Cámara Federal de Casación Penal

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Registro nro.: 2449/18
LEX nro.: FSA 71003761/2012/TO1/CFC001

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 27 días del mes de Diciembre de dos mil dieciocho, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Angela Ester Ledesma como Presidente y los doctores Alejandro W. Slokar y Guillermo J. Yacobucci como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Mariana Andrea Tellechea Suárez, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° FSA 71003761/2012/TO1/CFC1 caratulada "Liendro, Hugo Roberto y Otero, Sandra Natalia s/recurso de casación", con la intervención del Sr. Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Raúl Omar Pleé, y del Dr. Santiago Eduardo Pedroza por la asistencia técnica de Sandra Natalia Otero.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan sus votos, resultaron designados para hacerlo en primer término la juez doctora Angela E. Ledesma, y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Guillermo J. Yacobucci y Alejandro W. Slokar, respectivamente.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta resolvió, en lo que aquí interesa destacar, *"2°) **CONDENANDO** a **Sandra Natalia OTERO**...a la pena de dos años de prisión en suspenso (arts. 26 y 27 bis inciso ap. 1 del CP) más la inhabilitación absoluta perpetua, por resultar partícipe necesaria (art. 45 del CP) del delito de peculado previsto y reprimido por el art. 261 Código Penal Argentino. Con costas*

(art. 29 inciso 3 del CP y 531 del CPPN)." -fs. 1107/1107 vta. y 1112/1126-.

Contra dicha decisión, interpuso recurso de casación el aludido Dr. Pedroza (fs. 1215/1219), el que fue concedido a fs. 1221/1222 y mantenido a fs. 1239.

II

El impugnante, alegó que el temperamento adoptado en la sentencia en crisis es arbitrario, dado que *"mientras el delito de Peculado exige como sujeto a UN FUNCIONARIO PÚBLICO y como objeto UN BIEN DEL ESTADO, en el caso que nos atañe no existe ninguno de los elementos…que requiere la figura penal."*.

Agregó que, se trató de una simple guarda provisoria del vehículo en cuestión, que resulta llamativo que *"se haya condenado a un particular, y desvinculado a todos los funcionarios públicos involucrados en el proceso."*, y que en definitiva *"se ha intentado manipular la norma típica con una interpretación subjetiva en perjuicio de la Sra. Natalia Otero con el mero objeto de endilgarle un delito que no ha cometido."*.

III

a) En el término de oficina, el Dr. Pleé señaló que la figura legal contenida en el art. 261 del Código Penal, requiere la calidad de funcionario público *"cuando se trata del autor del delito, no teniendo esa exigencia para los partícipes del mismo, es decir que en el caso traído a estudio no entra en discusión si la imputada Otero es o no funcionario público, calidad que en autos se encuentra acreditada que la misma no tiene ese título especial."*, y que el tipo penal de referencia, tiene por objeto *"proteger el patrimonio del Estado y el interés administrativo en el cumplimiento regular y legal de la función pública."*.

Cámara Federal de Casación Penal
M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Añadió que en el supuesto que nos ocupa, quedó acreditado que nunca se podría haber configurado el delito sin la participación necesaria de la aludida Otero, quien con su conducta, prosiguió, *"puso en peligro el normal funcionamiento de la administración pública."*.

Solicitó que se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa (fs. 1244/1246).

b) Cumplida la etapa prevista en el art. 468 del código de forma, el día 31 de octubre de 2018 (fs. 1252), la causa queda en condiciones de ser resuelta.

IV

Adelanto que en mi opinión, el recurso de casación interpuesto por la asistencia técnica de la encartada Otero, debe tener favorable acogida, por los motivos que se detallan a continuación.

a) En primer lugar, y para una más clara comprensión del caso traído a estudio del Tribunal, compete recordar cuál fue el suceso que se tuvo por acreditado en la sentencia examinada.

