fallo es aparente, pero este extremo no se ha demostrado respecto de ninguno de los fallos.-

Señala que la sentencia de casación cumple con todos los parámetros exigibles, trató y respondió todos y cada uno de los agravios y refutó los motivos de casación.-

Estima que se acreditó la autoría y la participación de los imputados en el hecho. Los recursos se sustentan en circunstancias falsas, el tribunal de juicio determinó el aspecto temporal del hecho, que abarca el período desde que se instaló un medidor que era de uso exclusivo del municipio en el inmueble era del padre del imputado Erro y se utilizó para una actividad extra estatal.-

Aclara que la referencia que hacen las sentencias al acto partidario es un hito que acredita la utilización de la energía para un acto político. La alusión a las reuniones del consejo de la mujer para justificar la instalación del medidor en el inmueble de propiedad del padre del entonces intendente Erro son falsas, en el lugar se reunían mujeres en el marco de una campaña proselitista.-

Opina que el Dr. Perotti trató y refutó todos los agravios, no hubo variación de la conducta endilgada a los imputados, la regla de la correlación fáctica no abarca las calificaciones jurídicas, aquí no hay una variación brusca respecto del peculado porque en los anteriores tribunales se habían dado la discusión.-

Se invoca el art. 448 del CPPER pero la causa se tramitó de acuerdo al anterior código procesal penal de la provincia. Aún tomando la norma del nuevo sistema procesal, precisa que no es estrictamente aplicable porque la calificación no es más gravosa y si bien se alega que se perjudicó la estrategia defensiva no se explica cuál fue el concreto perjuicio irrogado por el cambio de calificación legal.-

Analiza el agravio basado en la arbitrariedad fáctica de las sentencias y en este aspecto asevera que no ha oído una argumentación válida que llegue a desmerecer el análisis de la prueba de ambos fallos, que tienen una implecable coherencia, se reconstruyó el hecho sin contradicciones, valorando todo el plexo probatorio y confrontándolo, arribando de esa manera al resultado condenatorio. No se ha demostrado cual es la valoración que no se ajusta a la sana crítica.-

Sostiene que lo que se debió rebatir y no se hizo, es la operación lógica matemática del consumo de kilovatios que no se comparaba con el uso que supuestamente se daba al lugar.-

Asevera que el Ministerio Público Fiscal que representa considera que no hay insignificancia en los delitos de corrupción, tal como lo dice en su voto la Dra. Pivas no puede haber nimiedad en este tipo de delitos y analiza la legislación comparada sobre el principio de insignificancia y el delito de peculado.-

Estima que no se debe tomar en cuenta la existencia de lesión o no para la configuración de un delito contra la administración pública, el ordenamiento jurídico no permite mediación, insignificancia o conciliación respecto de los delitos contra la administración pública.

Opina que no hubo indeterminación temporal del hecho y solicita el rechazo ambos recursos y la confirmación de la sentencia de la Cámara de Casación y del Tribunal del Juicios.-

V.- Sucintamente reseñadas las posturas argumentales partivas, debo señalar en primer término, que la Impugnación Extraordinaria deducida es viable a la luz de lo normado en el Acuerdo General nº 17/2014, el cual dispone que las resoluciones y sentencias de la Cámara de Casación Penal pueden ser atacadas mediante el mencionado

recurso, que procederá en los mismos supuestos en que corresponde la interposición del Recurso Extraordinario Federal y que el mismo debe ser resuelto por esta Sala Nº1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. El acuerdo fue ratificado y convalidado con la sanción de la ley 10.317, que agregó como causal de procedencia los casos en que la sentencia de la Cámara de Casación Penal resulte contradictoria con la doctrina sentada en el fallo anterior del mismo tribunal o del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión.-

V.1.- Examinadas detenidamente las constancias de la causa, surge evidente que las impugnaciones extraordinarias no exhiben, en general, más que una infundada discrepancia con el criterio seguido para valorar la prueba por parte de los tribunales intervinientes y/o sobre determinadas posturas doctrinarias asumidas, aún cuando introducen otras cuestiones que ameritan un tratamiento en párrafo aparte.-

En efecto, tanto el Tribunal de Juicio de Gualeguay como la Cámara de Casación de Paraná –al confirmar la sentencia de mérito- han dado una explicación comprensible y controlable acerca de cómo se arribó a la conclusión condenatoria y se acreditó con el grado de certeza exigido constitucionalmente que el medidor ambulante perteneciente a la Municipalidad de Gualeguay (NIS 7324345) fue colocado en una propiedad particular (perteneciente a Saturnino Pedro Martín Erro, padre del aquí imputado) por orden del Intendente y del Secretario de Obras, Servicios Públicos y Planificación de dicha comuna y fue efectivamente utilizado desde el 17/04/09 (fecha en la que se solicitó el alta) y hasta su desconexión (en fecha 22/05/09), registrando el medidor un consumo de 68 kw.-

