

"WINDERHOLLER LEONOR EVANGELINA -ROBLES ARIEL JESÚS-
WAIGEL JORGE JESÚS RAMÓN S/IMPUGNACIÓN
EXTRAORDINARIA". Expte. N° 5215

///C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los dos días del mes de noviembre de 2022, reunidos los Miembros de la Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidenta Dra. CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK, el Señor Vocal, Dr. DANIEL OMAR CARUBIA y el Señor Vocal, Dr. MIGUEL A. GIORGIO, asistidos por el Secretario autorizante, Dra. Melina L. Arduino, fue traída para resolver la causa caratulada: "WINDERHOLLER LEONOR EVANGELINA -ROBLES ARIEL JESÚS- WAIGEL JORGE JESÚS RAMÓN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA". Expte. N° 5215

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: GIORGIO - CARUBIA - MIZAWAK.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Qué corresponde resolver?

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

I.- Fue elevada la presente causa ante este Tribunal de Alzada con motivo de la receptación - por mayoría - de los Vocales de la Sala Penal, del Recurso de Queja incoado por los Dres. Miguel A. Cullen y Julián Pedrotti, en ejercicio de la defensa técnica de los encartados Leonor Evangelina Winderholler, Ariel Jesús Robles y Jorge Jesús Ramón Waigel, contra la Resolución de la Cámara de Casación que en fecha 2 de marzo de 2022 dispuso denegar la Impugnación Extraordinaria.

Dicho recurso fue oportunamente interpuesto por el Dr. Miguel Angel Cullen contra la sentencia Casatoria de fecha 19/11/2021 que dispuso: HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Paraná, de fecha 08 de marzo de 2021, la que

en consecuencia SE ANULA, debiendo remitirse las presentes a OGA a fin de que un nuevo Tribunal debidamente integrado dicte una nueva sentencia ajustada a derecho.

De esta manera, la Cámara dejaba sin efecto la Sentencia del Tribunal de Juicio y Apelaciones que en fecha 8/03/2021 dispuso ABSOLVER a Ariel Jesús ROBLES; Leonor Evangelina WINDERHOLLER y a Jorge Jesús Ramón WAIGEL de las demás condiciones de sus identidades personales ya consignadas, del delito de PECULADO -art. 261 del Código Penal- que se les atribuyera en las presentes actuaciones.

Al fundar la Impugnación Extraordinaria, el Sr. defensor se refirió a la procedencia del recurso y a la doctrina de arbitrariedad de sentencias admitida por la CSJN y sostuvo que la Sentencia generó a sus defendidos un gravamen de orden irreparable que habilita la presente vía recursiva.

Indicó que ha quedado comprometido el estado jurídico de inocencia y el debido proceso legal.

Expuso que el tribunal casatorio fue más allá de lo expresado por los propios recurrentes (Fiscalía) y citó en apoyo doctrina, legislación y jurisprudencia que en nada se compadecen con el proceso intentando desvirtuar -a su entender- los sólidos argumentos del tribunal de juicio, con afirmaciones genéricas.

Adentrándose en el objeto de su reclamo, refirió que se está frente a la investigación de un hecho que observa la actividad social del Municipio de Crespo en el que se analiza si efectivamente el Estado debe realizar los gastos sociales o si por el contrario, se trata de "regalos" a determinados sujetos.

Expresó la defensa que el fallo del tribunal hoy anulado, ingresa a ese análisis en el punto 9.1 de la sentencia llamando la atención a la tesis fiscal que entendía que la ayuda social eran "regalos" por parte del Estado.

Desarrolló los agravios adjudicándole al fallo una autocontradicción. Destacó que la sentencia del Tribunal de Juicio hace un encuadre Constitucional de la ayuda social, contraponiéndola con la tesis fiscal que indicaba que se trataba de un regalo que el Estado hacía a

determinadas personas y sostuvo que el fallo casatorio al desarrollar la normativa vigente en cuestiones de corrupción pública yerra al referir que la ley 26097 "tipifica" el peculado, pues a su entender la convención y la ley que la incorpora, acepta la recomendación dada para que cada estado parte adopte las medidas legislativas y de otra índole para legislar sobre el peculado, pero en nuestro país la figura de la malversación y su especie que es el peculado está legislada (art. 261) desde antaño, siendo incluso parte del proyecto tejedor (art. 159).

Expresó que lo contradictorio de la cita que realiza la sentencia que impugna es que toma la idea de que las malversaciones de los caudales públicos, perjudican o impiden que el Estado se haga cargo (a causa de la corrupción) de satisfacer los derechos económicos, sociales culturales y ambientales. Destacó que Casación pretende enmarcar la investigación como hecho grave porque se podría estar frente a desvíos de fondos que no llegarían a la ayuda social, cuando este tópico no sólo no fue investigado ni enarbolado por la Fiscalía, sino que además el propio denunciante (Schneider, actual intendente de Crespo), expresamente descartó que se trate de un hecho de apropiación indebida de fondos.

Agregó que durante el proceso se pudo constatar una falta de objetividad en la actuación del Ministerio Fiscal, que fue puesto de resalto por el fallo absolutorio y se pudo demostrar en el debate que se había realizado una acusación con prueba aportada por el actual intendente de Crespo (denunciante) de manera sesgada y parcializada, no acompañando por ejemplo, las fichas elaboradas por las asistentes sociales del Municipio y que conformaban el informe socio-económico. Expuso que el fallo absolutorio resaltó estos hechos que a tenor de la defensa son graves, y desenmascaró la falsa idea que no existían informes socio-ambientales de los beneficiarios y transcribió el análisis realizado al respecto por la Sentencia de grado.

Refirió que Casación sostiene que debemos erradicar la corrupción porque de esta manera se evita que, dinero que pueda ir en auxilio de los más necesitados en concepto de ayuda social (genéricamente hablando), vaya a parar a otros fines pero durante el debate se probó acabadamente que toda la ayuda social se encontraba justificada y

corroborada su inversión; sin embargo, invocando estos principios que fueron oportunamente probados y explicados por el fallo absolutorio, decide "ANULAR" la sentencia absolutoria.

Reprodujo otro párrafo del fallo casatorio y alegó que es autocontradictorio porque si lo que se investiga es una malversación en su sub-especie de peculado, lo que se debe probar es el desvío efectivo de los fondos que se administran hacia el funcionario o un tercero que se beneficia, poco importa si el trámite realizado es conforme o no a la ordenanza o ley que debió aplicarse. Lo que interesa en definitiva es la realización de la conducta típica "sustraer" enunciada en el C.P., aunque para ello se hiciera a través de un procedimiento reglado. En todo caso, la autorización (tal como lo explica el fallo absolutorio) venía dada por la imputación a una partida específica, la previsión de fondos presupuestarios y la efectiva realización de la entrega de los materiales, hechos que nunca estuvieron discutidos. Agregó lo argumentado en el fallo absolutorio al analizar este tópico (la ausencia de ordenanza o reglamentación para la entrega de materiales) cuando el hoy denunciante fue intendente y entregó materiales sin ninguna ordenanza específica, entendiendo que ello no configura delito.

Criticó también que la sentencia revisora, luego de toda su introducción respecto de la ayuda social que debe brindar el estado, sostiene que estamos frente a "donaciones" que como tal son liberalidades.

Por otra parte, cuestionó que el fallo impugnado sostuviera que en la resolución absolutoria se enunciara prueba sin hacer ninguna mención a su contenido, estimando que ello es absolutamente erróneo.

Asentó los hechos controvertidos y transcribió los puntos 4 y 5 de la sentencia absolutoria cuyo análisis comparte: En el punto 4, se pregunta: *¿Cuál sería entonces la razón de la denuncia formalizada? Para el actual Intendente de Crespo, Abel Ruben Dario Schneider y para la fiscalía, en que los imputados obraron al margen de la normativa que entienden aplicable a aquellas operaciones, todo ello con el fin de evadir su contralor, consumando así el delito de peculado (art. 261 del cód. penal); para el caso sustrayendo efectos cuya administración, percepción o custodia les había*

sido confiada en razón de los cargos que cada uno ostentaba."

En el punto 5 del fallo, comienza a desarrollar entonces el tópico sobre el cual existió desavenencia: *"Es aquí entonces donde finca la discrepancia más grande entre la defensa y la acusación: ¿debieron o no los imputados observar las normas contenidas en la Ordenanza 03/03 que entre otras cosas prevé en su art. 8° el dictado de un acto administrativo final que de algún modo certifique la entrega?."*

Indicó que a partir de la descripción de las diferentes posturas es que empieza el fallo el análisis del material probatorio y este modo de razonar no fue puesto en crisis por los miembros del M.P.F.

Reprodujo la valoración efectuada: *"La primer testigo de la fiscalía en deponer fue la abogada del municipio (Lilian Caballero), quien, por lo demás, llevó a cabo la información sumaria ofrecida como evidencia por la fiscalía e individualizada en el auto de admisión como documental N° 4. Dijo que a su criterio, la ordenanza 03/03 se aplicaba a las operaciones de compra de materiales "por analogía", pues la 03/03 sólo preveía específicamente la entrega de subsidios en dinero. Por su parte, el testigo de la fiscalía, el abogado Hernán Jacob (también actual funcionario municipal) dijo que no podía entenderse a aquellas daciones de materiales sino como subsidios. Sin decirlo expresamente coincidió con Caballero en la aplicabilidad de la 03/03 a las operaciones cuestionadas. Al deponer en el plenario, el intendente Schneider, y en lo que aquí interesa, señaló que la entrega de materiales de construcción no es otra cosa que un subsidio. Expresamente dijo que la Ordenanza 03/03 no tenía previsto "la entrega de subsidios en especie, si tiene previsto la entrega en pesos, en dinero, que de cualquier manera sigue siendo un subsidio" por lo que se decidió enviar el proyecto de lo que luego fuera la Ordenanza 31/16, especificando y agregando aquello que faltaba, según su criterio, en la 03/03: los subsidios "en especie" (art. 1° de la 31/16). La Contadora Carolina Galuccio (quien realizó un "informe sobre procedimientos acordados" y no una pericia -remarcó-) indicó que para el caso de los subsidios en especie, existía la Ordenanza 03/03 y que "al menos en todos los legajos que le llegaron no se pudieron ver que los requisitos se estén cumpliendo porque como ya lo dijo antes sólo estaba la factura y la orden de pago..."*

Postuló entonces que la afirmación de la Casación sobre la falta de análisis de la prueba se da de bruces con la lectura del fallo que critica y que se trata de un fallo "valiente" por las conclusiones vertidas sobre la actuación del M.P.F.

Tildó al fallo de Casación de incongruente, enumeró los agravios expuestos por la Fiscalía al momento de interponer el recurso de Casación: *"II.a).- Arbitraria fundamentación a fin de considerar no aplicable al caso la Ordenanza Municipal 3/03... II.b).- arbitraria fundamentación con el fin de no otorgarle relevancia penal a las infracciones a la Ordenanza Municipal 3/03... II.c).- arbitraria fundamentación a fin de descartar la aplicación del principio de legalidad administrativo en el derecho penal... II.d).- omisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público... II.e).- arbitraria fundamentación a fin de descartar la violación del procedimiento de contratación..."* y repudió que el Tribunal Casatorio, yendo más allá de lo llevado a su conocimiento sostiene que: *"...el Juzgador, en lugar de centrarse en el eje de lo que debe ponderar y decidir, se desvía y plantea una serie de interrogantes que no tienen que ver con la concreta imputación..."*

Resaltó que es precisamente lo inverso, y que la CSJN sostiene que estamos frente a una sub-especie de sentencia arbitraria, ya que en el fondo rompe con los claustros normativos del juez, lesiona las reglas del debido proceso y no es, naturalmente, una sentencia que deriva razonablemente del derecho vigente.