En tal cometido, se destaca que allí se afirmó que ha quedado comprobado con el grado de certeza necesario que *"un automotor marca Peugeot 206 dominio CYZ-484 color celeste que se encontraba secuestrado por orden del Juzgado Federal nº 1 de Salta y a resguardo de la Brigada de Investigaciones de la policía de la provincia de Salta, División Sustracción Automotores, fue usado en provecho propio por parte de la imputada Sandra Natalia Otero durante el mes de enero del año 2005 con una chapa patente distinta (CWG-819), sin que haya mediado autorización judicial o de autoridad competente que habilitara el uso."* (ver fs. 1116).

b) En segundo lugar, y abierta como ha sido la jurisdicción de esta Cámara, compete marcar que la acción penal en el presente caso podría haberse extinguido por prescripción o, cuanto menos, se podría ver afectada la garantía del plazo razonable, ya que el suceso en cuestión data del año 2005.

Sin embargo, se advierte, tal como lo esgrime la defensa, que en el sub examine no se encuentran reunidos los elementos típicos de la figura penal acuñada en el artículo 261 del código sustantivo, y por ello la conducta atribuida a la nombrada Otero es atípica.

Cabe recordar aquí, que la absolución por atipicidad resulta ser más beneficiosa que la extinción de la acción por prescripción, pues si bien la acción penal podría encontrarse prescripta, resultan de aplicación las consideraciones que expuse al votar en las causas n° 12.315, caratulada *"Moguilner, Samuel s/recurso de casación"*, resuelta el 24 de agosto de 2010, registro 1234/10 de la Sala III, n° 10261, *"Fedele, Francisco Ángel y Schettino, Víctor Ángel s/ recurso de casación"*, de fecha 6 de junio de 2012, registro 20008 y nº 8220 "Florentín Yegros, Marta s/ recurso de casación", resuelta el 27 de agosto de 2012, registro 20.366, ambas de esta Sala.

Allí sostuve que, más allá del orden de prelación que establece el artículo 337 del CPPN, resulta más beneficioso para el imputado ser sobreseído por atipicidad que por prescripción, toda vez que los efectos de una u otra causal no son los mismos.

En el caso, los motivos que fundan el agravio del recurrente difieren -desde el punto de vista cualitativo- de un sobreseimiento dictado por el mero transcurso del tiempo, distinción que inclusive establece la propia ley procesal al excluir el sobreseimiento por prescripción del

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

último párrafo del artículo 336 del CPPN. Similar criterio que sostuve al votar en autos n° 6514, *"Rafaelli, José y otros s/ recurso de casación"*, resuelta el 2 de agosto de 2010, registro 1084/10 de la Sala III.

Ahora bien, mas allá de las disquisiciones que se podrían formular en torno a determinar si el tipo legal receptado en el art. 261 ibidem admite la subsunción del partícipe necesario que no reviste la calidad de funcionario público y si el vehículo en cuestión queda comprendido como objeto de tutela por la norma, lo cierto es que en el supuesto en trato, no se comprobó la existencia de un presupuesto previo, requerido por el precepto en trato; ello es, la acreditación de una maniobra de substracción de efectos por parte de un funcionario público, "cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.", tal como lo exige el dispositivo de referencia.

Compete recordar aquí con Buompadre, que los tipos penales legislados en los artículos que componen el Capítulo VII del Título XI del Código Penal, se *"bifurcan en una doble dimensión: por una parte, constituyen una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos, qué por razón de sus cargos les están confiados, y por otra, implican una lesión de los intereses patrimoniales del Estado…"* y, concretamente, la acción típica descripta en el art. 261, primer párrafo, consiste en *"sustraer caudales o efectos públicos cuya administración, percepción o custodia le ha sido confiada a un funcionario público por razón de su cargo."*.

