En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 11 días del mes de abril del año 2014, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Fernando S. L. Royer bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada **"R. V. G. y otro p.s.a. Negociaciones incompatibles con la función pública s/Impugnación"** (Expte. 22.758 - F° 115 - Año 2012).

El orden para la emisión de los votos resultó: Pfleger, Panizzi y Royer.

El **Juez Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve enunciación de los antecedentes.

Convoca la atención de la Sala la impugnación extraordinaria deducida por los doctores E. A. M. y W. M. C. D., en perjuicio de la sentencia de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn que el 5 de Julio de 2012 rechazó la impugnación ordinaria que aquellos dedujeron por sus asistidos V. G. R. y H. F. C.

La instancia del doble conforme ratificó el fallo la Jueza Penal de aquella circunscripción (registro número 07/12) que los condenó a tres años de prisión en suspenso e inhabilitación especial perpetua por el doble tiempo de aquél de la condena, a R., y tres años de prisión, a C., cargando sobre ambos las costas. (Ver las hojas 57 a 75 y reverso)

La Magistrada del Juicio consideró a la mujer autora material del delito de "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública" (artículos 265 y 45 del CP), endilgando al hombre una participación necesaria en el mismo delito (artículos 265 y 45 del Código Penal)

El tópico versó acerca del hecho sucedido en la localidad de Aldea Blancuntre, desde el mes de Febrero de 2009.

II. La Impugnación. Breve paráfrasis de su contenido.

Como ya se advirtió, la defensa de los imputados recurrió el decisorio emanado del segundo escalón de control, dando sus motivos y

///

fundamentos en el escrito que está entre las hojas 136 a 145.

El núcleo de los agravios, anunciado de partida, consistió en que, según se dijo, la sentencia había incurrido en un error en la aplicación del derecho (art.375 inc. 1° del C.P.P) e inobservado las normas que el Código Procesal sanciona bajo pena de nulidad (inc. 2° del mismo texto).

Se dedicó- renglón seguido- a la justificación del predicado y con posterioridad a la narración de las misceláneas de la causa penetró en su meollo.

En relación con el primer agravio, bajo el subtítulo: "… Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva…" cuestionó la calificación legal dada a los hechos probados, y fundó su crítica mediante la afirmación de que no existían evidencias que justificaran la existencia del elemento cognitivo y volitivo del dolo puesto en cabeza de sus asistidos.

Sostuvo que el fallo se basó solo en pruebas indiciarias de donde no surgían, categóricamente, ni la participación ni la autoría reprochada.

Pese a aceptar que los argumentos fundantes de la sentencia obedecían a la sana crítica racional de la Jueza, aclaró que los argumentos

///

debían estar basados "…sobre hechos fácticos (sic) que así lo demuestren…"

Renglón seguido, la impugnante giró en torno a la declaración del imputado C., referida a que no podía contratar con el Establecimiento educativo en cuestión y sostuvo que ello no era una confesión de parte como lo entendieron los Jueces y que, por lo tanto, no podía valorarse como elemento cognoscitivo de la prohibición legal impuesta por la Ley.

En otro acápite denunció la "…inexistencia de las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P.P…."

Alegó que en el fallo en crisis, al momento de la aplicación de la pena, no se analizaron debidamente las circunstancias atenuantes o agravantes particulares del caso, sin que se formulara consideración alguna al respecto con excepción del Juez Pitcovsky en su voto.

En otros párrafos, y sobre la misma tópica, expresó- textualmente-que: "… se omitió hacer una detallada referencia en cuanto a las reglas de aspectos objetivos del hecho y de aspectos subjetivos de mi asistido que prevén los incisos del artículo 41 del C.P. ya que solo y en forma genérica se trataron tales circunstancias…"

///

La defensa afirmó, por lo demás, que no se había realizado una identificación de las valoraciones tenidas en cuenta por la Ley para establecer la sanción acuñada en el tipo penal, limitándose a transcribir y repetir los argumentos dados por la Jueza de Primera Instancia, los que constituían el fundamento del ilícito que posteriormente evaluó como agravantes en la fijación de la pena. Se incurrió así- alegaron- en una doble valoración inaceptable.

Indicó que con respecto a V. G. R., se habían ponderado a nivel de la tipicidad -como elementos configurativos del carácter normativo- la categoría conceptual "funcionaria pública", circunstancia que posteriormente volvió a ser evaluado a nivel de la "culpabilidad", como agravante.

En el final, denunció inobservancia de la ley procesal. Indicó que la Defensa tachó los testigos M. P., J. F. y A. P. por considerarlos teñidos de parcialidad ya que de sus dichos se podía concluir que esas personas tenían una enemistad manifiesta con la imputada V. G. R., y no podían ser valorados y tomados en cuenta como elementos objetivos en el decisorio final.

Aseveró, además, que le causaba agravio que el Tribunal de Alzada no hubiera considerado

///

la prueba aportada por los testigos ofrecidos por esa parte, y que de ello se derivaba la conculcación de garantías constitucionales tales como el "debido proceso" y el "derecho de defensa".

Por último, luego de hacer reserva del caso federal, peticionó que se revocara el fallo condenatorio y que se dictara un pronunciamiento conforme a lo solicitado por esa Defensa.

III. La solución del caso.

a. La dimensión del recurso extraordinario, vinculado a la consideración del error de juicio alegado.

1. Así como lo he expuesto en otros sufragios, torno a enfatizar acerca de los estrictos límites del recurso extraordinario articulado por la defensa contra una sentencia de condena ya revisada por la Cámara en lo Penal. Esta alusión es apropiada pues se intenta, como se intentó en esas ocasiones, esbozar las fronteras asignadas a la pretensión, tema que condiciona la solución a dar.

La materia ha ocupado, como dije, otros casos a los que remito en honor a la brevedad. Empero, no puedo soslayar la repetición de los siguientes predicados: a. la intervención de la

///

instancia luego del doble conforme (art. 374 del C.P.P.), no implica la reclamación de una revisión de igual tono, sino un intento excepcional que excluye un re- análisis de la prueba en sí misma. b. el valor dado a los medios de convicción por los Jueces que ya los revisaron queda incólume en la instancia, salvo los supuestos de demostrada arbitrariedad por acción u omisión, c. la revisión es posible si existe un palmario error en la aplicación del derecho.

En síntesis: cabe analizar sólo el comportamiento de los Jueces para develar si ha sucedido arbitrariedad en la consideración de los juicios que otros emitieron, y, por ende, si aquellos contribuyeron a validar la fijación de los hechos de modo desacertado o incurrieron en inaceptable error de derecho.

Siendo así, cualquier convite a inspeccionar la prueba en sí o a reevaluarla es improcedente.

2. No se me escapa el esfuerzo argumentativo de los distinguidos colegas de la defensa para lograr una mejor posición en el pleito; es muy loable el ejercicio de su ministerio.

///

Pero tampoco resulta ajeno que la demanda recursiva se abastece con argumentos que se presentaron a la hora de la impugnación ordinaria, y que la cuestión jurídica que aquí se plantea se supedita, necesariamente, a una nueva fijación de los hechos basada en una también nueva interpretación de la prueba, impropia de la instancia.

3. Todo lo expuesto – y voy al grano- me llevan a desdeñar la censura prodigada a la sentencia en vilo.

4. Superada la etapa amplia de la revisión ordinaria, sólo es susceptible de análisis la corrección de los juicios de los Jueces de Cámara respecto del caso.

Como lo indiqué – y vale reiterarlo- la instancia exclusiva repulsa todo intento de analizar el valor de la prueba en sí y el precio que se le atribuyó para ratificar la sentencia de grado.