Se agravió por cuanto el fallo termina sosteniendo que se realizaron compras que debían hacerse por licitación pública (lo cual no es cierto por los montos en juego) y que este accionar tuvo dos beneficiarios: Los corralones y las personas a las que se dirigían los materiales y que ninguno de esos sujetos fueron imputados ni llamados como testigos.

Mencionó además que de ninguna manera podría esgrimirse aquí la necesidad del doble conforme o la revisión amplia de la casación, ya que se trata de la revisión de una sentencia absolutoria y dichas garantías son para los imputados como lo sostiene la CIDH.

Destacó que el fallo absolutorio indicó las deficiencias en

la actuación de la Fiscalía para el esclarecimiento de los hechos sosteniendo que el M.P.F. se había desentendido de su rol objetivo de averiguación de la verdad, que había realizado una actividad probatoria desatendiendo la realidad y destinada sólo a la comprobación de su hipótesis, marcando las pruebas que no habían sido tenidas en cuenta por el M.P.F. y que demostraban la inocencia de sus defendidos y que resaltó lo llamativo de los desistimientos de los testigos o el pedido de no incorporación de la prueba que pudiese desincriminar a los imputados.

Transcribió lo referido a ello y criticó que el fallo de Casación se desentendiera de lo ocurrido en el debate sin ningún tipo de explicación. Expuso que el fallo absolutorio sostenía que la auditoría externa se realizó sobre la base de documentación fragmentada y parcial por lo que el informe también es fragmentado e incompleto ya que nada dice sobre iguales operaciones de la gestión anterior.

Puso de resalto párrafos puntuales de la sentencia de juicio, en la que se entendió que *"...los imputados razonablemente pudieron considerar -y en iguales términos lo entiendo- que la Ordenanza 03/03 no resultaba de aplicación para la compra y entrega de materiales de construcción. Tal conclusión se apoya en una interpretación literal de la referida Ordenanza (la misma no menciona expresamente a los subsidios en especie); en una interpretación histórica (así se hizo, sin observaciones al menos desde 1995; así como que en los 12 años de vigencia de la 03/03 ni del TdeC ni de la oposición la objetaron); en una interpretación contextual (basta con repasar el tenor de la discusión en el HCD de Crespo que culminó con la sanción de la 03/03) y finalmente una explicación ex post facto que resume todas las anteriores: si la 03/03 era lo suficientemente explícita, no había razón para modificarla mediante la 31/16. Y aquí cabe una importante observación que viene a reforzar esto último: la 31/16 no sólo agregó la palabra "especie" a los subsidios, sino que entre las finalidades de éstos se prevé ahora, expresamente, que los mismos podrán otorgarse para "La cobertura de gastos de materiales de construcción parcial o total por situaciones habitacionales graves" (art. 6° párrafo), algo que en la 03/03 tampoco estaba expresamente previsto, y constituye así otra de las razones que apuntalan el accionar de los imputados: esta última*

ordenanza no se aplicaba a la compra de materiales de construcción. Es por eso que la Acusación insiste con el principio de legalidad administrativa, tal como lo expliqué en el punto 5.6 de este voto. Y es en base a ello que pretendieron reforzar sus argumentos, olvidando el principio de estricta legalidad y toda la teoría del delito, que es lo que aquí interesa. La Ordenanza 31/16 es del mes de mayo de ese año. La denuncia de Schneider es de septiembre. Quiero, antes de continuar con este análisis, reiterar algo que expresé más arriba: es un argumento falaz sostener que "siempre se hizo así y por eso está bien"; ahora no es lo mismo decir "está bien y por eso siempre se hizo así". Parece un juego de palabras pero la diferencia entre una argumentación falaz (la primera) y una conclusión razonable (la segunda) es dramáticamente distinta. Todo lo expuesto me lleva al convencimiento de que los imputados contaron con razones suficientes como para considerar que la Ordenanza 03/03 no resultaba aplicable a la compra y entrega de materiales de construcción en el marco de los programas de acción social del municipio de Crespo"

Solicitó finalmente se tenga por interpuesta formal impugnación extraordinaria y se haga lugar a la misma, teniendo presente la reserva de Caso Federal.

III.- Con motivo de la apertura de la vía recursiva extraordinaria, se celebró la audiencia respectiva, a la que comparecieron por la defensa de los imputados, los Dres. Miguel Angel Cullen y Julián Pedrotti, y, en representación del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Ignacio Aramberry.

III. a).- Hizo uso de la alocución, en primer término el Sr. Defensor, Dr. Cullen quien manifestó que comparecía a la audiencia con algo de perplejidad y ratificó el escrito oportunamente presentado contra la sentencia que anuló el fallo absolutorio.

Sostuvo que el fallo de juicio se defiende absolutamente solo, es ejemplar y la sentencia de casación incurre en un apartamiento absoluto de las reglas procesales y de los derechos constitucionales que amparan a los imputados. Entendió que la sentencia de casación es cuanto menos grosera con los jueces que dictaron la absolución. Refirió al fallo y dijo que hace una afirmación encubierta dando a entender que el Tribunal

de Juicios apañó la corrupción. El fallo casatorio dice que le dará verdadero sentido al problema como un conflicto que toca la corrupción, que atañe a los derechos humanos, que perjudica al estado y a los mas vulnerables; y expresó que lo que estamos juzgando es justamente la ayuda social, la entrega de materiales de construcción para las personas mas vulnerables de Crespo. Expuso que la Fiscalía no cuestionó la necesidad, ni que efectivamente los materiales se utilizaron para cubrirlas sino que se discute la forma.

Destacó como "valiente" el fallo del Tribunal por marcar las deficiencias de la investigación y la experiencia traumática que resultó pasar por ese proceso, que casación no pasó.

Manifestó que no se tomaría la misma licencia que se tomó la Cámara de Casación en hacer una afirmación encubierta, sino que lo diría taxativamente y esgrimió que el problema central que subyace es que para la Fiscalía primero se trataba de regalos pero mas grave aún es que la ayuda social son donaciones del Estado para la Cámara de Casación.

Afirmó que no son liberalidades ni concesiones sino que el Estado tiene la obligación de intervenir para eliminar las desigualdades y salir en ayuda de los mas vulnerables.

Agregó que la acusación de la Fiscalía resulta confusa, que no contiene el verbo típico "sustraer", que en los alegatos finales planteó una acusación alternativa y que según el fallo casatorio, la sentencia absolutoria no observó y no trató en subsidio el incumplimiento de los deberes de funcionario público. Indicó que el fallo de los Dres. Virgala, Pimentel y Grippo entró a tratar la posibilidad de que estemos ante un incumplimiento y leyó un párrafo de la sentencia.

Refirió que el fallo casatorio dice que la sentencia absolutoria es infundada, pero afirmó que analiza testigo por testigo, y valora la documental, incluso hasta las opiniones de los concejales y destacó la angustia que demostró una de las testigos porque le habían pedido que busque cualquier cosa que incrimine a Robles y la sorpresa de la contadora Galuccio ante el descubrimiento de que se le había proporcionado documental sesgada. Aseveró que todo está descripto en el fallo y Casación dice que no se analizó la prueba.

Alegó que la sentencia de Casación dijo que todo radicó en una discrepancia respecto a si debía aplicarse la Ordenanza N° 03/03, que Casación dice que no se analizó ese punto; pero que el Tribunal explicó por qué esa ordenanza no se aplicaba. Refirió al punto 5º), 6º) y 7) del fallo absolutorio y añadió que el denunciante termina reconociendo que la ordenanza no era aplicable.

Sostuvo que todos los funcionarios, incluidos quienes habían hecho la denuncia, entregaron materiales para la construcción sin que este previsto en la Ordenanza N° 03/03, y que el fallo analizó histórica, literal y culturalmente la ordenanza y que los mecanismos de los imputados eran legales y se podía seguir la trazabilidad, el informe ambiental, la petición de las personas, la imputación al presupuesto; se podía seguir absolutamente todo porque era transparente y Robles había encargado un sistema informático que impedía cualquier tipo de desvío para otro destino que no sea la compra de materiales para ayuda social pero sin embargo el fallo casatorio dice que no se analizó.

Expresó que el fallo de casación le dice a los jueces que no tuvieron en cuenta que se trata de delitos de corrupción, que apañan la corrupción y no se analizó la prueba; indicó que para Casación pareciera que el proceso no existió. Resaltó que estamos hablando de canillas, de chapas, de caños; que comparecieron los beneficiarios pero Casación parece que no se enteró porque no leyó el fallo. Refirió a los testigos citados por la Fiscalía y a la obligación del Estado de dar viviendas dignas, condiciones dignas para los seres humanos y de contribuir a la paz social.

Adujo que lo que intenta hacer Casación es que no quede con vida ningún fallo valiente, que ponga las cosas en su lugar ya que éste nos dice como actuó el MPF, lo mal que actuó y las consecuencias que debe tener. Sostuvo que es un fallo que denuncia una mala praxis del MPF. Citó un fragmento del fallo y manifestó que deben ser conocidos los nombres de los jueces del fallo absolutorio por su valentía.

Aseveró que Casación va mas allá de lo que el propio impugnante casó e introduce que el fallo apaña la corrupción. Expresó que Casación deja entrever que era una maniobra pergeniada por los imputados para beneficiar a las personas que adquirirían esos elementos y los

corralones pero el MPF no imputó a los dueños de los corralones y a los beneficiarios, ni existieron como testigos. No se acusó sobre eso, no le interesa ni siquiera el límite del propio recurso casatorio.

Entendió que el fallo valiente, que marca estas deficiencias, estas formas de litigar tan confusas, es un fallo que desnuda un proceder que debe ser erradicado de quienes detentan la acción pública.

Sostuvo que los Fiscales, cuando se dieron cuenta que a la testigo le habían dado documental sesgada debieron actuar objetivamente, pero en vez de ello, caprichosamente decidieron sostener la acusación, y vencidos en juicio, por haberse dictado la absolución, deciden continuar.

Finalmente manifestó que este hecho está cargado de mucha emotividad porque conoce a los imputados, pero solicitó se lea el fallo absolutorio, que se lean las advertencias de como se debe litigar, de cual es la búsqueda real y legal de las pretensiones punitivas. Expresó que dilapidar los recursos del Estado en sostener obsecuentemente una teoría del caso, también es corrupción, la cual fue desarmada por completo en el debate.