Añade el autor, que *"La "sustracción", como acción típica definida en el art. 261, equivale a todo acto que importe separar, apartar, quitar los bienes de la esfera*

de actividad patrimonial de la administración pública…", que *"La dinámica impuesta por la acción típica exige que el bien sea separado de la esfera de custodia en la que se encontraba. No es suficiente el simple uso sin que, al mismo tiempo, implique su separación de dicha esfera…"*, que *"La custodia es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, a cualquier título, que signifique una efectiva tenencia sobre ellos."*, y que *"El delito sólo puede cometerse en la medida que la entrega en confianza de los bienes al funcionario público haya sido en razón de su cargo."*.

Asimismo, agrega el escritor que *"Sujeto activo sólo puede ser un funcionario público a quien se le ha confiado la administración, percepción o custodia de caudales o efectos públicos."*, y que *"Subjetivamente, el delito de peculado es doloso, abarcando el dolo el conocimiento del carácter público de los bienes y de la existencia de una relación funcional con ellos, y la voluntad de separarlos de la esfera de custodia en la que se encuentran."* (Jorge E. Buompadre, "Malversación de caudales públicos", publicado en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", tomo 10, Artículos 237/274. Parte Especial, dirección David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, coordinación Marco Antonio Terragni, Hammurabi, 1ª edición, Buenos Aires, 2010, págs. 645/656).

En similares términos, Donna destaca las características típicas de la norma en estudio, precisando que *"El tipo del artículo 261 del Código Penal reprime al funcionario administrador, perceptor o custodio que sustrae caudales o efectos que le han sido confiados en razón de su cargo. Para que se consume es necesario que el vínculo con el ámbito de custodia de la administración en algún momento haya sido quebrado."*, y que *"Se trata de un delito doloso que sólo requiere que el sujeto conozca el carácter del bien y realice*

MI. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

la acción típica." (Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal Parte Especial", Tomo III, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2012, págs. 323/326).

En esta línea, Aboso también marca que "*Sujeto activo sólo puede ser el funcionario que tiene la competencia asignada por la ley, por el reglamento o por una orden, en forma permanente o transitoria, de administrar percibir o custodiar los caudales o efectos públicos.*" (Gustavo Eduardo Aboso, "Código Penal de la República Argentina", Comentado, concordado con jurisprudencia, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2012, pág. 1259).

Pues entonces, ateniéndonos a los parámetros doctrinarios observados, llevados a las especiales circunstancias del caso que toca resolver, debemos decir, insisto, que previo a develar si el tipo en cuestión admite la posibilidad de responsabilizar al partícipe necesario, que no posee la cualidad de funcionario público, en la maniobra delictiva allí descripta y si el vehículo de referencia podría ser considerado objeto de protección de la norma, se debe esclarecer previa y necesariamente, porque así lo requiere la propia estructura del tipo penal legislado en el art. 261 ibidem, no sólo la identidad del funcionario público que ha llevado a cabo la acción descripta en el precepto y la determinación de su intencionalidad, sino también cuál fue el acto y en qué calidad se le otorgó la administración, percepción o custodia del objeto de tutela, que le haya sido confiada en razón de su cargo.

Todos estos aspectos que conforman la citada figura legal, no han sido satisfechos en la decisión examinada. Es que al disponerse la absolución, por imperio del principio in dubio pro reo, respecto del único funcionario

público que fuera elevado a juicio, se señaló, entre otras cosas que no amerita detallar, que no ha podido determinarse que *"Hugo Roberto Liendro…en su carácter de Jefe de Policía haya realizado o autorizado la entrega del vehículo Peugeot 206 color celeste a la imputada Otero, como tampoco que haya estado bajo la custodia directa de Liendro."*, que *"para achacarle participación en este hecho debió acreditarse que ese vehículo se encontraba en una especial relación funcional, es decir que ese bien le haya sido confiado en razón de su cargo para su guarda, extremo que no se pudo determinar…"*, y que, en definitiva, no quedó "demostrado que el rodado haya estado bajo la custodia de Liendro y que haya sido él quien entregó el vehículo a Otero…" (ver fs. 1119/1122).