Así las cosas, advierto que la materialidad del ilícito y la coautoría penalmente responsable de los encausados se apoya suficientemente en la valoración interrelacionada de los elementos de convicción incorporados, sobre toda la prueba documental e informativa incorporada al legajo y las testimoniales rendidas por Victor Orlando Gonzalez, Andrés Gomez, Juan Pedro Davico, Gastón Justet, Marcelo Daniel Sanchez, Raúl Enrique Barradenguy, José Salim Jodor, Jorge Ricardo

Barroetaveña, Gimena Arribillaga y Mónica Graciela Cabrera.-

La condena de los imputados aparece entonces como el resultado de un examen integral, completo, coherente y sistemático de los elementos probatorios -de cargo y de descargo- que existen en el *sub judice*, sin advertirse discrecionalidad ni vicios lógicos, sino un ejercicio de la función jurisdiccional para determinar los hechos y reconstruirlos a través de evidencias.-

V.2.- Ingresando en el análisis puntual de los agravios expresados en los sendos recursos interpuestos, considero que no resulta audible el planteo de los defensores técnicos de Erro en torno a la afectación del principio de congruencia por la indeterminación temporal del hecho enrostrado a su pupilo.-

De la simple lectura del relato del suceso surge indubitable que a los acusados se les reprochó desde el primer momento de la investigación el haber sustraído de la esfera de la administración pública un medidor trifásico ambulante y utilizarlo para fines privados. También se consignan como hitos temporales en esa intimación el **17/04/09**, fecha de la solicitud del medidor a ENERSA, mediante nota (obrante a fs. 41) suscripta por Alfredo Dellagiustina, en su carácter de Secretario de Obras, Servicios Públicos y Planificación de la Municipalidad de Gualeguay y el **20/05/09**, en la cual se solicitó la desconexión del medidor ambulante colocado en el inmueble de calle Alem nº 7 (cfrt. fs. 43).-

De la transcripción del núcleo esencial de los sucesos cuya comisión se enrostró a los imputados surge que el comportamiento delictivo se situó temporalmente de manera precisa, fue descrito e intimado de manera clara, precisa, circunstanciada y específica; con noticias ciertas, íntegras y exactas del suceso atribuido, detallados debidamente con las circunstancias de modo, tiempo y lugar, circunscribiéndolo temporalmente entre el **17 de abril de 2009** y el **20 de mayo del mismo año.-**

Esa circunstancia no deja lugar a dudas que los acusados y sus defensores, desde su primera intervención en este expediente, tuvieron conocimiento del accionar ilícito que les era imputado y se aseguró que estén en condiciones de refutar las acusaciones y controvertirlas sin

restricciones. En consecuencia, no existieron deficiencias ni imprecisiones en la determinación del *factum* imputado a Erro y Dellagiustina.

V.3.- Corresponde ahora abordar el planteo de los defensores de Dellagiustina relacionando con la falta de acreditación del tipo subjetivo del delito atribuido a su asistido.-

En torno a este tema es menester recordar que la materialidad del delito tipificado por el artículo 261 del Código Penal, radica en quebrantar la seguridad legal que la administración pública necesita y presupone para resguardar los caudales públicos. Es suficiente para su configuración que el funcionario público comprometa los bienes confiados a su gestión y los extraiga de la esfera de custodia de carácter público, sin que sea necesario un perjuicio efectivo para el erario público, toda vez que la norma prohíbe la mera separación o apartamiento indebido de los bienes, para preservar la regularidad y eficiencia de la función pública.-

En este orden de ideas, se ha dicho que "*...la acción propia del peculado... se satisface con el simple quebrantamiento de la esfera de custodia en la que el bien legalmente se encontraba...*" (cfr. Creus, Carlos, en "*Delitos contra la Administración Pública - Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*", págs. 325/326, Ed. Astrea, año 1981.) y la acción típica se materializa con la demostración de la separación o apartamiento de los bienes de la esfera patrimonial de la administración pública en incumplimiento de sus fines y objetivos.-

Con respecto al tipo subjetivo del delito de peculado precisa D`Alessio que consiste "*en el conocimiento del carácter de los bienes y la situación funcional que los vincula con el sujeto y la voluntad de separar el objeto del ámbito administrativo*" (D`Alessio, Andrés José, "*Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*", 2º edición actualizada y ampliada, Tomo II, Ed. La Ley, año 2009, pag. 1299).-