Interesó se anule el fallo casatorio y se confirme la sentencia absolutoria de primera instancia. Entendió que la petición es absolutamente justa y adecuada, y que no hacerlo así, implicaría, según su visión, sostener que la ayuda social que brinda un Estado a los más necesitados, se encuadra en lo que serían donaciones para la Cámara de Casación y regalos para el Ministerio Público Fiscal, violentando groseramente nuestra Constitución Nacional en el artículo 14 bis in fine, el art. 25 de nuestra Constitución Provincial, y los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, en especial el art. 11 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales y convalidando un fallo que excedió la jurisdicción que le habilitó el propio recurso casatorio, mas allá de las peticiones de las partes, lo que implicaría una violación al debido proceso legal, por lo que, ante una posible violación del art. 18 de la Constitución, hizo expresa reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia.

III b).- Acto seguido tomó la palabra el Dr. Aramberry, representando al Ministerio Público Fiscal quien pugnó por el rechazo de la

impugnación extraordinaria ya que no advierte ninguna arbitrariedad.

Consideró que la sentencia de Casación aparece razonada, expresa los fundamentos suficientes por los cuales considera que el fallo del Tribunal de Juicio realiza un análisis parcial y fragmentado frente a irregularidades en el trámite de la concesión de los subsidios en cuanto a las formas o cauces que se le dió al otorgamiento de los mismos.

Reconoció que el término indicado era "subsidios" porque se corresponden con ayuda social, aclaró que lo que se llevó a juicio fue precisamente el trámite que se le dio al otorgamiento de los subsidios y entendió que la sentencia de juicio discurre por otros carriles que no llegan a expresarse respecto de la procedencia de la pretensión fiscal.

Señaló que según lo advierte Casación, se probaron irregularidades que abonan la teoría del caso de la fiscalía, irregularidades que de algún modo fueron soslayadas y analizadas parcialmente por el Tribunal de Juicio a efectos de no poner en evidencia que el trámite en la concesión de los subsidios fue irregular. Manifestó que eso fue materia del recurso, no sólo se expresó en el escrito sino también en la audiencia misma de casación donde se cuestiona que no se da una explicación acabada de cómo se relaciona el tipo penal atribuido de peculado y cómo se vincula con el principio de triple legalidad administrativa, porque en definitiva es la regular aplicación de los caudales públicos y en este sentido cuál es la explicación o cómo se verifica que esta aplicación sea regular.

Se preguntó de qué forma se instrumentó en este caso el otorgamiento de los subsidios y manifestó que la sentencia en esto pone el foco porque advierte que el fallo de juicio omite vincular conglobadamente estas irregularidades fácticas y jurídicas en el trámite.

Consideró -en consonancia con Casación que la normativa que debió aplicarse es la Ordenanza N°03/03 y estimó que se está desdibujando el verdadero contexto regulatorio de la cuestión porque de alguna forma está soslayando que en ese otorgamiento convergen otras normativas y que el fallo de casación trata de contextualizar: irregularidades de derecho y fácticas.

Sostuvo que el fallo absolutorio no explica acabadamente por qué no se tuvieron en cuenta los informes de Caballero, como asesora

legal y técnica, ya que 119 de esos subsidios concedidos no tenían justificación en la necesidad que los amparaba y señaló que después se encarga casación de destacarlo, lo que no hace el fallo del Tribunal.

Refirió que el fallo de casación no es auto contradictorio y que la corrupción debe ser perseguida porque existen compromisos internacionales para hacerlo. Reclamó que la aplicación de esos subsidios debe ser regular tal como la finalidad de la norma de peculado establece, mas allá de que se trate de ayuda económica.

Expresó que no ve inconvenientes en que subsidiariamente se reclame la aplicación de otra figura penal: incumplimiento de los deberes de funcionario publico, e indicó que la sentencia de casación de encarga de destacar esto, analizando que el deber o la facultad de calificar un hecho de determinadas consecuencias jurídicas o correlato jurídico, está en cabeza del juez; el juez tiene la facultad de catalogar el hecho en una conducta mas benévola o comprendida en la acusación legal del MPF y agregó que nuestra legislación provincial obliga al juez a instruir al jurado en los delitos menores incluidos en la acusación principal. Esgrimió que ese es el recurso normativo que lo habilita desde esta óptica y que la defensa se pronunció sobre esto durante el debate, sobre el cambio de calificación jurídica y no podía haber generado sorpresividad en la defensa, pero la sentencia no se expresa de manera terminante de por qué no resulta aplicable el incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Manifestó que el trabajo de la fiscalía ha sido llevado de la mejor manera posible, no hubo una pérdida de objetividad, puede haber habido deficiencias pero las mismas no hacen al asunto en cuestión.

Finalmente y en base a estos argumentos solicitó al Tribunal que se desestime el recurso de impugnación extraordinaria, confirmándose, en consecuencia, la decisión adoptada por el Tribunal de Casación.

IV.- Establecidas de este modo las diferentes posturas de las partes, corresponde ingresar al adecuado tratamiento de la cuestión aquí planteada, debiendo dejar a salvo en primer lugar el criterio sustentado oportunamente respecto a lo que debe entenderse por sentencia

definitiva que, conforme lo tiene dicho nuestro Máximo Tribunal, es aquella que pone fin al pleito o impide su continuación y la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, en atención a que no habría oportunidad en adelante para volver sobre lo resuelto vedando así el acceso a la jurisdicción (CSJN Fallo 323:1084). De todas maneras, y atendiendo al resultado de admisión de la queja, corresponde centrar mi análisis ya en la procedencia del recurso interpuesto.

En esa tarea cabe dilucidar si los agravios vertidos por los impugnantes tienen realmente asidero como para derrumbar el acto sentencial atacado, teniendo presente a todo esto que la defensa invoca como causal habilitante de este remedio procesal la arbitrariedad del fallo casatorio, poniendo énfasis en un posible análisis fragmentado, incongruente e infundado del cuadro fáctico.

A fin de revisar la sentencia del Tribunal de Casación, se aprecia que éste analizó en primer lugar la metodología empleada en el fallo absolutorio para abordar la cuestión planteada y a partir de allí - luego de un extenso y cuestionado desarrollo acerca de los delitos de corrupción - estudió párrafo a párrafo la sentencia puesta en crisis, desmenuzando exhaustivamente sus argumentos y concluyendo que resultaba desprovista de una valoración integral del marco normativo y de la prueba, con el vicio evidente del agregado de elementos hipotéticos que no se apoyan en el material probatorio reunido en autos. En esa senda, considero efectivamente acertada esta deducción, por lo cual daré a continuación las razones que me llevan a propiciar el rechazo del recurso interpuesto.

En ese orden de ideas, estimo que el voto comandante del órgano casatorio circunscribe la cuestión correctamente y más allá del cuestionado prólogo, se aprecia que ello no hace más que enmarcar contextualmente la cuestión que aquí se analiza, esto es, un delito contra la Administración Pública.

Los impugnantes intentan desviar la atención de lo debatido proclamando el debido cumplimiento por parte de sus defendidos de las mandas constitucionales que prevén la obligación del Estado de prestar ayuda social y esto evidentemente fue así receptado también por el Tribunal de Juicio que analiza la cuestión como controvertida.

No existe duda alguna acerca del deber estatal proveniente del Art. 25 de la Constitución Provincial que dispone que el Estado promoverá las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de todos los habitantes a una vivienda digna, con sus servicios conexos y el espacio necesario para el desarrollo humano, en especial destinado a los sectores de menores recursos, en tanto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en su última parte, también hace referencia a la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna, sumado a la normativa internacional que trata la cuestión resaltando la necesidad de contar con recursos para satisfacer adecuadamente los derechos económicos, sociales culturales y ambientales.

A este respecto, no se cuestiona el loable sentido de ese deber ni lo primordial de su cumplimiento en la administración de los recursos estatales; lo jurídicamente reprochable es, al menos, la desprolijidad con la que se llevaron a cabo esas daciones, sin un procedimiento claro y preestablecido que permita asentar y organizar los pedidos de acuerdo a un análisis de mérito y prioridad para satisfacer las necesidades de la sociedad de un modo justo y transparente evitando así la disposición por parte de los representantes del Estado de los fondos como si fueran bienes privados.

Entiendo que los funcionarios públicos aquí demandados, conocedores de las normas de ética que atañen a su función, no podían otorgar subsidios de la manera que lo hicieron, desprovistos de formalidades y controles, pretendiendo ampararse en el mero cumplimiento de una benemérita manda constitucional, y, en este aspecto puntual, el órgano revisor puso de relieve que el juzgador fue devaluando cada una de las irregularidades constatadas, con lo que no puedo más que expresar mi coincidencia.

Respecto a la normativa que debió regir el procedimiento de entrega de subsidios, se observa que el Tribunal de Casación hizo un correcto análisis de la aplicabilidad de la Ordenanza 03/03, a diferencia del fallo del Tribunal de Juicio que se empeña en avalar la idea de su inaplicabilidad porque así lo entendían quienes debían acatarla. Ante la creencia de ese vacío legal y lejos de aplicar analógicamente un trámite que

contemplara la misma finalidad, sorprendentemente creyeron correcto no seguir o apartarse del procedimiento reglado. Es por ese motivo que la conclusión a la que arriba Casación se presenta como derivación lógica de un razonamiento adecuado.

En este sentido, como es ya sabido, el procedimiento para establecer la aplicación de una norma parte, en primer lugar, del texto mismo de la ley, por lo que según lo dispuesto en la Ordenanza 03/03, ésta se crea ante la inexistencia de una norma que regule el otorgamiento de subsidios a personas físicas y jurídicas privadas a fin de dar mayor transparencia en el otorgamiento de los mismos.

En los considerandos, específicamente se dice que "... es conveniente establecer los motivos que ameritan el otorgamiento de subsidios..." y que "... el procedimiento creado tiende a garantizar la intervención de las diversas áreas con incumbencia en la cuestión a efectos de evitar la discrecionalidad en el otorgamiento de los beneficios ...". Asimismo, en su articulado refiere en primer lugar que se autoriza el otorgamiento a personas físicas y jurídicas públicas o privadas que acrediten una residencia de dos años en la ciudad de Crespo, que los subsidios podrán ser reintegrables o no reintegrables y que deberán rendirse cuentas de la aplicación y uso de los fondos recibidos (del término "fondos" deduce el fallo absolutorio que sólo se trataría de subsidios en dinero y no en especie) y en el Artículo 4 enumera alguno de los destinos que podrán tener dichos beneficios, entre los cuales describe la asistencia de necesidades alimentarias extraordinarias de personas carentes de recursos, cuando las mismas no puedan ser cubiertas mediante planes de carácter público de orden nacional, provincial, municipal u organismos no gubernamentales en su caso o la cobertura de gastos o tratamientos médicos de personas carentes de cobertura social o para satisfacer necesidades de personas físicas o jurídicas cuando existieran fundadas razones de necesidad o urgencia. Detalla los requisitos y procedimiento a seguir y establece el monto de estos subsidios en la suma de pesos tres mil (\$3.000).

En primer lugar, cabe aquí destacar que no existe en este sentido un argumento sólido para formular una distinción que la norma

puntual no hace. Ello es así pues la Ordenanza alcanza a los "subsidios" sin distinguir si son en dinero o en especie y la sola expresión del término "fondos" no resulta determinante para excluir las daciones en especie, las que, por otra parte, en su caso y aunque parezca una obviedad, también deben adquirirse con dinero o valores provenientes de las arcas públicas para su posterior otorgamiento a quien se desea beneficiar. Además, la Ordenanza tampoco utiliza el vocablo "dinero" por lo que no puede haber otra interpretación que la que se desprende textualmente de la norma, atendiendo igualmente a la finalidad por ella perseguida.