En tales condiciones, al no quedar esclarecido quién era el funcionario público bajo cuya custodia se encontraba el vehículo en cuestión y su consecuente intencionalidad, ni en qué carácter estaba confiada su guarda, para de ahí en más, poder determinar si se constata la acción "sustraer" descripta en el verbo típico, menos aún podemos proyectar responsabilidad penal al tenedor transitorio del rodado, en calidad de partícipe necesario.

Si bien podríamos presuponer que se trata de una posesión irregular del automóvil por parte de la aludida Otero, lo cierto es que la acusación fiscal se circunscribió al delito de peculado, y a ello debemos ceñirnos, por imperio del principio acusatorio (art. 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP).

La propia construcción de la figura legal en examen, requiere como cuestión preliminar, para recién poder hablar del delito de peculado, la constatación de los extremos señalados; sin la verificación de tales tópicos, no resulta factible siquiera aseverar que el caso queda abarcado por el

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

tipo penal referenciado, por ausencia de los elementos típicos.

En otro pasaje del decisorio queda clara esta falencia a la que se viene haciendo referencia, en cuanto se afirma que *"no resulta necesario que el partícipe reúna los requisitos del autor -en el caso ser funcionario público que tenía a su cargo el bien sustraído-, ya que la conducta desplegada por aquél se hace extensiva al partícipe necesario al ser éste un eslabón necesario para la configuración del delito, en el caso el de peculado, toda vez que Otero aceptó recibir y usar en provecho propio ese bien cuando no correspondía."* (fs. 1124).

Se habla de un "funcionario público que tenía a su cargo el bien sustraído", pero no se conoce su identidad, en qué carácter estaba otorgada la supuesta custodia, y si efectivamente se trató de una sustracción, en los términos requeridos por el tipo penal; posteriormente, se alude a "la conducta desplegada por aquél", sin que se haya logrado revelar a lo largo del fallo, cuál habría sido la conducta dolosa en concreto, que habría desarrollado el ignoto funcionario público.

En síntesis, considero que en las particulares circunstancias verificadas en el caso, le asiste razón a la asistencia técnica de la encartada Sandra Natalia Otero, en cuanto afirma que no se encuentran reunidos los elementos típicos exigidos por la norma estudiada. Por ende, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas, casar la sentencia impugnada y absolver a la nombrada, en orden al suceso juzgado (arts. 123, 404 inc. 2º, 470, 471, 530 y cc del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez **doctor Guillermo J. Yacobucci** dijo:

Por coincidir en lo sustancial con los fundamentos expuestos en el voto de la colega que lidera el acuerdo, doctora Angela E. Ledesma, emito el mío en idéntico sentido.

Tal es mi voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que, sellada la suerte del recurso en trato, no se observa vicio de logicidad en la fundamentación de la sentencia. En efecto, el pronunciamiento cuestionado ha sido sustentado razonablemente y los agravios de la asistencia técnica sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (Fallos: 302:284; 304:415; entre otros).

La decisión cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchos otros).

Sobre el particular, interesa recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que la parte estime tales según su criterio divergente, sino que atiende sólo a supuestos en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos: 293:344, 274:462; 308:914; 313:62; 315:575), todo lo cual no se advierte en el caso.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso, con costas.

Así voto.

En virtud del resultado habido en el acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Sandra Natalia Otero, **SIN COSTAS**, **CASAR** la

sentencia impugnada y **ABSOLVER** a la nombrada, en orden al suceso juzgado (arts. 123, 404 inc. 2º, 470, 471, 530 y cc del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber, comuníquese, y remítanse las actuaciones el origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

ANGELA ESTER LEDESMA

ALEJANDRO W. SLOKAR

Ante mí:

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

GUILLERMO YACOBUCCI

NOTA: Para dejar constancia que _____ participó de la deliberación, votó y no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 399 *in fine* CPPN)

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA