

INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

EXCMO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS

SALA PRIMERA EN LO PENAL

Jorge Gamal Taleb, Fiscal Coordinador Interino de la jurisdicción Gualeguay de la Provincia de Entre Ríos, me presento ante V.E. en la causa caratulada "Erro, Luis Alberto – Dellagiustina, Alfredo Domingo – Peculado de servicios – s/ impugnación extraordinaria" (expediente n° 4769/2017) y respetuosamente digo:

I.- OBJETO.

Que en tiempo y forma, de acuerdo a lo preceptuado por los artículos 256 y 257 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, vengo a interponer recurso extraordinario federal, en los términos del artículo 14 de la ley 48, por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra la sentencia dictada por ese Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos el 23 de abril de 2018 en la causa de referencia, contando al efecto con la legitimación que me confiere el art. 207 de la Constitución de Entre Ríos y art. 19 inc. a) de la ley 10.407.-

II.- ADMISIBILIDAD.

Carácter definitivo de la sentencia.

La sentencia que impugno mediante el presente recurso extraordinario federal ha sido dictada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos como superior tribunal de la causa y, en la medida en que resolvió absolver de culpa y cargo a Luis Alberto Erro y a Alfredo Domingo Dellagiustina, pone fin a la acción pública y cierra el proceso de manera definitiva, conforme lo requiere el art. 14 de la ley 48.

Introducción de la cuestión federal.

Es un criterio aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Excma. CSJN que en supuestos de sentencias arbitrarias sorpresivas no es posible prever la configuración del caso federal por violación de garantías constitucionales tales como la defensa en juicio y el debido proceso, motivo por el cual, al originarse el mismo recién en el fallo que se impugna, no se requiere en estas constelaciones el planteo temprano de la cuestión federal, ya que no puede ser anticipada (Cfr. Augusto M. Morello; "El recurso extraordinario", 2ª ed., Librería Editorial Platense, p. 246- 247, con cita de Fallos, 255:76; 258:322; 265:30; 267:293; 308:568; 308:1699).

III.- ANTECEDENTES.

Antecedentes de relevancia inmediata para el presente recurso:

a) Luego de que los ciudadanos Gastón Alberto Justet y Marcelo Daniel Sánchez formularan denuncia contra Luis Alberto Erro y Alfredo Domingo Dellagiustina, el Juzgado de Instrucción de Gualeguay llevó adelante la investigación de los hechos y, tras distintas vicisitudes propias del proceso, dispuso la elevación a juicio de la causa, por los siguientes comportamientos que les fueran reprochados a los imputados (hoy absueltos) en la requisitoria fiscal de remisión:

"Al imputado Erro se le endilga que en su carácter de Presidente Municipal ha solicitado en fecha 17/04/2009 un servicio de energía eléctrica utilizando para la prestación del servicio la instalación de un medidor NIS 7324345 y distribuidor de energía eléctrica cuyo uso corresponde exclusivamente a la Municipalidad local y cuya administración ejerce conjuntamente con el incurso Dellagiustina, solicitando la instalación de dicho medidor en una dependencia municipal y posteriormente siendo instalado el mismo en un inmueble ubicado en calle Alem n° 7 de esta ciudad, inmueble éste donde a la postre terminó funcionando el local partidario del Frente para la Victoria, por lo que dicho medidor ha sido sustraído de la esfera de la administración pública y utilizado para fines privados, solicitando incluso que la instalación del medidor sea cobrada en la primera prestación del servicio a la Municipalidad de Gualeguay".

A su vez, "al incurso Dellagiustina se le endilga que, en su carácter de Secretario de Obras, Servicios Públicos y Planificación de la Municipalidad

de Gualeguay, en fecha 17/04/2009 ha solicitado un alta de servicio de energía eléctrica utilizando un medidor NIS 7324345 cuyo uso corresponde exclusivamente a la Municipalidad local y cuya administración ejerce juntamente con el Dr. Erro, solicitando el alta del servicio de energía eléctrica en calle Alem n° 7 de esta ciudad, apartando de esta manera de la esfera pública a dicho objeto, pues en el inmueble donde fue instalado el medidor terminó funcionando un local partidario del Frente para la Victoria, solicitando el encartado que la instalación del medidor sea cobrada en la primera prestación del servicio, el cual debía ser cobrado en la Municipalidad de Gualeguay".