No obstante ello, aún si se pretendiera poner en duda el verdadero sentido o alcance de esta norma entendiendo - por vía de hipótesis - que ella no regula los subsidios en especie, nos encontraríamos ante un vacío legal que debería ser integrado de algún modo. Allí entra en juego la analogía como método hermenéutico, que nos conduciría a la misma conclusión, esto es, la similitud de circunstancias fácticas entre daciones en especie y daciones en dinero. En tal caso, el fin de transparencia perseguido por la norma tornaría aplicable de todas maneras esta ordenanza.

Independientemente de lo expuesto, no debe perderse de vista que lo que egresa en definitiva del Estado es dinero, fondos públicos, destinados a subsidios y es indiscutible que para administrar las arcas públicas deben seguirse los procedimientos adecuados que garanticen la debida diaphanidad, eviten la discrecionalidad y permitan el control por parte de los administrados.

El Tribunal de Juicio hizo un esfuerzo argumental incomprensible por afirmar que la Ordenanza en cuestión no era aplicable y justificó la ausencia de acto administrativo que dispusiera sobre los bienes del Estado. Comparto una vez más con el Tribunal de Casación que resulta inconcebible que el Tribunal de Juicio, para determinar si resulta aplicable la normativa cuestionada, recurriera a la interpretación de quienes debieron someterse tan luego a ella. Es necesario recordar uno de los básicos principios jurídicos y es que la ley se reputa conocida por todos y que los particulares no pueden invocar su ignorancia para eludir su aplicación y así escapar de las consecuencias de sus actos. Más aún si se trata de

funcionarios públicos, tal como observa Casación, para quienes resulta absolutamente exigible el conocimiento de las normas que regulan el desempeño de la función para la que fueron elegidos y la imposición de deberes concretos entre los que se halla la rendición de cuentas.

No debe perderse de vista que se está analizando una reglamentación administrativa que rige los procedimientos para llevar a cabo desprendimientos de dinero del Estado, donde debe regir la formalidad, la claridad, la transparencia y el control, lo que permite inferir que el razonamiento efectuado por la Cámara, además de ser indefectible, es el jurídicamente adecuado.

El fallo impugnado enmarca por dónde debió discurrir la sentencia de grado, esto es, el modo en que se efectuaron las disposiciones patrimoniales para poder determinar si ha sido el correcto. El Tribunal de Juicio enumera uno a uno los testigos que depusieron en la causa, basándose en una lega y liviana opinión para concluir en la inaplicabilidad de la Ordenanza 03/03 porque no surgían de ella textualmente las palabras "en especie" argumentando así que por ello se creó posteriormente otra Ordenanza que sí lo prevé.

La Cámara advirtió que para el juzgador solo había dos opciones que giraban en torno a la aplicabilidad o no de la Ordenanza de marras, para concluir, en su defecto, que podía disponerse libremente de los fondos sin seguir un procedimiento legal. Sin embargo, puso de resalto la existencia de una insoslayable alternativa y es que debían regirse por el más elemental principio administrativo de legalidad, donde la aplicación de esa directriz debe ser absoluta y establece que lo que no está expresamente permitido está prohibido, por lo que resulta inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley. No parece haber sido observado ésto por el Tribunal de Juicio, que utilizó -y resaltó- como argumento para sostener la similitud de los pasos seguidos con los requisitos previstos en la Ordenanza, lo referido por testigos en cuanto a que se realizaba un estudio socioeconómico "más o menos" "porque Crespo no es tan grande, y que se tiene "mil maneras" de saber cual es la realidad socioeconómica de la familia..." y que "...en Crespo la gente que suele ir a Acción social un porcentaje elevado se conoce

también, entonces cuando hablaban de su casa ello por otros motivos ya la conocían también..." (sic)

En otro orden, en la instancia casatoria, contrariamente a lo sostenido por los impugnantes, se analizó también el informe de la Dra. Lillian Caballero, Asesora Legal y Técnica del Municipio de Crespo de donde surge que no existieron informes, ni inspecciones, ni decretos o resoluciones, como tampoco rendiciones de cuenta; y el informe del Contador Héctor Eduardo Enrique que si bien expresó que había algunos trámites asentados, según el Tribunal de Juicio "muy similares a los de la Ordenanza 03/03", muchos otros subsidios no tenían soporte procesal. La Cámara refirió que en base a esas pruebas debió responderse acerca de la materialidad del hecho y la participación de los imputados, considerando el vínculo de lealtad que liga a los funcionarios públicos con los bienes que están bajo su custodia y que administran con un fin público. Recién luego de ello cabría preguntarse si existió algún motivo humanitario y urgente que hubieran justificado o exculpado el correcto proceder.

El fallo absolutorio expresa en definitiva que resultaba innecesaria una resolución porque los gastos podían reconstruirse, pero eso no deja de ser una hipótesis genérica e imprecisa que se plantea en terminos potenciales el juzgador, que invierte, desvirtúa y/o desnaturaliza la manera en que debe procederse en el ámbito de la administración pública, inhábil para disolver la obligación que recae sobre los imputados de cumplir con las formalidades concernientes a los actos de disposición investigados. Justamente porque no son donaciones ni regalos debió asentarse cada paso del trámite tendiente a otorgar subsidios, aún cuando tampoco aquellos están eximidos de los procedimientos pertinentes que debe seguirse en todo acto de disposición de bienes del Estado. En ese sentido, del cuadro probatorio se desprende que hubo 119 contrataciones que no pudieron vincularse, no se pudo reconstruir de dónde o de que partida salieron los fondos, lo que también permitiría inferir que se ignora su verdadero destino.

El hecho de que "siempre se hubiera hecho de esta manera" no conmueve en absoluto las consideraciones arribadas y la conclusión sostenida por el Tribunal de Juicio respecto a que "está bien y

por eso siempre se hizo así" no deja de revelar una mera conjetura personal, una proposición apodíctica e infundada de la situación.

Solo cabe concluir, en definitiva, que el desarrollo analítico del fallo impugnado sobre las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Grado, es integral, minucioso y arriba a una motivada solución que considero la jurídicamente apropiada. La sentencia emitida por el Tribunal de Casación se muestra como una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las concretas constancias comprobadas de la causa, por lo que no cabe descalificarla como acto judicial válido en términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre arbitrariedad.

Es preciso recordar lo indicado por el maestro PALACIO respecto a que la arbitrariedad "... solo es atendible en presencia de desaciertos u omisiones que, en virtud de la extrema gravedad, son susceptibles de descalificar a un fallo como acto judicial, y que aquella, por lo tanto, no es invocable frente a cualquier tipo de error en la interpretación de la ley o en la valoración de la prueba. No procede en consecuencia cuando las sentencias contienen fundamentos, así sean mínimos, requiriéndose por el contrario un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, una "decisiva carencia de fundamentación " o irregularidades de análoga envergadura. Por ello la jurisprudencia de la CS descarta la admisibilidad de la tacha analizada, entre otros casos, cuando se funda en: -las discrepancias del recurrente con la valoración o selección de la prueba, o con la interpretación de las normas procesales o de orden común practicada por los tribunales de la causa (...) -la confirmación del fallo de primera instancia por sus fundamentos o por remisión a los fundamentos del dictámen de los funcionarios del ministerio público; etcétera." (Cfr. "El Recurso Extraordinario Federal" Lino Enrique PALACIO, Abeledo Perrot, Bs As, 2010, pág. 200).

Por último, respecto a la denunciada irregularidad probatoria y a la posibilidad de acusación subsidiaria del Ministerio Público Fiscal, se trata de una materia sobre la cual no corresponde emitir un pronunciamiento al respecto, por cuanto precisamente todo ello forma parte de aquellos actos que deberán ser oportunamente renovados como consecuencia de la anulación del fallo absolutorio que impone la realización de un nuevo debate, tal como se propone en la sentencia de casación que ha sido objeto de recurso, sobre los cuales las

partes tendrán también la oportunidad de ejercer los controles pertinentes en los momentos de su desarrollo dejando planteadas las reservas que estimen apropiadas.

Por todo lo expuesto, observo que el razonamiento efectuado por la Casación exhibe una coherente fundamentación basada en los acontecimientos comprobados, derivando en una conclusión lógica, por lo que propicio se rechace el recurso incoado.

Así voto.

A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:

I.- El señor Vocal ponente ha reseñado suficientemente los antecedentes relevantes del caso y, a fin de evitar innecesarias reiteraciones, me remitiré -en este aspecto- a lo allí consignado; no obstante, he de disentir respetuosamente con la solución propuesta y, por consiguiente, expondré las razones que me conducen a una diferente conclusión.-

II.- Al ingresar en la concreta tarea de resolver la viabilidad de la impugnación extraordinaria deducida, preliminarmente y por motivos de claridad expositiva, corresponde recordar que al articular dicho remedio procesal, el Dr. Miguel A. Cullen -en su calidad de Defensor Técnico de los encartados- denuncia básicamente que, al momento de fallar, el tribunal casatorio fue más allá de lo expresado por la propia Fiscalía recurrente y citó en apoyo de su tesitura doctrina, legislación y jurisprudencia que en nada se compadecen con el proceso, al referirse a la corrupción marcando como contradicción el pretender enmarcar la investigación como hecho grave porque se podría estar frente a desvíos de fondos que no llegarían a la ayuda social, cuando ello no había sido investigado por la Fiscalía, a quien le enrostra falta de objetividad en su actuación, resaltando la parcialidad de la prueba producida y la calidad de la pieza sentencial de mérito.-