En el caso en examen surge de la nota suscripta por Dellagiustina -cfrt. fs. 41- que no solamente solicitó a ENERSA -Distrito Gualeguay- el alta de un medidor trifásico ambulante, sino que expresamente consignó que ese medidor se instale en calle Leandro N. Alem nº 7, inmueble perteneciente a un particular, aspectos estos

constitutivos del delito imputado y que eran conocidos por Dellagiustina al suscribir la prueba documental referida, verificándose así la decisión del funcionario de apartar o separar el bien de la esfera pública de custodia. Por consiguiente, solo puede concluirse entonces, tal como lo hizo el Sr. Vocal preopinante del Tribunal Casatorio, que el encartado ha actuado en la emergencia con pleno conocimiento y voluntad de llevar adelante la acción típica con lo que se abastece suficientemente el tipo subjetivo previsto en la figura penal cuyo análisis nos ocupa.-

V.4.- Desde otra perspectiva, no merecen ausipicio los planteos formulados acerca de la insignificancia del hecho juzgado, donde los letrados han llegado a aseverar, para fundar esa postura, que el comportamiento atribuido a sus pupilos, por su insignificancia material, no afectó de modo relevante el correcto funcionamiento de la administración pública.-

Es útil recordar al respecto que la insignificancia como criterio interpretativo limitador de los tipos penales – derivado de la vigencia de los principios de proporcionalidad y lesividad- determina que las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyan una ofensa relevante a los fines la tipicidad objetiva.-

Comenta Binder que *"... Para evitar la distorsión del uso del poder punitivo existe el principio de lesividad, que orienta el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura actividad del Estado..."* (Binder, Alberto M. Introducción al derecho penal, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, año 2004, pág. 159 y ss).-

En este sentido, al interesar la absolución de sus pupilos por la insignificancia material del delito atribuido, los Sres. Defensores están soslayando que el peculado es un delito que ofende a un "bien jurídico supraindividual", toda vez que persigue la preservación de la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado-así: CREUS - BUOMPADRE, Derecho Penal, PE., T. II, p. 309 y ss., también ver: D'ALESSIO, Código Penal, PE., p. 839 y ss., DONNA, Delitos contra la administración pública, p. 277-. Es **un delito contra la administración**

pública y no contra la propiedad, en el cual se pune la conducta del funcionario que quebranta la buena marcha patrimonial de la administración pública mediante la violación de su deber de probidad, sin que sea necesario a los fines típicos el **efectivo perjuicio patrimonial**.-

De lo expuesto se sigue que la existencia o no de un detrimento patrimonial en perjuicio del erario público no es un elemento relevante para evaluar si una conducta se subsume en el tipo penal del artículo 261 del Código Penal.-

En definitiva, resulta claro que los hechos de corrupción como el que se juzgó en el presente no pueden calificarse como de **ínfima repercusión social** y por su escasa gravedad atípicos (Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal.Parte General", tercera edición, Editorial: PPU, Barcelona 1990, págs. 570 y ss.).-

Por lo contrario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en su resolución 1/18- en referencia a ilícitos como el que nos ocupa, ha señalado que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales-, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad; debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales y tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados.-

Asimismo, el citado organismo internacional ha establecido que los Estados tienen el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para garantizar el ejercicio de los derechos humanos frente a las vulneraciones y restricciones que produce el fenómeno de la corrupción y ratificó lo expuesto en la Resolución 1/17 (sobre Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad y la Corrupción) oportunidad en la que en la que se afirmó que: *"La lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos.La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para*

erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos”.-

En definitiva, concuerdo con el meduloso análisis efectuado por el Dr. Perotti en el fallo de casación y estimo que no estamos ante un hecho insignificante y sin relevancia jurídico penal sino que se acreditó suficientemente el disvalor de la decisión – disvalor de acción- y la consecuente puesta en peligro del bien jurídico protegido (Sancinetti, Marcelo A. "Teoría del delito y disvalor de acción", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 1991, pág 213 y ss.).-

V.5.- Abordando las críticas dirigidas a la subsunción de las conductas enrostradas a los acusados en el tipo penal de artículo 261, primer párrafo, del Código Penal, debo adelantar que no advierto el severo compromiso del derecho de defensa que denuncian los recurrentes.-

En este aspecto, puede apreciarse de la compulsa de las constancias del expediente que durante el presente trámite se ha respetado el derecho de defensa de los imputados, a quienes no se les conculcó el poder de contradicción, toda vez que éstos junto a sus abogados defensores delinearon y desarrollaron la estrategia defensiva, sin que el resultado de la sentencia haya implicado sorpresa alguna respecto de las pretensiones esgrimidas.-

El sustrato fáctico sobre el cual se desarrolló la actividad procesal se mantuvo invariable y lo único que sufrió modificaciones fue la calificación legal dada al suceso, sin que tal cambio afecte de manera alguna las garantías constitucionales de los perseguidos, quienes junto a sus letrados defensores tuvieron oportunidad de valorar la prueba colectada en el decurso del proceso y en base a ella argumentar acerca de las razones de hecho y de derecho que, a su criterio, permitían al tribunal arribar a una decisión que sea acorde a los intereses de los acusados.-