5. Libre de la tarifa – y de las tachas, propias del procedimiento inquisitivo abandonado hace ya tiempo- el trabajo de los que deciden está emancipado de toda traba en la consideración que ha merecido óbice intelectual.

Sólo la sana crítica racional es el método de trabajo al que los Jueces deben ajustarse,

///

cabiendo al que reclama la concreta denuncia del error en esa manera de razonar.

En el proceso de construcción de la sentencia los decisores pueden valerse de todo el material a su disposición legalmente incorporado y ventilado en el juicio, seleccionando aquello que consideran útil y desechando lo contrario, con la precaución de evitar arbitrariedad.

6. Los Jueces de la Cámara Penal- en primer término- consideraron los fundamentos de la impugnación que la Defensa sostuvo ante ellos y que se ha venido a insistir aquí.

Dejaron sentado claramente los porqués de la confirmación del fallo que se había censurado, que estableció la existencia de los hechos y, por añadidura, de los elementos que caracterizaron el tipo subjetivo de la figura penal seleccionada, sobre lo que tornaré.

Así, y escrutada en su legalidad, la sentencia de grado no pone de manifiesto una alteración palpable en lo que al razonamiento exigible concierne, según lo juzgo.

7. Se tuvo en consideración que en el curso del juicio se había acreditado adecuadamente la existencia de un contrato de provisión de bienes entre la E. **** y un

///

particular, M. T.; que esas compras se produjeron mientras V. G. R. fue Directora del establecimiento; que T. fue utilizado como "persona interpuesta" entre el Estado y el negocio "T. H.", y que este comercio era de M. L. M., madre de H. C., esposo de la Directora y suegra de la funcionaria, mediando un examen de la prueba serio y consistente.

8. Los sentenciadores arguyeron correctamente respecto de la activa participación del imputado en el manejo del negocio "T. H.", que pertenecía a su madre, y justificaron apropiadamente el predicado que validó la sentencia de grado en lo que atañe a la que llamaron "triangulación" por vía de "operaciones fictas".

Atendieron, como elemento indiciario relevante, el hecho que había sido el mismo H. C. quien, para la provisión de enseres vedada valiéndose de un tercer comercio, gestionó la inscripción ante la AFIP de M. T., analfabeto y propietario del negocio "E. O.", y que confeccionó facturas que el propio Torres negó haber rubricado, tópica sobre el que el discurso no mostró fisura que lo descalificase.

Otro tópico sobre el que trabajaron, y que se me ocurre apreciable, fue el análisis

///

crítico de la prueba consistente en la verificación sobre las facturas –vehículos de la maniobra- aceptando la fuerza que importó la circunstancia que las grafías correspondían a los imputados R. y C., como así también los endosos en los cheques y la aclaración de la firma de T., amén de la creación de los documentos en la misma imprenta.

No observo, en el camino de reflexión- persisto- ningún quiebre lógico u omisión significativa que desmerezca la labor al respeto.

9. El reparo del señor Defensor sobre los testigos no tiene sostén.

En el ejercicio de la evaluación y puesta en valor de esos elementos no hay en el discurso impugnativo ningún dato que sirva para confutar la placidez del pensamiento desarrollado.

Tanto y más, cuando el doctor Luchelli, autor del voto que lideró el Acuerdo, tomó nota que el propio C. sabía, efectivamente, que no podía contratar con la escuela donde su esposa trabajaba.

10. El examen de la capacidad de la imputada de negociar y las prohibiciones no fue ajeno a la decisión que se comenta, de modo que de ella puede decirse que es ajustada, otra vez,

///

en lo que a la cuestión atinente a la fijación de las conductas determinadas (juicio de materialidad y autoría en aquella clave).

b. La tópica atinente a la calificación legal.