Ante semejantes aseveraciones, considero necesario reparar que lo imputado a Ariel Jesús Robles y a Leonor Evangelina Winderholler fue descrito del siguiente modo: *"Durante el período*

comprendido entre diciembre 2014 y septiembre 2015 inclusive, en sus roles de Presidente Municipal de la Ciudad de Crespo y de Secretaria de Hacienda del Municipio de Crespo, respectivamente, haber autorizado de forma reiterada y sistemática la adquisición de materiales de construcción mediante desagregados procedimientos de compra directa, por un monto total de pesos novecientos cincuenta y tres mil doscientos veintisiete con doce centavos, motivados en solicitudes de suministro generadas desde la Dirección de Acción Social ante el solo requerimiento de distintos habitantes de la ciudad, y enumeradas en el listado que se adjunta como anexo. Dichos insumos fueron entregados a los beneficiarios de modo absolutamente incondicionado, sin evaluar seriamente la necesidad alegada por el peticionante ni contar con norma alguna que autorice dichas transferencias, sea a modo general o particular. Tal maniobra se efectivizó en transgresión de las instancias previstas en la Ordenanza Municipal N° 03/2003 (que regula el otorgamiento de subsidios a personas físicas y jurídicas privadas), y lo regulado por su similar N° 53/96, su modificatoria 15/98 (sistema de compras y contrataciones de Municipio), N° 55/11 (configuración, estructura y funcionamiento de las reparticiones - Organigrama- del Departamento Ejecutivo Municipal), Ley provincial N° 5140 y el decreto reglamentario de esta última N° 795 MEOSP."; mientras que a Jorge Jesús Ramón Waigel se le atribuyó que: *"Durante el período comprendido entre diciembre 2014 y septiembre 2015 inclusive, Jorge Jesús WAIGEL, en su carácter de Secretario de Gobierno del Municipio de Crespo, autorizó reiteradas solicitudes de suministro generadas desde la Dirección de Acción Social ante el solo requerimiento de distintos habitantes de la ciudad - y enumeradas en el listado que se adjunta como anexo - instando la adquisición de diferentes materiales de construcción, por un monto total de pesos novecientos cincuenta y tres mil doscientos veintisiete con doce centavos. Dichos insumos, previo ser obtenidos mediante desagregados procedimientos de compra directa autorizados por el entonces Presidente Municipal Ariel Jesús Robles, y la Secretaria de Hacienda, Leonor Winderholler, fueron entregados a los beneficiarios de modo absolutamente incondicionado, sin evaluar seriamente la necesidad alegada por el peticionante ni contar con norma alguna que autorice dichas*

transferencias, sea a modo general o particular. Tal maniobra se efectivizó en transgresión de las instancias previstas en la Ordenanza Municipal N° 03/2003 (que regula el otorgamiento de subsidios a personas físicas y jurídicas privadas), y lo regulado por su similar N° 53/96, su modificatoria 15/98 (sistema de compras y contrataciones de Municipio), N° 55/11 (configuración, estructura y funcionamiento de las reparticiones - Organigrama- del Departamento Ejecutivo Municipal), Ley provincial N° 5140 y el decreto reglamentario de esta última N° 795 MEOSP.".-

De la lectura de lo transcrito emerge que la acusación contra los imputados se circunscribió a atribuirles la comisión -teóricamente- del delito de peculado -al menos, hacia dicha figura penal apuntaron los arpones acusatorios, más allá de solamente esbozar otro tipo penal "en subsidio"- y, sentado ello, corresponde analizar el pronunciamiento casatorio que viene impugnado y confrontarlo con los agravios enarbolados por la defensa técnica mediante el recurso bajo examen, avizorándose, luego de cotejadas detenidamente las constancias de la causa, que surge evidente el análisis simplificado y genérico dado por el Tribunal de Casación a la causa que, a la postre, ocasionó los específicos y detallados cuestionamientos vertidos en el escrito recursivo.-

III.- En primer lugar, cuesta entender el tratamiento dispensado por la Casación, voto comandado por la Dra. Davite que lleva el acompañamiento, sin reservas de la Dra. Badano y del -por entonces Vocal-Dr. Perotti, al encasillar al presente caso como inserto dentro de un contexto de corruptela; ello en virtud de una serie de aspectos que me conducen a expresar mi postura frente a semejante aseveración.-

Al respecto, caber decir que no caben dudas que en el ámbito de la administración pública, el Estado reconoce su existencia en la satisfacción de los intereses de la sociedad, para lo cual se encuentra ungido del poder necesario para lograr dicho objetivo, materializándose la actividad estatal en tres funciones, a saber: la legislativa, la judicial y la administrativa, sin perjuicio que dentro de la esfera de cada una de ellas, se encuentran cometidos propios de las restantes, destacándose que, como consecuencia del sistema republicano y representativo asumido por nuestro país, aquéllas se efectivizan mediante la actuación de órganos que ejercen

parte del poder del Estado. Literatura administrativista de renombre en la materia -ya clásica-, emanada de la pluma de Marienhoff, define a la administración pública como la "*actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran*" (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Buenos Aires, 1965, p. 43.), de lo que se deriva, prácticamente como una verdad de Perogrullo, que si la estructura y organización estatal apunta a atender y servir a los administrados, resulta esencial que, en aras de tal faena, se garantice la pureza de los actos de gobierno y toda actividad afín, tendiendo a lograr la transparencia en la ejecución de los mismos.-

Es lógico pensar que todo aquel que se desempeñe en el ámbito de lo público, de la afamada "*res pública*", con la manipulación de bienes que reúnen tal entidad, tengan un plus de responsabilidad para con los mismos, que hace que merezcan un especial tratamiento punitivo, dadas las peculiaridades que rodean dicha situación y, de hecho, así ocurre en la preferencia dada por el legislador dentro del catálogo delictual establecido en nuestro Código Penal, al plasmarlo en su Título XI, bajo el rótulo "Delitos contra la Administración Pública".-

Sabido es que el funcionario, empleado o agente público -dependiendo la semántica que se utilice-, cumple una misión netamente servicial, la cual lo constriñe a proceder dentro de un marco reglado de competencias y potestades que, si bien en ciertos y determinados casos suelen ser discrecionales, no por ello quedan exentas del contralor que el ordenamiento jurídico ha establecido como garantía respecto de la misma Administración, como así también para con los administrados.-

En lo que atañe a la responsabilidad penal de los sujetos en la esfera de la función pública -siempre enfatizando desde un punto de vista patrimonial-, además de resultar de plena vigencia y actualidad mediática, simboliza uno de los estratos más atrayentes en cuanto a su -siempre criticada y sensible- aplicación, como así también, al debate jurisprudencial y doctrinario, por todas las innegables particularidades que la rodean, aspectos que son de público y notorio conocimiento, habida cuenta que la experiencia se ha encargado de demostrarnos que

difícilmente algún gobierno haya podido salir airoso de, al menos, el inicio de algún proceso penal contra un integrante de su funcionariado por la posible comisión de un ilícito valiéndose del aparato estatal y usufrutuando el mismo con fines viles, en ocasiones ante la valiente y loable labor investigativa y, en otras, lamentable pero innegablemente, como consecuencia de un claro tinte persecutorio ideológico, lo que denota la gravedad que la temática conlleva y la seriedad con que deben encararse estas figuras delictuales emparentadas con la mentada función pública, debiendo encontrarse legitimada la investigación -y, obviamente, su posterior juzgamiento- por su total respeto de los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad (cfme.: art. 207, 3er. párr., Const. de E. Ríos), aventando toda eventual sospecha de prejuicios susceptibles de empañarla.-

Ya dentro de estos injustos, ciertamente urticantes, por el conglomerado periférico del que suelen ir acompañados, íntimamente relacionados con la "corrupción" en el ejercicio de la función pública, como acertadamente lo resalta el catedrático Gustavo Aboso, podemos catalogar a dicho fenómeno como un *mal endémico* que cualquier grupo social desea extirpar con ahínco (Aboso, Gustavo E., "Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración", Rev. de Der. Penal, 2004-1, pág. 31, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2004); empero, la praxis nos refleja que las medidas adoptadas -léase decisiones jurisdiccionales- en ciertos casos no han colaborado para mitigar dicha nebulosa, en virtud de lo cual, las conductas típicas endosadas a los funcionarios públicos focalizan la mirada del derecho penal, quizás, no con la celeridad que el "clamor popular" reclama, coyuntura ésta que puede conducir al juzgador a incurrir en la tentación de imponer una condena demagógicamente redituable.-

Es por ello que todos aquellos que ejerzan su actividad en la esfera pública, son pasibles de reproche penal por su proceder activo y pasivo, es decir, tanto por lo que hacen, como por lo que no hacen o dejan de hacer, más allá de ciertos reparos y resistencias que puedan ofrecer quienes de manera autoritaria y dictatorial han detentado el poder, ante el temor de la esfumación de los privilegios de los que gozan aquellos sujetos

que, en virtud de un efímero empoderamiento, se creen impolutos, immaculados y omnipotentes.-

La administración pública es -al menos, así debería serlo, si lo visualizamos desde la ética kantiana- una herramienta clave para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas, por ende, el desempeño de quienes la integran debe estar sujeto un exhaustivo control, de allí que, en el caso del funcionario o empleado público, entendido en los términos del artículo 77 del Código Penal de la Nación, como todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, debe constreñir su conducta a la regularidad de la misma; por lo demás, si no hay un correcto encuadramiento de las figuras penales endilgadas, se puede caer en la tentación de incurrir en una imprecisión conceptual, cuyo vicio deriva, en definitiva, en un análisis incorrecto de las aquéllas y, como correlato, a la no realización de la justicia al caso concreto, por lo cual se requiere de precisión para evitar caer en posibles prejuiciosas acciones estereotipadas -y socialmente condenadas de antemano- carentes de un cimiento sólido sobre el cual puedan edificarse y mantenerse incólume de críticas que se puedan suscitar al respecto.-

IV.- Más allá de esta breve introducción al tema que fuera citado por la Dra. Davite en su voto y, no obstante dejar de manifiesto mi más enérgico repudio a todo hecho vinculado con este "*mal endémico*" -en términos del Dr. Aboso-, considero que bajo ningún punto de vista estamos en presencia de un caso de corrupción pública en los -desmedidos- términos con el que fue concebido por la Casación, en virtud de una serie de razones que *infra* pasaré a exponer, no sin antes resaltar que este tópico no es materia novedosa para el suscripto, habida cuenta que ya en los albores de este siglo, al emitir mi voto en la causa "ALBIZZATTI" (sent. del 7/12/2004, Expte. N° 2553) como integrante de esta Sala y haciendo por entonces las veces de Tribunal de Casación, si bien con aristas diferentes a la presente, pero que en el trasfondo versaba sobre hechos denominados de "corrupción", sostuve que "*Los tres coimputados, funcionarios públicos ellos, están siendo juzgados por su conducta en el ejercicio de sus funciones. A menudo la sociedad en pleno reclama transparencia y quiere,*

con justa razón, que se termine con la corrupción, pero también hay que reconocer que al Poder Judicial le va a resultar una tarea ímproba y ciclópea en cuanto a lo gigantesco en su cometido. Digo esto porque, cuando como en el caso que nos ocupa, se entra en el análisis de la prueba reunida, se observa un dejo de falta de colaboración con la investigación a partir de respuestas en carácter condicional que muchas veces no pueden llegar a probarse en forma objetiva...

...Si quienes integramos esta sociedad no nos comprometemos con nuestra conducta a aportar todos los elementos de prueba necesarios para terminar con la corrupción, esto no habrá de ocurrir jamás. Si no se quiere asumir el compromiso y resulta indiferente estar frente a los actos de corrupción, lo que corresponde es guardar silencio y no reclamar por la desaparición de este flagelo.-

Es que lo importante es preservar también aquí, con un cuadro probatorio complejo y plural, todas las fuentes de conocimiento aportadas por las partes y demás sujetos intervinientes en la relación procesal (...) en el ejercicio pleno del derecho de defensa y del poder de contradicción, a fin de reconstruir fundada y genuinamente los hechos investigados, sin abolir ciertos principios básicos del debido proceso, tales como la situación de inocencia y el 'in dubio pro reo' reconocidos a los acusados de delitos penales, donde el juzgador tiene la obligación de explicar satisfactoriamente los motivos y razones en los cuales basa su juicio de certeza a los fines de posibilitar el contralor eficaz de legitimidad del ejercicio del poder punitivo a cargo de los órganos predispuestos en el Estado de Derecho, según está diagramado en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos incorporados con similar rango a la misma.-

Así lo ha comprendido el Tribunal Supremo de España, por su Sala 2da. en lo Penal, en el caso 'SILVA GARCÍA, Enrique J.', fallo del 21/11/2003, donde fue magistrado ponente Perfecto Andrés Ibáñez y se atribuyó al órgano jurisdiccional sentenciante no haber apreciado la totalidad del espectro probatorio, omitiendo considerar todas y cada una de las pruebas y datos favorables a la defensa, 'que pudieron servir para cuestionar la hipótesis de la acusación'. Precisamente 'la obligada

reintroducción de éstos en el cuadro probatorio ha hecho posible comprobar que los elementos que fueron valorados como inobjetables o inequívocamente de cargo presentan serias quiebras en su valor convictivo; y que en la misma medida que obligan a cuestionar la versión acogida en la sentencia, otorgan fundada plausibilidad a la pretensión del imputado, abriendo, cuando menos, un importante margen de duda, más que razonable, que la Sala debería haberse planteado, de haber procedido con el rigor exigible. Y que sólo puede valorarse en el sentido del art. 24,2 CE, esto es, haciendo prevalecer el principio de inocencia. Es por lo que hay que acoger el motivo objeto de examen y, consecuentemente, estimar asimismo el formulado..., pues, en defecto de prueba de cargo, no cabe aplicar los preceptos conforme a los que se los condenó', decidiendo por ello absolver al encartado por los delitos por los cuales fue acusado y condenado ante la Audiencia Provincial de Málaga en la instancia de grado (cfr. La Ley 2004-C,2, suplemento Penal de marzo del cte. Año -se refiere a 2004-).-

Daniel Pastor realizó un comentario laudatorio del fallo indicado por qué el tribunal de mérito no hizo un esfuerzo analítico integral, señalando únicamente las pruebas que lo habían convencido con certeza de la culpabilidad del acusado pero sin explicar suficientemente por qué, ni considerar los elementos de disonancia introducidos por la defensa, exhibiendo sus fisuras frente a un cuadro probatorio complejo, que impedía 'una valoración intersubjetiva de lo resuelto' y no brindaba 'la posibilidad de un examen crítico de lo decidido debido a la ausencia de toda explicación referida a las razones por las cuales ciertas pruebas -las de descargo- eran descartadas'.-

Precisa asimismo que la inmediación de los jueces de mérito, derivada de su presencia en la audiencia de juicio oral, no puede ser argüida como impedimento insalvable en el control casatorio porque la misma es un medio y no un método de adquisición de conocimiento, debiendo aquellos dar cuenta de su uso, sin ampararse en una 'hermética valoración en conciencia para privar a las partes y eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo sucedido en el juicio y porqué se ha decidido de la manera que consta'. De no ser así, resultarían admisibles 'las prácticas bárbaras de las condenaciones

inmotivadas que, además de banalizar el derecho del imputado al recurso, representan el ejemplo más elocuente de la elección por un estilo decisionista y antiguarantista del sistema penal'. De ahí que deba existir para la comprensión de lo decidido 'un correcto ejercicio de la inmediación y del deber de motivación...'.-

Si ello no se concretó de ese modo, según lo hemos verificado en el 'sub discussio', quedó consumada una infracción sustancial por vicios graves de motivación en la apreciación de las pruebas, que han sido constatados y pueden ser superados sin necesidad de más comprobaciones, por la valoración documental de la propia sentencia y del acta de debate oral, que llevó a una equivocada subsunción legal derivada de la errónea fijación de la plataforma fáctica, lo cual permite su equiparación aquí con la causal de aplicación incorrecta de las normas sustantivas -'vitium in iudicando juris'-, habilitando el conocimiento de este Tribunal de Casación para decidir acerca de la cuestión de fondo y dictar una nueva sentencia en reemplazo de la que se casa por sus defectos (cfme. Pastor, Daniel, Suplemento Penal 2004 (marzo), 1- La Ley 2004-C,50, comentario al caso 'Silva García, Enrique José')".-

Si bien no se me escapa que los párrafos transcritos se refieren a otra situación - inversa a la del caso que nos ocupa-, trasladados aquí *a contrario sensu* (en sentido contrario) y trazando un paralelismo con la presente causa, puedo sostener que el veredicto del Tribunal de Juicios y Apelaciones lejos está de aparecer como una visión parcializada de la plataforma fáctica presentada, al resolver de conformidad con la prueba producida -suspica y deliberadamente retaceada por la parte denunciante-, cumpliendo con su deber de revelar acabadamente los motivos y razones en los cuales basa su resolución final absolutoria, luego de haber apreciado la totalidad del abanico probatorio y considerar la integridad de las pruebas que desvirtuaron y terminaron fulminando irrefutablemente la hipótesis de la acusación, la cual quedó expuesta con su malogrado quehacer en su afán de lograr una condena, exteriorizando un incontrolable y descomedido apetito punitivo alejado de su deber de actuación con criterio objetivo investigando el hecho de la imputación y las circunstancias que permitan comprobarla como las que sirvan para

eximir de responsabilidad al imputado (cfme.: arts. 55 y 56, Cód. Proc. Penal).-

V.- Además, asiste razón a la defensa cuando sostiene la contradicción en que incurre Casación, al idear su decisorio en derredor de un grave caso de corrupción pública, dando a entender un posible desvío de fondos que irían a la ayuda social, cuando dicha temática no fue investigada ni blandida por el Ministerio Público Fiscal, a lo que se debe adicionar que el actual intendente de la ciudad de Crespo, Darío Schneider, descartó que se esté ante una apropiación indebida de fondos, esforzándose la Cámara de Casación Penal de Paraná en tratar de renacer, con sesgado análisis, las dudas oportunamente planteadas y que fueran sólidamente despojadas por la sentencia de mérito, a través del minucioso voto del Dr. Vírgala, en torno a la parcial y antojadiza ponderación de la prueba acopiada por la acusación durante el proceso y la inexistencia de certeza respecto a la materialidad del delito imputado, que llevara finalmente a la absolución de los imputados.-

Así, no se puede pasar por alto el testimonio de la Contadora Galuccio, quien para llevar adelante un Informe de Procedimientos Acordados -al que indebida y persuasivamente se aludió como pericia-, se basó en la documental que desde el municipio de la localidad de Crespo se le había brindado, sosteniendo al momento del debate, frente al mismísimo tribunal, una vez que se le exhibieran los legajos en donde constaban el pedido de los destinatarios de los subsidios y el informe socioeconómico de aquéllos, que además de sentirse sorprendida por la existencia de dicha documentación -otrora retaceada por la propia denunciante-, nunca le habían sido mostrados anteriormente, aspecto que llamativamente fue eludido por el Ministerio Público Fiscal. La credibilidad e importancia de los testimonios rendidos, entre otros, por la citada profesional de las ciencias económicas, aparece como el producto de la convicción de los señores Vocales del Tribunal de Juicio, quienes exponen su razonamiento aunándose con las reglas de la lógica y de la experiencia común, concluyendo coherentemente en la solución del caso.-

VI.- Por otra parte, concuerdo plenamente con el Colega

ponente, en cuanto asevera la existencia de un ineludible deber estatal derivado de la expresa cláusula constitucional contenida en el art. 25 de la Carta Magna local, en cuanto reza que "*El Estado promueve las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de todos los habitantes a una vivienda digna, con sus servicios conexos y el espacio necesario para el desarrollo humano, en especial destinado a los sectores de menores recursos. Planifica y ejecuta una política concertada con los municipios, comunas e instituciones que lo requieran, con el aporte solidario de los interesados*", manda constitucional que se relaciona, a su vez, con el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que trata de la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna, y en ese sentido parece haberse encaminado la voluntad municipal evidenciada por las personas acusadas de la comisión de un -inexistente- injusto penal, respecto de la cual no amerita un reproche de esa índole, soslayándose así la idea consolidada, jurisprudencial y doctrinariamente, de que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que se acude para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas y, en tal sentido, no se advierte de los actuados que, a lo largo de estos años, el Tribunal de Cuentas de la Provincia, quien, como órgano de control externo tiene a su cargo, entre otras funciones, resolver sobre la percepción e inversión de caudales públicos a cargo de los funcionarios y administradores de la Provincia, de las personas o entidades que manejen fondos públicos y de los municipios, ejercer la auditoría de la administración pública, entes autárquicos, empresas del Estado y todo otro organismo estatal que administre, gestione, erogue e invierta recursos públicos (cfme.: art. 213, Const. E. Ríos), haya efectuado objeción alguna -al menos no hay constancia que así lo acredite- respecto de la forma y metodología seguida, vale decir, del otorgamiento de subsidio en especie, obedeciendo ello a una derivación lógica del principio jurídico *qui potest plus, potest minus* (quien puede lo más, puede lo menos), que consiste en tener por permitido de manera implícita hacer algo menor de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley, es decir que, en el caso, si se encuentra facultado para el otorgamiento de ayuda dineraria (cfme.: Ord. N° 03/03), no parece

ilógico -antes bien hasta razonable- la concreción de la ayuda en especie a vecinos necesitados, pudiendo el Estado -en este caso, municipal- cerciorarse perfectamente de la necesidad y situación de vulnerabilidad del peticionante y llevar adelante una rendición oportuna de cuentas, verbigracia, mediante auditorías de campo -tal como se comprobó efectuado en el caso, al revelarse en el juicio la existencia de elementos de convicción no aportados por la denunciante a la investigación- porque, en definitiva, lo que se está realizando de esa manera es el cumplimiento efectivo de la obligación que le está constitucionalmente impuesta al municipio y a la cual se encuentra constreñido, so pena de acarrear responsabilidad internacional al Estado Nacional, en virtud de los instrumentos suscriptos por nuestro país, siempre y cuando, lógicamente, se cumplan ciertos recaudos que permitan un contralor respecto de las erogaciones que se realicen con fondos públicos, como, por ejemplo, a través del sistema informático del que se encontraba provista la comuna, además del ya mencionado control mediante el sindicado Tribunal de Cuentas -la cual no ha merecido reparos por parte de la acusación-, encontrándose corroborada la efectiva entrega y recepción de los materiales por parte las personas solicitantes, elementos que se adquirirían mediante la imputación de una partida presupuestaria específica que atendía a la acción social.-

Cabe afirmar que la Administración pública no sólo puede, sino que, además, debe garantizar la vigencia y eficacia de la Constitución, los principios, valores superiores y derechos fundamentales, siendo una de esas formas de cumplir con la ineludible carga constitucional, la asistencia social, por lo cual, mal puede reprochársele jurídicamente el proceder puesto de manifiesto por los encartados al asistir con materiales a personas necesitadas, más allá de cierta desprolijidad administrativa de tipo formal si se quiere y que no pasa más allá de eso mismo; de allí que la idea de la configuración *per se* del delito de peculado, parece estar alejada de toda razón, no solamente jurídica, sino hasta humanitaria, y mucho más distante aún de hechos de corrupción, toda vez que, al no encontrarse expresamente reglada en la Ordenanza N° 03/03 la entrega "en especie" del socorro estatal, nada impedía que -ante situaciones plenamente

justificadas-, la ayuda oficial provenga de la entrega de materiales que, muy lejos de configurar un regalo o una donación, ha sido erigida como una necesaria y obligatoria intervención en aras de la protección de derechos sociales y en auxilio de las personas que padezcan algún de tipo de vulnerabilidad razonablemente vinculada con la ayuda proporcionada.-

Por lo demás, considero que el Tribunal de Juicio no evaluó ningún tipo de irregularidad, porque sencillamente no se acreditó que existiese, dado que al no haber un procedimiento preestablecido, con reglas claras, se llevó adelante una función estatal por naturaleza, conforme los lineamientos de la Ley de Municipios Nº 10.027, en cuanto resulta potestad exclusiva y excluyente del municipio decidir discrecionalmente -siempre en un marco de razonabilidad, lógica y juridicidad- en atención a los criterios de mérito, oportunidad y conveniencia, que se traducen en los conceptos de atribuciones, facultades o potestades discrecionales o a las ejercidas con ese carácter y como consecuencia de ello, no revisables, en principio, por los órganos judiciales.-

Sin embargo, la sentencia casatoria que aquí se impugna, parte de un preconcepto fundado exclusivamente en la íntima convicción de que se juzgan conductas propias de hechos de corrupción administrativa y sólo acoge la propuesta de la acusación, omitiendo realizar una leal revisión integral de la sentencia recurrida, a la que está constreñida en función de la doctrina emergente del fallo "CASAL" (CSJN, 20/9/2005; Fallos: 328:3399), otorgándole relevancia a la reflexión de Jesús M. Silva Sánchez respecto a que se habría pasado de un "derecho penal liberal", interpretado desde una política criminal orientada al aseguramiento de los derechos individuales del acusado, a un "derecho penal liberado" de tales límites y controles que se orienta al combate de la criminalidad como cruzada contra el mal (cfme.: aut. cit.; Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal, Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín [coord.]. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, pág. 36, Edic. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003).-

VII.- 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, bastando para su configuración que el funcionario público comprometa los bienes confiados a su gestión y los extirpe de la esfera de custodia en incumplimiento de sus fines y objetivos, 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.-

Con respecto al tipo subjetivo del delito de peculado 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"* (cftr.: "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado", D´Alessio, Andrés J. -Director-, 2da. edic. actualizada y ampliada, Tomo II, La Ley, 2009, pág. 1299).-

En sintonía con ello, esta Sala N° 1, en el precedente "FERRARI" (sent. del 3/3/2008, Expte. N° 3180), sostuvo que: *"el delito de peculado 'se materializa en la idea de separar o apartar los bienes de la esfera de custodia de la actividad patrimonial de la administración pública' -Cfme. Donna, Edgardo Alberto, en 'Delitos contra la administración pública', pág. 277, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2002-, ya que el verbo sustraer significa apartar, separar o extraer. Precisamente por ello 'el peculado se diferencia del hurto y también de un abuso de confianza. Se trata de sustraer, que en este sentido significa separar; es un delito contra la administración pública, y no contra la propiedad, el funcionario que quebranta la buena marcha patrimonial de la administración pública mediante la violación de su deber de probidad...' (ver Donna, Edgardo Alberto, obra citada, pág. 282/283).-*

En similar sentido, opina Carlos Creus al decir que la diferencia está en que quien sustrae puede no tener la intención de hacer ingresar la cosa en su propia tenencia, como sí la tiene quien se apodera de una cosa, ni tampoco tiene el designio de disponer de la cosa como si fuera su dueño, característica de la acción de quien se apropia de una cosa, por lo cual concluye este autor en que '... sustrae el que quita la cosa de la esfera de custodia en que se encuentra, aunque no lo haga regido por aquellas direcciones de la voluntad ... 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).-

Es menester establecer pues que la materialidad de este 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...".-

El caso que aquí tratamos, como lo precisa el Tribunal de Juicio luego de analizar integralmente la prueba rendida, no exhibe la realización por parte de los imputados de las concretas acciones determinantes de la tipicidad objetiva ni subjetiva susceptibles de decantar sus conductas en el delito de peculado, desde que no se han sustraído bienes públicos de la esfera de custodia de la Administración ni se han desviado de la finalidad para la cual se previeron en el presupuesto municipal.-

A la luz de lo expuesto, cabe puntualizar que no estamos técnicamente en presencia de la figura del peculado, al no constatarse la concreción de ninguna de las acciones descriptas por el tipo penal en cuestión, y si bien podría encasillarse exclusivamente en el marco de una discusión dogmática sobre los alcances del mismo, no podemos dejar de interrogarnos cuál es la política criminal que se sigue para situaciones como la de marras, en la que se moviliza todo un aparato punitivo del Estado durante varios años, utilizando así la herramienta legal más poderosa que tiene este último, la cual no debe estar al servicio de la criminalización de conductas justificadas desde punto de vista constitucional; una interpretación en contrario, en la especie, importaría subvertir el orden jerárquico de las normas que prevé el art. 31 de la Constitución Nacional, afectando la garantía consagrada en el art. 5 de la Carta local, dado que se le estaría dando preeminencia a una ordenanza local, incluso por entero inaplicable al caso, por sobre imperativos supremos, por lo que admitir semejante despropósito jurídico equivaldría a borrar de un plumazo legislación de eminente superioridad jerárquica y hasta podría conllevar -insisto- a una subversión de la pirámide normativa kelseniana para que, en lugar de la Carta Magna, su vértice de origen, tanto como norma madre

local como nacional, se encuentren decisiones de muy inferior jerarquía normativa -como la remanida Ordenanza N° 03/03-, de lo cual se derivaría -estrictamente adecuado y subordinado a ello- todo el ordenamiento normativo constitucional y legal vigente, lo que debe ser repudiado vehementemente por todo órgano judicial interviniente, honrando su juramento de observar y hacer observar la Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia con escrupuloso respeto del orden jerárquico, revalorizándolo por sobre cualquier interés meramente sectorial o norma -de cualquier índole- de rango menor que pretenda trastocarlo, invertirlo o perturbarlo, dificultando así el normal desenvolvimiento de un verdadero Estado de Derecho que debe cumplir con sus designios preestablecidos y atentando contra la forma de gobierno representativa, republicana y federal de gobierno adoptada por nuestra Carta Magna en su artículo 1° para nuestra Nación y, parafraseando a Leslie Lynch King Jr., más conocido con el seudónimo de Gerald Rudolph Ford Jr., se puede sostener que: *"La Constitución es la piedra angular de todas nuestras libertades; guárdala y cuídala; mantén el honor y el orden en tu propia casa, y la República perdurará"*.-

VIII.- Se pueden apreciar, como bien lo sostuvo con claridad en su discurso sentencial el Dr. Virgala al comandar el pronunciamiento absolutorio, las serias deficiencias investigativas y acusatorias por parte de los representantes del Ministerio Público Fiscal que, pese a conocer acabadamente el caso por más de cuatro años, no se interesó -a juzgar por la realidad los hechos- por colaborar con el real esclarecimiento de la situación enunciada, sino que persistió tozudamente en "su" teoría del caso, la cual dista en demasía de lo concretamente acontecido, valiéndose de una producción parcializada de la prueba e incumpliendo con su deber constitucional de objetividad e imparcialidad, llamando la atención el desentendimiento de ciertas peculiaridades que se fueron desandando con el transcurrir del proceso, como las connotaciones que surgen de la declaración de la testigo Erhardt y el trabajo que se le había encomendado respecto de la búsqueda de material con posible incidencia incriminatoria, que requerían, tal vez, una mayor explicación o, por otra parte, la razón del corte temporal de la denuncia con relación a los

períodos anteriores, fuera del paréntesis supuestamente proselitista, en los que, como titular de la acción pública, no actuó de oficio ante la presencia de una *notitia criminis*, ni tampoco procedió ante la posible participación de los comercios declamatoriamente implicados, cuestiones todas éstas que solamente se encuentran en el imaginario del Ministerio Público Fiscal y en la política criminal que con ahínco y grandilocuencia se suele hacer gala desde su seno mismo.-

Para ilustrar semejante desatino, estimo oportuno traer a colación las conclusiones emitidas por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales volcadas en el informe de avance de su investigación "La eficacia de los Ministerios Públicos Fiscales (MPF) en Argentina" -dirigida por Alberto Binder y desarrollada por el Grupo de Trabajo sobre Ministerios Públicos Fiscales del INECIP, a cargo de Julián Alfie-, habiendo evaluado el desempeño de esos organismos durante el 2019, a través de un ranking de eficacia político criminal -un tanto tergiversado luego mediáticamente-. En aras de tal cometido, se dijo: "*Los Ministerios Públicos Fiscales de Argentina no cuentan con una tradición institucional que les permita reconocer la importancia de evaluar la eficacia de su trabajo, herramienta fundamental para cumplir con sus importantes funciones sociales. Eso se evidencia, por un lado, por la ausencia absoluta de planes de persecución que establezcan objetivos cuantificables y evaluables. Y, por el otro, por la baja calidad de la información disponible, y sus aún más bajos niveles de publicidad. Ambos aspectos recién han empezado a ser identificados por algunos Ministerios Públicos en los últimos años. Pero esos esfuerzos aún no son suficientes para realizar una evaluación básica sobre su desempeño en forma periódica, y lograr que esa información se torne en un insumo útil para rediseñar sus políticas de persecución penal. En forma sintética, las principales conclusiones de esta primera etapa de la investigación son:*

» *Los Ministerios Públicos Fiscales de Argentina no están siendo eficaces en el cumplimiento de sus funciones más básicas. Esas funciones son, en primer lugar, darle una respuesta de calidad básica a la mayor cantidad posible de conflictos que ingresen al sistema penal y, por el otro, lograr respuestas que tengan algún tipo*

de incidencia político-criminal.

»Esa ineficacia implica que las fiscalías no estén gestionando adecuadamente los intereses de las víctimas ni logrando incidir sobre el control de la criminalidad.

» El riesgo de esta ineficacia es el aumento de los niveles de violencia social.

»Esta situación puede tener muchas causas. La única forma de identificarlas correctamente y mejorar el desempeño de las fiscalías es a través de la evaluación periódica.

»Para poder realizar esas evaluaciones, es fundamental contar con información sobre la realidad sobre la cual se pretende intervenir, y sobre los recursos y funcionamiento interno de los propios Ministerios Públicos.

»También es imprescindible una planificación estratégica, que requiere la fijación de objetivos. Sólo así los Ministerios Públicos podrán orientar su actuación de un modo que les permita cumplir con sus funciones elementales.

»Este trabajo ofrece un primer paso para que los Ministerios Públicos fiscales encaren la compleja pero fundamental tarea de evaluar su desempeño y orientar su funcionamiento a la pacificación de la sociedad.

Queremos repetir con insistencia que se trata sólo de un punto de partida para la elaboración de una matriz de evaluación de eficacia, dentro de una más general de desempeño, mucho más compleja y precisa. Pero ello no es posible sin despertar la colaboración de las propias instituciones fiscales y el interés por parte de sus directivos y secciones especializadas de la organización sobre la utilidad de esa medición. Nos interesa comenzar un proceso de diálogo en el que los Ministerios Públicos se tomen mucho más en serio la medición de la eficacia. La tarea comparativa es solo una herramienta para mejorar colectivamente ese trabajo y compartir experiencias.