En lo demás, no se advierte cuál es el perjuicio que la mutación causa a los impugnantes, toda vez que se subsumió la conducta de Erro y Dellagiustina en el mismo artículo de la ley sustantiva – artículo 261- que pena a quien sustrajere caudales o efectos cuya administración,

percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo y la modificación solamente recae sobre el objeto del peculado, que se consideró un bien y no un servicio. Además, la pena en abstracto que prevé la figura aplicada es idéntica en ambos supuestos, lo que aventa definitivamente la posibilidad de afectación al derecho de defensa en juicio de los perseguidos.-

Por consiguiente, al no haberse modificado el sustrato fáctico básico en torno al cual giró la atribución delictiva, se mantuvo la controversia, se produjo la prueba, la acusación y se ejerció la oportuna contradicción ofensiva, por lo que no existe afectación del derecho de defensa, el debido proceso y el principio de congruencia. Es que en todo momento, desde el inicio del expediente, Erro y Dellagiustina supieron que la conducta que se les reprochó fue haber sustraído, apartado, extraído el medidor de energía eléctrica –y el respectivo consumo de electricidad- que se encontraba a disposición de la Municipalidad de Gualeguay y colocarlo en un domicilio particular – propiedad del padre del imputado Erro-, donde funcionó un local político-partidario.-

Ha mediado aquí una imputación válida, que debe contener, siguiendo a Maier *"... la descripción hipotética de un acontecimiento histórico, de un suceso de la vida constituido por una acción humana acaecida en el mundo real o, por lo contrario, por una acción humana que no se realizó en un momento determinado, y comprende también, eventualmente, sus resultados como cambios del mundo exterior logrado o dejado de lograr por la acción u omisión, con todos sus elementos objetivos y subjetivos de importancia desde el punto de vista jurídico penal ..."* (conf. Maier, Julio B. - Derecho Procesal Penal Tomo II - Sujetos procesales - pag. 32 y sigte. Editores del Puerto). Es contra esa imputación que deben defenderse los encartados, independientemente de la calificación legal que se adopte en el desarrollo del proceso, salvo que se introduzca una figura penal específica que contenga especiales elementos subjetivos y que ameriten una reformulación de la plataforma fáctica en que subyace la acusación.-

En virtud de ello, estimo que no puede hablarse aquí de una

afectación al derecho de defensa, cuando no ha existido sorpresividad ni se ha impedido que los imputados y sus asistentes legales pergeñaran la estrategia defensiva que estimaran conveniente para repeler -insisto- la imputación específica que se dirigiera en su contra.-

V.6.- En otro orden, resulta a mi juicio correcto el rechazo de las críticas dirigidas a la desestimación de la excepción de falta de acción, por cuanto la cuestión ya había sido resuelta a fs. 753/754 y ha sido simplemente reeditada en el juicio oral.-

Por otra parte, surge de la documental agregada a fs. 735/740 no sólo que la consulta efectuada por el entonces intendente Erro es acerca de un acto de la organización Territorial Kolina, que nada tiene que ver con el objeto procesal de esta causa, sino que además es de fecha del 19 de diciembre de 2012, es decir que es posterior al hecho imputado en estos actuados.-

Asimismo, debe repararse igualmente que lo que se adjunta es solo un dictamen del Fiscal de Cuentas de Cuentas nº 2 -Dr. Ricardo Alberto Genolet-, que carece de carácter vinculante. En el mencionado dictamen nº 731 (cfrt. fs. 738) el Dr. Genolet reconoce que el Tribunal de Cuentas no autoriza expresamente estos actos de los poderes ejecutivos municipales y concluye en que no tiene objeciones legales.-

Por ende, el dictamen aludido carece del carácter dirimente que pretenden asignarle los defensores de Erro y de ninguna manera exime de responsabilidad penal a los funcionarios imputados, ya que de acuerdo a la Ley Nº 5796 (art. 3º), el Tribunal de Cuentas es el órgano fiscalizador que realiza un control externo de la gestión financiero-patrimonial de la Administración Pública Provincial o Municipal, pero no tiene competencia alguna para decidir si una conducta encuadra en una norma penal o no.-

VI.- Como colofón de todo lo expuesto, puede afirmarse sin hesitación que la Cámara de Casación controló suficientemente en este caso el razonamiento efectuado por los vocales de juicio y examinó pormenorizada y razonadamente los planteos de los recurrentes.-

La sentencia de la Cámara de Casación Penal se dictó en consonancia con las facultades jurisdiccionales que le han sido conferidas por el

ordenamiento legal y constitucional vigente y ella está de acuerdo a las constancias comprobadas de la causa, sin que se lograra demostrar el apartamiento o vulneración de las reglas lógicas que rigen en la materia, ni una carencia de fundamentación que lleve a considerar que estamos frente a un acto jurisdiccional ilegítimo -CSJN: Fallos 270:176; 288:113; 295:278 301:542 y 303:1306-, ya que se confirmó la condena de Erro y Dellagiustina sobre la base de la aceptación de un *factum* correctamente admitido y de una incuestionable interpretación de los elementos de prueba, acorde a las normas legales involucradas y vigentes, más allá de la discrepancia de los impugnantes con la postura adoptada.-

Además, el pronunciamiento dictado se enmarca en la aplicación de normas de derecho común y en cuestiones de hecho y prueba, por lo que no estamos ante supuestos que autoricen tratarlos mediante el acceso a la vía extraordinaria provincial, puesto que la sola circunstancia que la decisión contenida en el fallo cuestionado no se encuentre acorde con las posiciones doctrinarias o jurisprudenciales seleccionadas por la parte impugnante para fundar sus agravios no resulta suficiente, toda vez que esta impugnación extraordinaria no tiene por objeto corregir -como si fuera otra instancia ordinaria- las sentencias equivocadas o que se reputen tales por los impugnantes, sino que está prevista para salvaguardar el adecuado respeto de las garantías constitucionales de los justiciables y asegurar sobre todo que las decisiones jurisdiccionales estén suficientemente fundadas y sean una derivación razonada del derecho vigente, debiendo siempre basarse en las constancias legítimamente agregadas al proceso, surgiendo de la lectura de la sentencia en examen que así se procedió y no medió arbitrariedad o absurdo.-

Todo ello me conduce a decidir que las impugnaciones extraordinarias deducidas deben rechazarse.-

Así voto.-

A SU TURNO, LA SEÑORA VOCAL, DRA. MIZAWAK DIJO:

I.- El señor Vocal ponente, Dr. Miguel Giorgio, ha reseñado minuciosamente los antecedentes relevantes del caso y las posturas argumentales de las partes y, a fin de evitar innecesarias reiteraciones, me remitiré -en este aspecto- a lo allí consignado.-

No obstante, no he de compartir la solución propuesta y sintetizaré las razones que me conducen a una diferente conclusión.-

II.- Ingresando en la concreta tarea de resolver la viabilidad de las impugnaciones extraordinarias deducidas, con carácter preliminar y por razones de claridad expositiva, corresponde recordar que se acusa a Erro y a Dellagiustina el haber solicitado -como Intendente y como Secretario de Obras, Servicios Públicos y Planificación de la Municipalidad de Gualeguay- en fecha 17/04/2009 el alta del servicio de energía eléctrica en calle Alem Nº 7 de la ciudad de Gualeguay, utilizando un medidor (NIS 7324345) cuyo uso correspondía exclusivamente a la Municipalidad local, apartando ese objeto de la esfera pública, pues en el inmueble donde fue instalado el medidor a la postre terminó funcionando un local partidario del Frente para la Victoria y el consumo energético registrado -68 kw- fue abonado por el ente municipal.-

Esas conductas fueron subsumidas en la figura del artículo 261, 1º párrafo, del C. Penal, considerando los tribunales intervinientes que el medidor de energía eléctrica fue sustraído, apartado, separado, extraído del ámbito público del Municipio, disponiéndose su colocación en el domicilio particular del progenitor del acusado Erro, donde se encontraba el local de la fracción política que lideraba.-

Sentado ello, corresponde ahora analizar el pronunciamiento casatorio que viene impugnado y confrontarlo con los agravios enarbolados por las defensas técnicas.-

Examinadas detenidamente las constancias de la causa, surge evidente el tratamiento simplificado y genérico dado por el Tribunal de Casación a los específicos y detallados agravios vertidos en los escritos recursivos de las Defensas.-

El sesgado análisis que efectúa la Cámara de Casación Penal de Paraná deja subsistentes las incógnitas señaladas por los letrados recurrentes en torno a la parcial y antojadiza ponderación de la prueba acopiada durante el proceso y la inexistencia de certeza respecto a la

materialidad del delito imputado, así como también la falta de determinación temporal del suceso endilgado a los acusados, ya que no se ha logrado aún discernir si se imputa la utilización del medidor durante algunos días (desde el 17 de abril hasta el 20 de mayo de 2009) o si se circunscribe a la realización del acto político del 18 de mayo de 2009 -

Tampoco se justifica suficientemente un aspecto esencial de la imputación: si en ese inmueble de calle Alem nº 7 efectivamente funcionaba un local político partidario de la línea interna del partido justicialista conducida por Luis Erro, durante el lapso en el cual el medidor ambulante estuvo allí colocado.-

Así, la sentencia de grado intenta infructuosamente acreditar que en Alem nº 7 funcionaba un local político partidario al que se le dio luz eléctrica mediante el medidor ambulante de exclusivo uso municipal, partiendo del informe (suscripto por Juan Pedro Davicco, encargado de la Delegación Gualeguay del Ente provincial Regulador de la Energía) obrante a fs. 68, quien el **26 de mayo de 2009** constata la instalación de un suministro de energía eléctrica en el domicilio citado y agrega que ese suministro es para dar servicio a un local de un partido político encabezado por el entonces intendente de Gualeguay, Luis Erro, omitiendo considerar que ese informe es de fecha posterior a la solicitud de desconexión del medidor -**20 de mayo de 2009**- según consta a fs. 43.-

Por otra parte, el testimonio de Davicco también es valorado por los magistrados de grado para justificar que en el local donde se colocó el medidor ambulante, funcionaba un local político, sin aludir ni sopesar las discordancias en las que incurrió durante la audiencia de debate, oportunidad en que terminó admitiendo que **no corroboró si en el lugar funcionaba un local de alguna actividad determinada, en la segunda visita vio el local partidario pero la primera vez no había ninguna cartelera**. Esto se correlaciona con la declaración testimonial que prestó durante la etapa instructoria (fs. 78/vta.) -8 de septiembre de 2009-, oportunidad en la que aseveró que *"en el momento no había mas que un local cerrado con ninguna inscripción a los pocos días si pusieron la casa*

que esta actualmente que es una línea política del Frente para la Victoria, con una nueva solicitud. Este medidor fue solicitado que se le retire el día 20/05/09..."

Las señaladas inconsistencias en el relato de Davicco sobre un extremo crucial de la acusación dirigida en contra de los imputados determinan que sus dichos carezcan de la contundencia conviccional que se le otorga. La credibilidad e importancia del testimonio rendido aparece como el producto de una íntima convicción de los juzgadores, quienes esfuerzan su razonamiento condenatorio, apartándose de las reglas de la psicología, de la lógica y de la experiencia común.-

Los restantes elementos que se mencionan a fin de sustentar la infundada conclusión relativa a que el local partidario de Erro ya funcionaba en la fecha en que el medidor ambulante estuvo colocado, no revisten la relevancia asignada toda vez que las fotografías de fs. 60 fueron tomadas en fecha **30 de julio de 2009**, las publicaciones periodísticas son del **24 de mayo de 2009**, del **31 de mayo de 2009**, del **7 de junio de 2009** (cfrt. fs. 407 vta. y 677) y las actas de inspección judicial y croquis del lugar del hecho se diligenciaron el **29 de julio de 2009**.-

En definitiva todas las evidencias ponderadas al efecto se efectivizaron **luego de la desconexión del medidor, solicitada el 20 de mayo de 2009**.-

Lo expuesto anteriormente, demuestra contundentemente que no existe ningún indicio ni prueba concreta que permita arribar razonablemente a la conclusión de los sentenciantes – confirmada por la casación- que el medidor ambulante se colocó en un inmueble destinado a la promoción política de la línea interna del Partido Justicialista que era conducida por el Intendente Erro.-

Tampoco encuentra sustento probatorio alguno la supuesta "urgencia" de Erro para tener un local partidario propio ante la llegada a Guleguay de los Candidatos a Diputados Nacionales del Justicialismo. Las afirmaciones sentenciales al respecto son simples conjeturas, lo cual

insólitamente es reconocido por la magistrada de primer voto al decir que tiene "*conocimiento personal*" (cfrt. fs. 1174 in fine) que allí existía un local partidario y que se llevaban a cabo actos proselitistas.-

Posiblemente es esa íntima convicción la que ha guiado la condena de los acusados, aparejando una reprochable parcialización de la prueba, estableciéndose diferentes categorías de testigos, dando un valor probatorio preponderante a los que confirman la hipótesis acusatoria - Davicco, Justet y Jodor- y desechando sin explicación lógica alguna los que favorecen a los encartados en su situación procesal.-

Así, resulta francamente inexplicable la falta de valoración de las defensas materiales de los mismos y las pruebas que corroboran la versión exculpatoria que brindaron.-

El imputado Erro negó que durante el lapso que estuvo colocado el medidor ambulante en el local de Alem nº 7 funcionara un recinto político partidario, aclara que la solicitud de instalación del medidor en ese lugar fue en virtud de la petición de la entonces concejal Tassistro, que comandaba un grupo de mujeres que se reunía en tal lugar para debatir acerca de la creación del Consejo Municipal de la Mujer y afirma que el local político comenzó a funcionar luego del acto, en el mes de junio o julio de 2009; el slogan que usaban era "entre todos para todo" pero no era de una agrupación política. Recién en el 2011 se formó la línea interna que comandaba (fs. 248/251 y 1105/1107 vta.).-

A su turno, Dellagiustina (cfrt. fs. 254/257 y 1107 vta./1108) expresó concretamente que durante el corto tiempo en que se utilizó el medidor no hubo en el inmueble en cuestión actividad política partidaria, sino que la instalación de dicho artefacto fue motivado en la petición de la entonces concejal Tassistro en pos de formar el Consejo Municipal de la Mujer.-

Las declaraciones de los acusados, son reafirmadas por lo depuesto por el testigo Néstor Raúl Gimenez (cft. f. 175/180vta.) quien manifestó que el pedido de Dellagiustina del alta del medidor ambulante

en el local de calles 25 de Mayo y Alem se motivó en que se iba a realizar un evento municipal relacionado con el Consejo de la Mujer y por los dichos de Mónica Graciela Cabrera y Gimena Arribillaga.-

Asimismo, la Sra. Tassistro (cf. fs. 1093/1095) precisó que el inmueble en cuestión era ocupado por un grupo de mujeres para realizar talleres de sensibilización sobre violencia de género, acompañando los correos electrónicos que acreditan esos encuentros -fs. 1096/1100- y reconoció que se solicitó la instalación de luz para poder realizar esas reuniones, en abril de 2009.-

Afirmó la testigo que se presentó un proyecto de ordenanza para la creación del Consejo Municipal de la Mujer. Esta circunstancia se encuentra corroborada en elementos objetivos de prueba: a fs. 104/107 y a fs. 696/700 luce agregada la copia del expediente nº 059 del Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de Gualeguay, iniciado el **27 de marzo de 2009**, en el que los concejales del Bloque Justicialista María Elena Tassistro, César Mochi y Patricia Miguez, presentaron un proyecto de ordenanza para la creación en el ámbito de la Municipalidad del Consejo Municipal de la Mujer.-

Estos concretos datos y testimonios fueron ignorados por el Tribunal sentenciante y nada dijo al respecto la Casación al confirmar la condena.-

En torno a esta cuestión, resulta absolutamente infundada la desestimación de lo depuesto por la Sra. Tassistro que se efectuó en el pronunciamiento de grado, tildando de "inaceptables" e "inexplicables" las respuestas que dió, omitiendo señalar porqué sus dichos merecen esa calificación.-

Asimismo, los dichos de Mónica Cabrera y de Gimena Arribillaga - quienes declararon que efectivamente en el domicilio de calle Alem se realizaban reuniones de mujeres, en el marco de la futura creación del Consejo Municipal de la Mujer, en las que se abordaban la problemática relativa a la violencia de género-, son dejadas de lado por los

sentenciantes, quienes señalan – sin contar con ningún elemento que lo respalde- que esas reuniones de mujeres, convocadas por Tassistro, eran de tinte proselitista.-

Pero a la vez, contradictoria e injustificadamente, el tribunal de mérito disecciona los testimonios referidos – de Cabrera y Arribillaga- y utiliza partes de ellos para realizar el intrincado cálculo del consumo eléctrico (cfrt. fs. 1170 vta./1171) en el inútil intento de justificar que el gasto de electricidad registrado por el medidor ambulante no se compadece con el consumo que habrían demandado las reuniones de mujeres.-

Así las cosas, si bien los vicios alegados por las defensas recurrentes se vinculan con cuestiones fácticas y de derecho común - insusceptibles en principio de revisión por la vía extraordinaria- se ha constatado que la sentencia confirmada por la Cámara de Casación efectuó una irrazonable valoración de las constancias del caso, prescindiendo del examen de elementos de prueba conducentes y cuyo tratamiento es relevante para modificar el sentido de la decisión (CSJN, fallos 339:276).-

Por lo tanto, las conclusiones de los sentenciantes se presentan como elucubraciones sustentadas sólo en su íntima convicción, carentes de toda apoyatura motivacional lógica, fáctica y jurídica y la motivación allí enunciada en una mera apariencia de fundamentación(cfrt. mis votos en los precedentes: "Vilches, Osmar -Robo Agravado por el uso de arma de fuego y otros - Recurso de Casación", sentencia del 6/08/2008; "Ferreyra, Sergio Dario- Homicidio Simple en Concurso Real con Lesiones Leves- Recurso de Casación", sent. del 25/04/2011 y "Cordoba, Gustavo Ernesto - Homicidio y Abuso de Armas en Concurso Real - Recurso de Casacion", sent. del 17/10/2012, entre otros).-

En definitiva, estamos frente a fallos que no poseen los requisitos indispensables para bastarse a sí mismos y no constituyen una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a circunstancias del caso (CSJN, fallos 339:276), lo que perjudica irremediabilmente su validez.-

Esos defectos en la valoración de la prueba impiden arribar a la ineludible certeza que exige el dictado de una sentencia condenatoria y no existen pruebas inequívocamente irrefutables que demuestren los extremos fácticos que se imputan a los enjuiciados. Los pronunciamientos dictados en contra de Erro y Dellagiustina dejan sin explicación aspectos básicos de la imputación dirigida en su contra y no se ha podido acreditar que los acusados hayan quebrantado los deberes institucionales que les imponían sus cargos ni que al solicitar el medidor ambulante hayan actuado con una concreta voluntad realizadora del tipo objetivo imputado –Zaffaroni-Alagia-Slokar, Derecho Penal Parte General, ed. Ediar, año 2007, pág. 403-.-

Estimo que el pronunciamiento casatorio en examen se limita a receptar el discurso incriminante de la sentencia de mérito, reproduciendo la insuficiente y dogmática argumentación que realizan los jueces de grado para sustentar la condena de Erro y Dellagiustina, incumpliendo con la doctrina judicial emergente de señeros pronunciamientos como los dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa" (2/7/04) y por la Corte Suprema de Justicia en la causa "Casal" (20/9/05). Por ello, propicio hacer lugar a las impugnaciones extraordinarias deducidas por las defensas técnicas de los imputados en autos.

Por otro lado, soy de opinión que estamos en condiciones de asumir competencia positiva, para revocar no sólo la sentencia dictada por la Cámara de Casación sino también la emanada del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay y disponer la ABSOLUCIÓN de LUIS ALBERTO ERRO y ALFREDO DOMINGO DELLAGIUSTINA, imputados de la comisión del delito de PECULADO (Art. 261, 1º párrafo del C.Penal).-

La propuesta que formulo se funda no sólo en razones prácticas, de economía y celeridad procesal -tal cual lo prevé el artículo 518 del CPPER, aplicable por expresa remisión del artículo 525 del citado cuerpo legal-, sino también en el derecho de los imputados a que se resuelva su situación en tiempo oportuno y sin dilaciones indebidas, sobre todo frente a un proceso judicial que ha insumido casi 10 años de tramitación, toda vez

que lo contrario, implicaría continuar dilatando una situación de indefinición reñida con el derecho de defensa y el debido proceso.-

En esta orientación ha fallado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir que " *...insistir en el reenvío de las actuaciones a fin de que sea la Cámara de Casación la que asegure el derecho del imputado a una revisión acorde con la presunción de inocencia, se traduciría, en definitiva, en la lesión de otro derecho, cual es el que tiene todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y ponga término al estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal (conf. Fallos: 272:188, en particular considerado 10, in fine)..*" (CSJN, fallos 339:1493).-

Así voto.-

EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, A LA MISMA CUESTIÓN

DIJO:

Adhiero al voto de la Dra. Mizawak por análogas consideraciones.-

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. GIORGIO, DIJO:

Atento al resultado arribado por mayoría las costas del proceso deben ser impuestas de oficio.

A su turno los Dres. **Mizawak y Carubia** expresan su adhesión al voto del Dr. **Giorgio**.

Con lo cual y no siendo para más, se dio por terminado el acto, quedando acordada, por mayoría, la siguiente **sentencia**:

Fdo; DANIEL O. CARUBIA - MIGUEL A. GIORGIO (EN DISIDENCIA) - CLAUDIA M. MIZAWAK.-

SENTENCIA:

PARANA, 11 de marzo de 2019.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede y **por mayoría;**

SE RESUELVE:

1º) HACER LUGAR a las **impugnaciones extraordinarias** deducidas a fs. 1285/1310 vta. y fs. 1311/1334 por los Dres. **JULIO A. FEDERIK** y **LEOPOLDO L. F. LAMBRUSCHINI**, en el rol de Defensores Técnicos de **ALFREDO DELLAGIUSTINA**, y por los Dres. **MIGUEL A. CULLEN** y **GUILLERMO O. VARTORELLI**, como Defensores Técnicos de **LUIS ERRO**, contra la Sentencia N° 229, obrante a fs. 1252/1276 vta. de la Sala I de la Cámara de Casación Penal de esta Capital, que confirmó la sentencia obrante a fs. 1118/ 1191 vta. dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones con asiento en la ciudad de Gualeguay, las que, en consecuencia **se revocan** íntegramente.

2º) ABSOLVER de culpa y cargo a Luis Alberto Erro y a Alfredo Domingo Dellagiustina, ya filiados en autos, del delito de Peculado (art. 261, 1º párrafo Código Penal), que se les endilgara en las presentes.-

3º) ESTABLECER las costas de oficio -art. 583 sstes y cdtes. CPP-.

4º) DEJAR CONSTANCIA que no se regulan los honorarios profesionales de los letrados intervinientes por no haberlos petitionado expresamente -art. 97 inc. 1º del Decreto Ley N° 7046/82, ratificado por Ley N° 7503).

Protocolícese, notifíquese, cúmplase y, en estado, bajen.-Fdo; **DANIEL O. CARUBIA - MIGUEL A. GIORGIO (EN DISIDENCIA) -CLAUDIA M. MIZAWAK** . Ante mí: **NOELIA V. RIOS** -SECRETARIA-. ES COPIA