1. El artículo 265 del Código Penal (Artículo sustituido por art. 35, Ley 25188, B.O. 01/11/1999.), sanciona al funcionario público que, "… directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo…"

El delito es doloso y, tal la opinión de Creus, su faz cognoscitiva "…exige en el agente el conocimiento de la intervención que le cabe en el contrato u operación como funcionario competente y la voluntad de tomar interés como parte privada en aquellos…" considerándose irrelevante el ánimo de lucro o de menoscabo a la administración…" (Ver el autor en su clásico "Delitos contra la Administración Pública" Astrea 1981, página 352 a 353).

En idéntico sentido puede leerse en el "Código Penal" cuyo análisis está dirigido por Raúl Zaffaroni- David Baigun.

///

Allí, Jorge Buompadre, en la labor de estudio concerniente a la norma bajo estudio, señala que para la construcción del tipo no se requiere ningún elemento especial.

Con cita a Donna se expone que el dolo ha de ser directo y "…comprende el conocimiento de que se está interviniendo en un contrato u operación como funcionario público y la voluntad de tomar intervención en ello de forma privada…" (ver la obra editada por Hammurabi, 2011, página 791).

2. Fuera de las opiniones dogmáticas sostengo que actúa con dolo quien sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción.

Y no me parece que ese ingrediente pueda sustraerse de la conducta de los empapelados, debidamente caracterizada por los señores Camaristas, aun cuando acudieran a otro concepto de dolo.

Si lo interior sólo puede ser captado por vía de exteriorizaciones, los elementos que se tomaron en consideración para homologar la condena son, para mí, suficientemente nutritivos para la configuración del tipo subjetivo.

Prohibición, conciencia de la prohibición, conducta y asunción de las consecuencias, son elementos que cuadran al aspecto subjetivo del

///

delito penal de la condena, y ello ha quedado perfectamente explicado en la sentencia que se recorre.

Pensar así, lo aclaro, es consecuencia de un devenir intelectual que no tocó- un ápice- la plana de hechos contenida en la sentencia, inviolable según lo visto.

d. El asunto atinente a la pena.

Con relación a la pena cuestionada, la mayoría convalidó la elegida, al no tratar el tema porque no había sido cuestionado por el entonces impugnante.

Sin perjuicio de ello, y al sólo efecto de realizar un test de arbitrariedad excepcional, diré que el análisis de la jueza de primera instancia al tema merece algún reparo.

En efecto, la Magistrado ponderó como agravante en la pena de R.: "… *su formación académica, su calidad de funcionaria pública con facultades y deberes inescindibles a su cargo de Directora de Escuela con Albergue y el aprovechamiento de una persona analfabeta para lograr sus fines…*"

Entiendo que tal expresión, poner mayor reprochabilidad en la condición funcional de la mujer, implica valorar un elemento que es

///

condicionante a la configuración del tipo objetivo.

Sin embargo, la alusión a la formación académica voluminosa de la causante fue estimada en el discurso para la agravación penal y ello sí está en el campo de lo permitido al Estado (Juez), y posee la aptitud dada en la sentencia.

Se trata de la mayor cuota de culpabilidad que le dio su ostensible ventaja en el plano cultural proyectada sobre T., instrumento de quien se valieron los esposos para perfeccionar sus propósitos.

De manera que es inocuo el error judicial en ese aspecto, pues no resulta a mi juicio relevante (error inocuo) a la solución tomada.

III. Epílogo

Por todo lo expuesto, postulo el rechazo de la impugnación y la confirmación de la sentencia en crisis, con costas.

Así me expido y voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Al componer este voto omitiré referirme en detalle a los antecedentes del caso y a los agravios esgrimidos por los recurrentes, merced a la sinopsis que realizó el ministro Pfleger.

II. Sucintamente referiré que los doctores E. A. M. y W. M. C., abogados particulares de V. G. R. y H. F. C., invocaron como causales de

///

impugnación extraordinaria la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, la incorrecta significación legal dada al suceso, la falta de consideración de prueba de descargo y la omisión de analizar las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, al tiempo de fijar la pena.

III. Siguiendo el temperamento de mi distinguido colega, diré que la impugnación extraordinaria deducida por aquellos defensores no habrá de prosperar desde que, por un lado los recurrentes invocan los mismos agravios esbozados en la impugnación interpuesta por ante la Cámara en lo Penal y, por el otro, su crítica versa sobre tópicos que escapan al control restrictivo de esta instancia, ya que pretenden que esta Sala se inmiscuya en cuestiones de hecho y prueba.

El examen integral de la condena y del cuerpo de prueba ya fue cumplido perfectamente por el tribunal a quo, que inspeccionó el pronunciamiento emitido por la jueza Pérez Bogado. Es decir, la doble impugnación a la respuesta dada por los tribunales se ha cumplido acabadamente –el doble tránsito por las instancias.

IV. Aun así, anotaré que los magistrados de la Cámara en lo Penal dieron adecuada respuesta a

///

los agravios vertidos por la defensa, valorando correctamente el material probatorio.

Los sentenciadores del tribunal a quo convalidaron las conclusiones de la jueza penal Pérez Bogado en punto a tener por acreditado que la imputada, en su condición de Directora de la E. N°***, con albergue N° 5001, con la colaboración de su esposo –H. F. C.- efectuó contratos de provisión de bienes con un particular, el señor M. T., quien fue utilizado como persona interpuesta entre el establecimiento educativo y el comercio "T. H.", cuya titular es su suegra, la señora M. L. M.

Los magistrados tuvieron en cuenta como elemento incriminador de la triangulación efectuada, la circunstancia de que C. gestionara ante la AFIP la inscripción como monotributista de T., propietario del comercio de ramos generales "E. O.", para que pudiera facturar y ser proveedor del Estado.

Los jueces ponderaron como indicios la declaración de T., quien negó tener facturas y, la pericia caligráfica, que determinó que las inscripciones en aquellas, los endosos en los cheques y las aclaraciones de la firma de T., pertenecían a las grafías de los imputados.

A más de ello, consideraron que C. trabajaba

///

activamente en el comercio familiar y evaluaron sus dichos en punto a reconocer que sabía que no podía contratar con la escuela donde laboraba su esposa.

De esta manera, observo un análisis de la totalidad de la prueba, en su conjunto.

V. Aprobaré la calificación jurídica del hecho y el grado de participación asignado a cada uno de los consortes.

Es que V. G. R., como directora de la escuela con albergue, propició que el comercio "L. T. H.", perteneciente a la familia de su esposo, se convirtiera en proveedor de la institución educativa, a través de un tercero, de quien se aprovechó por su condición de persona analfabeta.

A su turno, su cónyuge, H. F. C., colaboró activamente, al tramitar la inscripción de Torres ante el ente fiscal y ocuparse de la impresión de facturas.

VI. El monto de pena impuesto, si bien no fue cuestionado en la impugnación ordinaria, fue materia de agravio ante esta instancia.

Pese a la observación efectuada por el juez Pitcovsky de la Cámara en lo Penal, quien indicó una doble valoración en perjuicio de la imputada –que se extendía a su cónyuge-, considero que la medida de la pena aplicada debe convalidarse. Es

///

que si bien se ponderó como agravante de la pena la calidad de funcionaria pública de R. y su formación académica, entiendo que fue para significar que el matrimonio se aprovechó de T. -quien era analfabeto-, para perpetrar el ilícito.

VII. En mérito de lo dicho, rechazaré la impugnación interpuesta, con costas, y ratificaré el fallo traído a consideración.

Así voto.

El juez **Fernando S. L. Royer** dijo:

I) El ministro Pfleger, al componer el voto que da principio a esta sentencia, expuso con propiedad y precisión los antecedentes del caso. No los transcribiré para no fatigar al lector.

II) En cuanto a la solución del caso habré de coincidir con los colegas preopinantes.

III) La impugnación extraordinaria interpuesta se motiva en las siguientes causales: -inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva: errónea calificación legal; -inexistencia de las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P.P. e -inobservancia de la ley procesal.

De esta manera observo que la impugnación reitera varios de los puntos indicados en el recurso ordinario, los cuales han sido debidamente analizados por la Cámara en lo Penal.

Los defensores particulares insisten en la incorrecta valoración de la prueba realizada en

primera instancia, y aseguran que todo el fallo se sustentó en pruebas indiciarias.

Sin embargo no encontré en el escrito de apelación un argumento y/o agravio válido que autorice la habilitación de esta instancia extraordinaria.

La Cámara en lo Penal analizó las cuestiones relacionadas con la materialidad, autoría y culpabilidad de los imputados.

Contestó los agravios esgrimidos por la defensa respecto de la valoración de la prueba. Concluyó, en este sentido, que los argumentos para dictar la sentencia condenatoria eran sólidos, y que la prueba testimonial de M. T., M. P., J. F. y S. E. G., como así también la documental aportada y la pericia efectuada, habían concurrido a corroborar la hipótesis acusatoria.

También examinó la figura legal escogida por la magistrada de primera instancia. Así se demostró: la calidad de funcionaria pública de la imputada R., el interés en el contrato directo con el comercio "E. O.", lo cual le estaba vedado por la Ley de Etica Pública, el dolo requerido y la participación necesaria adjudicada al marido, H. C. –tercero beneficiado-

De esta manera, el tribunal revisor cumplió

///

con la tarea del doble conforme, reeditó el material utilizado en la primera instancia, y le brindó a los agravios de la defensa un adecuado tratamiento, que no merece objeción alguna de mi parte.

IV) En lo atinente a la pena, los jueces de cámara, que votaron en mayoría, no se expidieron sobre este punto por no ser motivo de agravio en el recurso.

Sin embargo, en la oportunidad de interponer la impugnación extraordinaria, la defensa denuncia arbitrariedad en la aplicación de las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del C.P.

Sin perjuicio de la inadmisibilidad del planteo, seguiré al doctor Pfleger en la excepción y examinaré el aspecto denunciado.

Una vez decida la calificación jurídica, que aplica una escala penal que va de uno a seis años de reclusión o prisión e inhabilitación especial perpetua, la doctora Pérez Bogado decidió imponer a los acusados la de 3 años de prisión en suspenso.

Para ello tuvo en cuenta, en relación a R., la formación académica, la calidad de funcionaria pública con facultades y deberes inescindibles a su cargo de Directora y el aprovechamiento de una

///

persona analfabeta para lograr sus fines.

Como atenuantes describió que es su primera condena, que carece de antecedentes, el buen concepto del que goza entre sus amigos y allegados, y que pidió disculpas.

En cuanto a C., dijo que está formalmente educado y el aprovechamiento de una persona analfabeta.

Utilizo las mismas pautas para atenuar la pena.

Esta síntesis tiene por finalidad demostrar que la magistrada ponderó, al menos mínimamente, las pautas mensurativas. Explicó porqué no aplicó el mínimo de la escala, como así tampoco la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal.

Como bien lo indican los colegas preopinantes, la calidad de funcionaria pública se valoró para describir la ventaja cultural respecto del tercero utilizado en la negociación.

De esta manera, habré de confirmar la sanción impuesta, ya que a mi juicio la ponderación efectuada por el Tribunal de Mérito es justa y adecuada a derecho.

V) Por lo expuesto, soy de la opinión que deberá rechazarse la impugnación extraordinaria deducida por la defensa, con costas.

Así voto.

///

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedente la impugnación interpuesta a fs. 137/45,con costas (C.P.P. -ley 3155, artículos 485, 486, 488 y concordantes).

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 7/2012, obrante a fs. 124/35.

3°)Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi-Fernando S.L.Royer. Ante mi: José A. Ferreyra Secretario.

///