Es necesario que los MPF incorporen esta preocupación y asuman con seriedad el deber que tienen en el marco de un sistema democrático que les asigna funciones fundamentales, en un

momento en donde el efectivo cumplimiento de la prohibición de autotutela puede correr riesgo ante la ineficacia de las fiscalías. Se trata, en última instancia, de contribuir a la pacificación y a la consolidación de las democracias en nuestro país." (cftr.: <https://inecip.org/noticias/la-eficacia-de-los-ministerios-publicos-fiscales-en-argentina/>).-

Traigo a colación tan contundentes conclusiones, las cuales merecen ser reproducidas por la claridad conceptual de las mismas, debido al respeto que merece la institución de la cual emanan, la cual tiene por misión contribuir a la consolidación y el progresivo fortalecimiento del Estado de Derecho en los países de América Latina y del Caribe y que tiene como objetivo, entre otros tantos, el mejorar los instrumentos legales que ayuden a garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales y que contribuyan a fortalecer el sistema de garantías como forma de construir herramientas que eliminen o limiten el avance del autoritarismo dentro de las instituciones judiciales en general y del sistema penal en particular.-

IX.- Finalmente, a esta altura del análisis, cabe reafirmar que la sentencia puesta en crisis tiene su basamento en una visión parcializada -como pretende el Ministerio Público Fiscal se efectúe, de manera partiva y examinando la prueba de manera diseccionada-, situación planteada enérgica y motivadamente por parte de la defensa recurrente en su pieza recursiva, reafirmádolo en la audiencia celebrada a los fines dispuestos en el art. 525 del Cód. Proc. Penal -por remisión al art. 515 del mismo-; por tanto, considero oportuno recordar una -triste, pero no por ello menos cierta, al calor de los hechos- reflexión al pronunciarme en la causa "GODOY" (sent. del 2/3/2016, Expte. N° 4636), que considero plenamente aplicable al caso, al señalar en aquella oportunidad que el tribunal casatorio no había observado el "*estricto cumplimiento de la delicada función revisora a su cargo, lo cual me deja la amarga sensación de que el fuero penal de Entre Ríos se preocupa más por sumar condenas a sus datos estadísticos que controlar y asegurar verdaderamente la observancia de las garantías fundamentales del proceso y hacer Justicia, en definitiva*".-

X.- Como corolario de lo precedentemente expresado, debo necesariamente concluir que la decisión refutada no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las concretas constancias comprobadas de la causa, lo cual la descalifica como acto judicial válido en términos de conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre arbitrariedad; por consiguiente, la impugnación extraordinaria bajo examen articulada por la defensa deviene procedente, correspondiendo hacer lugar a la misma, dejar sin efecto la decisión adoptada por la Sala I de la Cámara de Casación en el fallo N° 275 de fecha 19/11/2021 y confirmar, en consecuencia, la sentencia de fecha 8/3/2021 dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de esta ciudad, declarándose las costas de oficio.-

Finalmente, cabe dejar constancia que no se regulan honorarios al letrado interviniente en razón de no haber sido ello expresamente solicitado (cfme.: art. 97, inc. 1°, Dec.-Ley N° 7046/82, ratif. por Ley N° 7503).-

Así voto.-

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

DIJO:

Habiendo resumido el colega votante en primer orden los principales antecedentes del caso bajo examen, me remito a los acápites respectivos en honor a la brevedad.

De tal modo, ingresando a emitir mi voto, adelanto desde ya, mi postura en respetuoso disenso con el colega, Dr. Giorgio y, por tanto, coincidente con la expresada por el Dr. Carubia, a cuyos argumentos adhiero, sin perjuicio de realizar, a continuación, algunas consideraciones que estimo necesarias.

En ese menester, en el caso de marras, al contrario de la perspectiva propuesta por el Tribunal *A-quo*, la sentencia del Tribunal de Juicio y Apelaciones luce exhaustivamente motivada, exhibiendo un análisis riguroso de la prueba rendida, en especial de las testimoniales prestadas en debate, incluso aquellas declaraciones que venían a sustentar la teoría del caso del acusador, pero que, a la postre, merced a las bondades de la

inmediación y el confornte dialéctico de la instancia oral, terminaron por desdibujar la hipótesis acusatoria como acertadamente fue explicado por el señor Vocal, Dr. Pablo A. Virgala que comandó el fallo.

Se trasluce, en efecto, del pronunciamiento mencionado que, el Vocal del Tribunal de Juicio y Apelaciones realizó una minuciosa valoración de los elementos de convicción, concluyendo razonadamente que las conductas endilgadas a los encartados no superaron el umbral típico de la figura que se les imputó (Peculado, Art. 261 C.P.), decidiendo la absolucón lisa y llana; en la medida que, en el marco de las facultades otorgadas por la Constitución provincial (Art. 25) se entendió que, en definitiva, los funcionarios del Municipio de Crespo, ejecutaron una política social en relación a un grupo de ciudadanos en situación de vulnerabilidad que habitan el ejido de la ciudad de Crespo y quedó demostrado que, para tal fin, imputaron gastos de la partida presupuestaria *precisamente destinados a acción social*, con el objeto de adquirir materiales de construcción que fueron efectivamente entregados a los ciudadanos beneficiarios, de lo cual no hubo dudas ni siquiera posturas encontradas del Ministerio Público Fiscal.

Más todavía, comparto plenamente la superlativa importancia de nuestra manda Convencional de combatir la corrupción, la relevancia del principio de legalidad administrativa como norte de actuación para los funcionarios del Estado y la consecuente obligación de ajustar la conducta de los funcionarios a procedimientos reglados, máxime cuando se trata de la gestión de bienes públicos confiados a su custodia; sin embargo lo cierto es que, en el caso concreto, se comprobó que la entrega de materiales, como forma de subsidio con fines sociales y humanitarios, no estaba reglada por la tan reverenciada normativa municipal, V.gr. Ordenanza 03/03 -ahora ya derogada- prevista para la entrega de dinero en subsidio; sino que se regía por una metodología distinta compartida por las distintas gestiones municipales y que pudo reconstruirse en el plenario: 1) Pedido del ciudadano particular, 2) evaluación de la necesidad mediante informe social, 3) autorización e imputación de gastos de la partida presupuestaria destinada a acción social, 4) adquisición y entrega del material.

Y, precisamente, esta metodología y práctica habitual, quedó demostrada y respaldada por la documental y las testimoniales introducidas en el debate.

Aclarado lo anterior, este y no otro mecanismo, se utilizó para la entrega de materiales comprendidos en el objeto de la imputación, sin verificarse que las erogaciones empleadas para tal fin se hayan sustraído, separado u ocultado de la esfera de custodia y control del Estado municipal, todo lo cual quedó plasmado en el registro informático implementado por el municipio; siendo estos elementos los que, a criterio de la suscripta, fueron cuidadosamente meritadas por el Tribunal de Juicio y Apelaciones, en tanto hacen al meollo jurídico penal en cuestión en atención a los requisitos típicos del Peculado y, a la postre, hacen a la responsabilidad penal o no de los funcionarios.

Visto así, se desprende que, nunca los bienes bajo custodia de los funcionarios implicados se colocaron en situación de peligro o fuera de la órbita de control del Estado municipal, tampoco se alegó ni probó el quebranto a la probidad que han de observar los funcionarios, ni la generación de un perjuicio patrimonial. En virtud de estos elementos, no se configuró, por lo tanto, la tipicidad objetiva de los sustratos fácticos atribuidos a los encartados. Como ya he expresado en otras ocasiones, vgr. "MORI, VICTORIA ANASTASIA S/MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS REITERADA (DOS HECHOS) EN CONCURSO REAL - RECURSO DE CASACIÓN" Expte. N° 3189 y "MIRANDA, Oscar E. - THAMM, Alfredo C. - s/PECULADO - S/REC. DE CASACIÓN", Expte. N° 3996, el peculado es un delito que se configura cuando se procede a "separar", "apartar" o "extraer" fondos de la administración pública, en incumplimiento de los fines y objetivos estatales; elementos que, evidentemente, en el presente caso, no se han acreditado.

A tenor de lo dicho, cabe adicionar que, el principio de legalidad estricta en materia penal y el mandato de interpretación restrictiva de los tipos penales, impiden que, en casos como el presente, se imputen como delictivas aquellas conductas que, en la esfera de la administración pública, aun cuando puedan exhibir incumplimiento de meras formalidades, en los hechos, no obstante, se compruebe que, los

bienes en cuestión se mantuvieron siempre en la órbita de la administración pública y se entregaron efectivamente a los destinatarios en la ejecución de una política de acción social, sin verificarse una cabal separación de la esfera de custodia en todo el recorrido desde la adquisición hasta la entrega final en cuyo caso, sí se habría tornado ilusorio o imposible su control.

Por tales razones, entiendo que la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Casación, no resulta una derivación razonada del derecho vigente por cuanto, conforme a las concretas constancias de la causa, se excedió en el análisis propuesto por el recurso, habida cuenta que no sólo argumentó en favor de la anulación del fallo por razones de arbitrariedad sino que también dio por sentado que las conductas atribuidas a los funcionarios encartados constituían ya ilícitos penales, comprometiendo con ello seriamente el estado de inocencia, por lo que, con tal temperamento, propuso lisa y llanamente una perspectiva incriminatoria de cómo debía resolverse el caso, supliendo así la actividad exclusiva y excluyente del órgano acusador.

Todo lo referido, en suma, me inclina a proponer la revocación de la sentencia de casación y, por ende, la confirmación de la sentencia absolutoria del Tribunal de Juicio y Apelaciones de esta ciudad, en consonancia con la solución propiciada por el colega Dr. Carubia.

Así voto.

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada, por mayoría, la siguiente:

SENTENCIA:

PARANÁ, 2 de noviembre de 2022

Y VISTOS:

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

SE RESUELVE:

I.- HACER LUGAR a la impugnación extraordinaria articulada por el Dr. Miguel Angel Cullen, en ejercicio de la defensa técnica

de Leonor Evangelina Winderholler, Ariel Jesús Robles y Jorge Jesús Waigel y, en consecuencia, dejar sin efecto la decisión adoptada por la Sala I de la Cámara de Casación en el fallo N° 275 de fecha 19/11/2021.-

II.- CONFIRMAR la sentencia de fecha 8/3/2021 dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de esta ciudad.

III.- DECLARAR las costas de oficio (arts. 584, sgtes. y ccchts. del C.P.P.)-.

IV.- NO REGULAR los honorarios del letrado interviniente por no haberlos peticionado expresamente (art. 97, inc. 1º, del Decreto Ley N° 7046/82, ratificado por Ley N° 7503).

Regístrese, notifíquese, oportunamente, bajen.

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada el día 2 de noviembre de 2022 por los miembros de la Sala N°1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, integrado al efecto por los Señores Vocales, Dres. Daniel Omar CARUBIA y Miguel Ángel GIORGIO y la Señora Vocal Claudia Mónica MIZAWAK, quienes suscribieron la misma mediante firma digital (Ac. General del STJER N° 33/22 del 04.10.22, Pto. 6º c). Asimismo se protocolizó y se notificó a las partes electrónicamente.

Secretaría, 2 de noviembre de 2022

Melina L. Arduino
Sala N° 1 en lo Penal STJER
-Secretaria Suplente-