b) El Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay, mediante sentencia dictada el 23 de mayo de 2016, con el voto coincidente de sus tres miembros, resolvió declarar a Luis Alberto Erro y a Alfredo Miguel Dellagiustina coautores materiales y penalmente responsables del delito de peculado de bienes (art. 261, primer párrafo del Código Penal argentino), y condenarlos, respectivamente, a la pena de dos años y tres meses de prisión y de dos años de prisión, en ambos casos de cumplimiento condicional, con más la sanción de inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos.

c) En fecha 22 de agosto de 2017, al tratar los recursos de casación deducidos por ambos imputados, la Sala I de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Entre Ríos, también de modo unánime, resolvió rechazar tales

remedios y en consecuencia confirmó la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay.

d) Finalmente, la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, el día 11 de marzo de 2019, resolvió hacer lugar a las impugnaciones extraordinarias interpuestas por ambas defensas, revocando integralmente las dos sentencias precedentes; en el numeral 2, dispuso "Absolver de culpa y cargo a Luis Alberto Erro y a Alfredo Miguel Dellagiustina... del delito de peculado (art. 261, primer párrafo del CP)". El voto de la mayoría fue suscripto por los vocales Dra. Claudia Mizawak y Dr. Daniel Carubia, mientras que el Dr. Miguel Giorgio votó en disidencia, propiciando en minoría confirmar las condenas.

Así, pues, el recurso extraordinario federal se dirige contra la sentencia del máximo Tribunal de Justicia Provincial de la causa, resolución absolutoria que fuera notificada personalmente a través de la lectura pública de la misma el día 9 de abril de 2019, por lo que el presente remedio se interpone dentro del plazo de 10 hábiles.

IV.- FUNDAMENTOS.

CUESTION FEDERAL COMPLEJA DIRECTA.

La sentencia absolutoria de la Sala Penal del Excmo. STJER que aquí se impugna no cumple con la exigencia constitucional de ser debidamente fundada, en tanto en cuanto no constituye una derivación razonada del

derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Se cuestiona, por lo tanto, el fallo mediante la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, de acuerdo con la creación pretoriana de la CSJN, cuando aludió a "los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundada tan sólo en la voluntad de los jueces" (CSJN, in re "Rey, Celestino M. versus Rocha, Alfredo y Eduardo", 2/12/1909, fallos 112:384), con la profundización posterior de la misma a través de su profusa labor jurisprudencial.

Según la tipología elaborada por Sagües (Néstor Pedro Sagües, "Recurso extraordinario", T. II, p. 612 y ss.), el cuestionamiento se sustenta en las causales de arbitrariedad fáctica y normativa. En el primer sentido, intentaremos demostrar que la valoración del material probatorio y cognoscitivo del fallo en crisis quebranta, de modo grave, las reglas de la sana crítica racional, conforme el desarrollo de la CSJN in re "Casal" (1); mientras que el momento jurídico de la crítica se dirigirá hacia la irrazonable comprensión del tipo penal de peculado (art. 261 del Código Penal) que deja traslucir la sentencia, interpretación inexacta que excede el ámbito de lo tolerable en relación con la hermenéutica propia del derecho común que les compete a los tribunales provinciales (2).

- Arbitrariedad fáctica y probatoria.
- Breves antecedentes relevantes para la comprensión del agravio (autosuficiencia del remedio).

La sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay tuvo por acreditado, con la certeza necesaria, un "suceso histórico unitario" (Cfr. Klaus Volk; "Curso Fundamental de derecho procesal penal"; 7ª ed., p. 198), consistente en la sustracción (en el sentido de apartar, extraer o quitar) de un medidor ambulante de la Municipalidad de Gualeguay, el cual fuera instalado en el inmueble del padre del ex Intendente Luis Erro (sito en Alem 7 de dicha ciudad), con la finalidad de que provea de energía eléctrica al lugar donde funcionó un local de la agrupación política conducida por él (y no una dependencia estatal vinculada a un inexistente "Consejo de la Mujer", como pretendió la defensa). El medidor ambulante fue colocado en la vivienda de Saturnino Erro el día 17 de abril de 2009 y retirado de allí el 22 de mayo de 2009. El consumo de energía fue abonado por el Municipio, mediante compensación de acreencias recíprocas con la empresa provincial ENERSA.

Este global y único acontecimiento histórico estuvo conformado por el suministro de energía eléctrica durante más de un mes a una facción política, portadora de un fin particular que nunca pudo elevarse a la categoría de interés público que justifique que el conjunto de los ciudadanos solvente la actividad de algunos. Dentro del local partidario, sostuvo la sentencia condenatoria, se llevaron a cabo dos tipos de actividades: por un lado, reuniones partidarias de mujeres con una finalidad proselitista, no gubernamental ni estatal; por el otro, como hito (en el sentido de hecho

clave) fundamental desde el punto de vista de la confusión patrimonialista (en el sentido weberiano) de lo público y lo privado, la resolución del Tribunal tuvo como hecho fijado que el día 18 de mayo de 2009 se realizó en la vía pública del inmueble de calle Alem 7 un acto partidario, proveyéndose la energía eléctrica necesaria desde el medidor municipal ambulante instalado en el inmueble. A su vez, merced a un cálculo matemático apegado a las reglas de la lógica y de la experiencia, el juzgador demostró que la mayor cantidad de consumo provino de este acto, porque las reuniones de mujeres fueron muy pocas, sin el uso de artefactos eléctricos porque se organizaban a la siesta. Subsumió esta conducta, con razón, en el tipo penal de peculado de bienes (primer párrafo del artículo 261 del CP).

La Cámara de Casación confirmó esta visión del hecho y de los elementos probatorios que lo acreditaron; coincidió también en el juicio positivo de injusto.

Sin embargo, la Sala Penal del Excmo. STJER, por mayoría, revocó la sentencia porque meritó que el análisis de la prueba, en su criterio, "deja subsistentes las incógnitas" acerca de la existencia de certeza sobre la materialidad del delito. La situación de dudas se extiende, según el voto mayoritario, al factum imputado, toda vez que no se sabe, afirma, "si se imputa la utilización del medidor durante algunos días (desde el 17 de abril hasta el 20 de mayo de 2009) o si se circunscribe a la realización del acto político del 18 de mayo de 2009". Asimismo, aduce, "Tampoco se justifica

suficientemente un aspecto esencial de la imputación: si en ese inmueble de calle Alem n° 7 efectivamente funcionaba un local político partidario de la línea interna del partido justicialista conducida por Luis Erro, durante el lapso en el cual el medidor ambulante estuvo allí colocado".

En lo esencial, el fallo se sustenta en esta aseveración, esto es, la imposibilidad de afirmar un conocimiento certero, indubitable, sobre dichas cuestiones centrales; el resto de la resolución discurre por el despliegue de tal argumentación, que intenta, sin buenas razones, fundar.

En efecto, descarta el alcance probatorio asignado por el Tribunal de Juicio al informe y declaración de Juan Pedro Davico, porque su informe como personal del EPRE es posterior a la solicitud de desconexión del medidor, a la vez que tilda su relato en juicio de inconsistente. En este punto la valoración de la deposición es sesgada y antojadiza, como lo veremos infra.

Considera a continuación que "todas las evidencias ponderadas al efecto se efectivizaron luego de la desconexión del medidor, solicitada el 20 de mayo de 2009". Aquí el Tribunal soslaya la ponderación de relevantes elementos que demuestran, más allá de toda duda, que antes del 22 de mayo (cuando se desconectó el medidor) funcionó el local partidario en Alem n° 7, entre otros, la narración de un testigo propuesta por la defensa. Cuando desarrolle – más abajo- el agravio daré razones de esta crítica, que queda ya esbozada.

Después desliza un reproche a la magistrada del primer voto, siempre en el contexto de una presunta arbitrariedad fáctica, por un incurrir en una "parcialización de la prueba, estableciéndose diferentes categorías de testigos, dando un valor probatorio preponderante a los que confirman la hipótesis acusatoria -Davicco, Justet y Jodor- y desechando sin explicación lógica alguna los que favorecen a los encartados en su situación procesal". Esto no es así, toda vez que la sentenciante justificó por mor de un razonamiento reconocible y lógico el modo en que valoraba cada testigo, sopesándolo con el resto del material probatorio.

Postula la resolución en crisis que hay evidencia que respalda la versión exculpatoria brindada por los imputados al ejercer sus defensas materiales. En tal sentido, le adjudica un valor dirimente a los dichos de la diputada Tassistro, en cuanto expresó que el inmueble era ocupado por un grupo de mujeres que trabajaban para sensibilizar y capacitar sobre violencia de género; sostiene además que el proyecto de ordenanza referente a la instauración del Consejo de la Mujer, el que en verdad fuera rechazado por el H. Concejo Deliberante en el mes de mayo de 2009, y que, por ende, no fue creado, es un elemento objetivo desincriminador. Todo lo contrario: como lo desarrollaremos en el segundo agravio, en el mundo normativo de la gestión de asuntos públicos, disponer gastos sin cobertura legal es un ilícito penal. Similar crítica cabe hacerle al mérito de los testimonios de Gimena Arribillaga y Mónica Cabrera.

Sobre la base de tales afirmaciones, principalmente los apuntados "defectos en la valoración de la prueba", el STJER concluye que las sentencias condenatorias son el resultado de "elucubraciones sustentadas sólo en su íntima convicción". Insiste en la falta de certeza sobre los extremos fácticos de la imputación.

- El agravio concreto: el grave quebrantamiento de las reglas de la sana crítica racional, por valorar en forma arbitraria la prueba y omitir la ponderación de evidencia decisiva. El silencio sobre un hecho crucial fijado.

La afirmación de que el reexamen de las cuestiones fácticas y probatorias (que hace el STJER) "deja subsistentes las incógnitas" acerca de los extremos relevantes de la acusación, es una *aserción controlable*, a la luz de las reglas de la sana crítica racional; en efecto, es posible descalificar como acto jurisdiccional válido el enunciado sobre la existencia de dudas que impiden una condena, cuando la fundamentación que lo sostiene es aparente, máxime si – en cambio- la valoración racional de los elementos de prueba no lleva sino a la certeza respecto de la materialidad del hecho y de la autoría responsable.

El análisis de la jurisprudencia de la CSJN en torno a la noción de "verdad material y objetiva" (a modo de ejemplo, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años", del 11 de agosto de 2009) permite vislumbrar la preferencia por un entendimiento de

la verdad como correspondencia, i.e., una teoría de la adecuación entre el objeto y el sujeto que conoce (Cfr. Aristóteles; "Metafísica"; Libro Cuarto, VII; Kant, Immanuel; "*Crítica de la razón pura*", 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2008, p. 76). Sobre tal concepto de verdad, y vinculándolo no ya con la epistemología sino con las investigaciones de un proceso penal, la doctrina ha dicho que "Se habla de certeza subjetiva cuando no existen dudas de que el enunciado es verdadero, o, lo que es lo mismo, que el hecho referido por ese enunciado existió tal como se encuentra afirmado" (Nicolás Guzman; "La verdad en el proceso penal", Ed. Didot, p. 50). Sólo se puede arribar a la certeza cuando se constaten tanto "la existencia de una pluralidad de indicios a favor de la tesis acusatoria" (Ibidem, p. 50) como la "inexistencia de elementos probatorios que la desmientan" (Ibidem, p. 50).

Sentado lo anterior, no como mera digresión teórica, sino como herramientas conceptuales necesarias que justifican la crítica, ingresaremos en el desarrollo de los agravios. Así, el fallo del STJER afirma el estado de dudas sobre tres aspectos: la materialidad del delito (1); el hecho mismo de la acusación (se critica que no se sabe si se reprocha el uso del medidor desde el 17/04/2009 hasta el 22 de mayo de 2009 o si, por el contrario, el factum imputado es la provisión de energía del medidor durante el acto partidario del día 18 de mayo de 2009) (2); y que no se determinó en forma fehaciente si en Alem n° 7, mientras estuvo instalado el medidor funcionó un

local partidario (3).

En lo que sigue, especificaremos nuestra crítica a estos enunciados, reconducibles todos ellos a la falta de certeza sobre tales aspectos centrales. El denominador común de los agravios es la no aplicación de las reglas de la sana crítica, apartamiento del cual resulta "una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno" (CSJN; "Casal", 20 de septiembre de 2005, considerando 28). En el tratamiento de cada reflexión crítica concreta precisaremos a su vez, dentro de la tipología de arbitrariedad fáctica, los distintos supuestos que la conforman y que están presentes en el sub examine. Por estar estrechamente vinculados, se agruparán los enunciados 1 y 3 bajo la misma crítica.

1 y 3) Las aseveraciones de que subsisten incógnitas "respecto a la materialidad del delito imputado" y que no se esclareció si el local partidario de Erro funcionó mientras el medidor ambulante del Municipio ya estaba instalado en el inmueble, resultan arbitrarias en cuanto omiten ponderar prueba conducente y decisiva para arribar a la conclusión contraria, esto es, la certeza sobre la comisión del injusto penal; asimismo, es una sentencia que valora de modo irrazonable evidencias a las que les asigna sin justificación el carácter de desincriminadora; además la resolución atacada prescinde de hechos notorios, fijados como sucesos cuyo acaecimiento resulta indiscutible.

La sentencia en crisis no desarrolla una motivación y fundamentación

adecuadas sobre tales puntos, que justifiquen la validez de sus conclusiones. Es, incluso, metodológicamente incorrecta, dado que lo que hubiese correspondido, y no se hizo, es señalar los elementos de descargo que refuten la prueba incriminadora, cotejarlos y analizarlos globalmente, para luego indicar en qué medida desmerecen su fuerza de convicción. Veamos en detalle concretamente la crítica.

Tanto el Tribunal de Juicio como la Cámara de Casación efectuaron una reconstrucción integral del suceso histórico, a la luz de la prueba practicada, que fue meritada de modo integral y racional. Por su parte, el Excmo. STJER omitió ponderar los elementos decisivos que acreditan la materialidad del ilícito penal del peculado, vale decir, la separación del medidor ambulante de la esfera de custodia del Municipio y su colocación en una vivienda particular (lo que es aún más grave, perteneciente al padre del Intendente), donde funcionó un local partidario, siendo abonado el consumo de energía por la Municipalidad.

Cada uno de estos extremos fácticos que conforman la hipótesis acusatoria fue confirmado por la evidencia más idónea a los fines de la actividad de corroboración. La crítica a la falta de ponderación del espectro probatorio cargoso se sustenta en que el A quo nada dice sobre la demostración de que efectivamente el medidor ambulante se instaló en el inmueble de Alem n° 7 *sin norma legal ni acto administrativo que lo autorice* (sobre esto ahondaremos en el segundo agravio). La colocación del medidor

ambulante trifásico en la vivienda del padre del Intendente fue demostrada con las notas de pedidos de alta suscriptas por los acusados; con el informe de ENERSA y del ENRE; con los testimonios de Lisandro Andrés Gómez y Víctor Orlando González; así como con las propias declaraciones de los imputados. Este es un hecho cierto, determinado. El STJER descarta la entidad delictiva del comportamiento reprochado puesto que considera que no se habrían esclarecido las dudas acerca de la alegación de Erro y Dellagiustina respecto de que el medidor fue instalado en Alem 7 debido a que un grupo de mujeres se iban a reunir con motivo de la conformación del Consejo de la Mujer. En este punto, *la valoración del testimonio de Tassistro es irrazonable y exorbitante*, dado que nunca podría probar nada vinculado a la existencia de un interés público (ya ni siquiera estatal) que justificara el uso del medidor en el inmueble del padre del Intendente.

La misma calificación merece la pretensión de ver un elemento objetivo de descargo en un mero proyecto de ordenanza, desechado por el HCD local en el mismo mes de mayo. Por el contrario, en un sistema democrático organizado de acuerdo con el principio de división de poderes, la sola presentación de un proyecto normativo nunca puede autorizar o dar cobertura legal a la realización de gastos para una estructura estatal que no fue creada y que en verdad nunca existió o funcionó como tal.

Más allá de que la mencione como una testigo de descargo, el fallo impugnado prescinde de valorar al contenido genuinamente incriminador de

los dichos de Mónica Graciela Cabrera. Es cierto que ella refirió que en Alem 7 se reunían un grupo de mujeres (ya veremos por qué le asiste razón a la sentencia condenatoria cuando califica a dichos encuentros como proselitistas); pero lo realmente trascendente de su declaración, y sobre lo cual nada se dice, son dos aspectos: primero, que confirmó que el proyecto de ordenanza que pretendía crear el Consejo de la Mujer no fue aprobado y perdió estado parlamentario; y segundo, y esto es clave, que las reuniones de mujeres se llevaron a cabo en Alem 7 *hasta mediados de mayo* cuando comenzó a funcionar allí el local partidario "Entre Todos por la Victoria", agrupación del Intendente Luis Erro. Esta circunstancia temporal (mediados significa mitad, es decir, 15 de mayo), detallada por una *testigo de la defensa*, tira abajo la aserción del voto de la Dra. Mizawak de que "subsisten las incógnitas" en torno a si cuando estaba instalado el medidor había o no en el lugar un local partidario (cabe hacer notar que el medidor se retiró el 22 de mayo). Se omite analizar aquí el contundente valor probatorio de convicción de las expresiones de Mónica Graciela Cabrera.

Del mismo modo, la aseveración de que "no existe ningún indicio ni prueba concreta que permita arribar razonablemente a la conclusión de los sentenciantes – confirmada por la casación- que el medidor ambulante se colocó en un inmueble destinado a la promoción política de la línea interna del Partido Justicialista que era conducida por el Intendente Erro", es puramente dogmática, voluntarista y omite ponderar una "multiplicidad de

datos probatorios" (Ferrajoli) que cimentaron, con buenos motivos, la conclusión contraria en la condena.

En esta línea de ideas, el Tribunal A quo incurre en un *recorte antojadizo del testimonio de Juan Pedro Davico*, toda vez que en el debate sostuvo de modo inequívoco que "le resultó llamativo que hubiera un medidor municipal porque era una unidad básica, era un lugar partidario", lo cual demuestra – más allá de cualquier duda lógica sobre las fechas exactas- que él *vio* que el medidor estaba instalado en un local político y esto, desde las creencias del "mundo de la vida" (pero por ello mismo válidas ya que expresan un punto de vista ciudadano), llamó su atención, porque indudablemente lo valoró como un hecho reprochable.

Gastón Justet, concejal del Partido Justicialista, manifestó en el debate que en Alem 7 había cartelera política y que allí se practica la actividad política. Además, aporta como dato de importancia, él era concejal en el período 2007- 2011 y sabe por eso que el proyecto de Ordenanza de creación del Consejo de la Mujer no fue tratado en dicho lapso.

Marcelo Sánchez, denunciante, sostuvo que le consta que en Alem 7 existía un local partidario.

José Salim Jodor contó que en Alem 7 había un local partidario, con carteles políticos, el cual ya estaba abierto cuando se hizo el acto (en fecha 18 de mayo de 2009).

Una de las informaciones de relevancia para decidir el caso bajo

examen es la aportada por quien se considera un testigo de descargo: la diputada, entonces concejal, María Elena Tassistro, quien refirió que efectivamente en abril de 2009 el Consejo de la Mujer no estaba creado porque su proyecto no había sido tratado, aun cuando explicase que trabajaban en la capacitación de mujeres, dentro del inmueble. También es fundamental cuando reconoce que ni la ley 3001 de Municipios ni su sucesora 10027 contemplan el suministro y pago de energía por parte de los Municipios a entes estatales o públicos no creados.

Vemos así que tanto para el Ente Regulador Provincial de la Energía (EPRE) – los funcionarios pertenecían incluso al mismo partido que Erro-, como para el semanario "El Día" (nota periodística agregada, declaración de Jorge Ricardo Borraeteveña), como para el Diputado y ex Intendente José Salim Jodor (también del mismo partido que Erro), como para los denunciados (uno abogado), resulta ilegal y delictivo el uso del medidor para fines partidarios, circunstancia que, además, les constaba.

Nada de ello fue analizado y valorado por el STJER, siquiera para hacer una reflexión crítica. Por el contrario, en la sentencia recurrida sólo se observa el exclusivo argumento de que el Tribunal de Juicio estableció "diferentes categorías de testigos, dando un valor probatorio preponderante a los que confirman la hipótesis acusatoria -Davicco, Justet y Jodor- y desechando sin explicación lógica alguna los que favorecen a los encartados en su situación procesal". Esta es una crítica del A quo nada certera y dogmática, en tanto pasa por alto las razones precisas y el exhaustivo método analítico de la sentencia condenatoria, que sí se adentró en la

consideración de cada evidencia, y brindó una explicación lógica de lo que cada una de ellas acreditaba, en el contexto de una ponderación global y adunada al resto del material fáctico y probatorio.

Llegamos ahora a una crítica central de la sentencia del STJER: *omite tratar una cuestión fáctica esencial, que resultó un hito o hecho clave de la imputación delictiva*, y que es un suceso fijado indiscutible. Me refiero a la circunstancia comprobada de la causa de que el día 18 de mayo de 2009 el medidor ambulante del Municipio se utilizó para proveer de energía eléctrica a los artefactos usados en el acto político que se llevó a cabo en el inmueble de Alem N° 7.

En esta línea de ideas, el Tribunal de Juicio y de Apelaciones tuvo por cierto que el medidor municipal se usó en el acto, aspecto que no fue cuestionado por ninguna de las partes. Las alegaciones defensivas más bien apuntaron sobre este particular al principio de insignificancia, con sustento en que el consumo y el gasto no fueron de importancia. También adujeron la lógica del *tu quoque*: otros también lo hicieron. La respuesta del MPF fue, dicho de modo sintético, que no existía *nimiedad* en el delito de peculado y que la legalidad supranacional no construía las figuras de corrupción sobre la idea de lesión o daño patrimonial (que lo hubo). El Tribunal de Juicio y Apelaciones y la Cámara de Casación negaron con énfasis la posibilidad de descartar la tipicidad de una conducta contraria a los deberes institucionales de transparencia y de imperio de la ley en el ámbito de los delitos contra la administración pública, mediante la invocación de una afectación insignificante del patrimonio público; por otra parte, cabe recordar, este no es el bien jurídico protegido por la norma, sino la seguridad de la afectación de los bienes a los fines para los cuales se los ha reunido (Carlos Creus; "Derecho Penal. Parte Especial", T. II, 6ª ed., p. 282- 283).

Ahora bien, el STJER nada dice sobre este hecho central. No hay

una sola palabra o razonamiento reconocible sobre el uso del medidor en el acto del día 18 de mayo, que constituye – per se-, sostenemos, el delito de peculado. Bien es cierto que podría haberse planteado la tesis de que es posible cuantificar el daño, y que los supuestos de escasa significación no quebrantan el tipo penal. Lógicamente, siguiendo los trabajos de Amelung (Knut Amelung; "Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación político criminal de Roxin", publicado en la obra "El sistema moderno del derecho penal", dirigido por Bernd Schünemann, p. 106), y, en España, de María del Carmen Gómez Rivero ("Derecho Penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido", art. publicado en la Revista de Estudios Penales y Criminológicos, p. 270 y ss), así como los ejemplos proporcionados por el propio Roxin (Claus Roxin; "Derecho Penal. Parte General", T. I, p. 293 y ss), sostuvimos que en el ámbito de la corrupción el principio de insignificancia está "llamado a ser prácticamente inexistente" (María del Carmen Gómez Rivero, op. cit., p. 270). Nada argumentó el STJER en tal sentido.

O bien el STJER podría haber afirmado, ciertamente no imaginamos cómo de modo plausible, que no está probado que el medidor fuera utilizado en el acto de campaña del 18/05/2009. Pero también guardó silencio sobre un motivo semejante.

Por consiguiente, es *arbitraria la sentencia en este punto porque omitió tratar la cuestión fáctica esencial*, la que – para decirlo con Gössel- es un *hecho cierto fijado*, constitutivo por sí mismo, vale decir, independientemente de si las actividades previas de las mujeres fueran proselitistas o estuviesen (no lo están) justificadas por un interés público. No sabemos si al STJER este acontecimiento le pareció atípico o no corroborado y este es un grave defecto de fundamentación de la sentencia.

2) El segundo enunciado, o sea, que no se determinó temporalmente el

suceso endilgado "ya que no se ha logrado aún discernir si se imputa la utilización del medidor durante algunos días (desde el 17 de abril hasta el 20 de mayo de 2009) o si se circunscribe a la realización del acto político del 18 de mayo de 2009", es una aserción falsa y apoyada en la sola voluntad del juzgador.

Ello es así toda vez que tanto en la requisitoria fiscal de elevación a juicio, como en la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio de Gualeguay y en la confirmación por la Cámara de Casación de Paraná, queda claro que se le imputó a Erro y Dellagiustina la sustracción del medidor ambulante del Municipio desde el 17 de abril de 2009 hasta el 22 de mayo del mismo año, y su instalación en una vivienda particular, donde funcionó un local partidario de Luis Erro, abonándose el consumo de la energía con fondos municipales; retomando la cita inicial de Volk, se reprochó este hecho a los encartados como un "suceso histórico unitario"; por este motivo, no se estableció, por ejemplo, un concurso real entre el consumo propio de las reuniones de mujeres y el uso el día del acto partidario.

La sentencia del Tribunal de Juicio, por medio de un razonamiento exhaustivo y agudo, infirió que las mentadas reuniones de mujeres fueron pocas y que la misma no respondieron a la actividad propia de un órgano estatal o público, ya que el mismo no estaba creado, sino que formaron parte de la campaña política; sobre la base del contenido de las declaraciones de los testigos de la defensa (Arribillaga, Córdoba y Cabrera) determinó también

que tales encuentros se hacían los días sábados, en horas de la siesta, con un uso mínimo de artefactos eléctricos; por ello, concluyó, con apego a reglas de la lógica y mediante una operación matemática inobjetable, que el grueso de la energía eléctrica fue consumida en el acto de campaña del 18 de mayo de 2009. En razón de lo expuesto, carece de sustento objetivo y es producto de una mera creencia subjetiva, aquella aserción del A quo de que subsistían incógnitas sobre cuál es el factum reprochado. Se recriminó y valoró como delictivo todo el acontecimiento histórico global, integrado por distintas actividades particulares y partidarias, como lo vimos.

Sintetizamos entonces este primer agravio, de modo específico, habiéndose llenado de contenido concreto las categorías de la doctrina de arbitrariedad de sentencia: no nos hallamos sólo ante una resolución judicial opinable acerca de la corrección de las reglas de la sana crítica, sino que, como lo dice la CSJN en el considerando 28 de "Casal", directamente no se aplicó la sana crítica racional en la reconstrucción del hecho pasado.

Esta afirmación de mi parte es fácilmente constatable si advertimos que no se efectuó una crítica interna y externa de la totalidad de los elementos de prueba (en virtud de la señalada omisión de ponderar evidencia decisiva), para luego, tras una valoración global de los mismos, realizar una síntesis que los integre y permita reconstruir el acontecimiento tal como éste ocurrió (considerandos 30 y 31 de "Casal"). Así, en primer lugar, la sentencia impugnada se detiene en forma aislada en el mérito de un

testimonio (el de Davico), con el error adicional de no examinarlo correctamente; asimismo, la resolución atacada se limita, en varios de sus tramos, a enunciar las declaraciones indagatorias y señalar alguna evidencia que la respaldaría (salto lógico que, en verdad, no se sustenta en las constancias de la causa). Pero el apartamiento más notable de las reglas de la sana crítica se produjo al no contener el voto de la mayoría una confrontación reflexiva y crítica de los elementos de cargo y de descargo, y la consiguiente argumentación que explique de qué modo la evidencia desincriminadora impide arribar a un estado de certeza y funda la persistencia de una duda razonable. Finalmente, es inexplicable la escisión fáctica que hace el fallo entre las reuniones de mujeres y el acto político partidario, sobre el cual nada aduce. Una valoración así de la prueba y de los hechos no puede ser sino calificada como violación de las reglas de la sana crítica racional, y ello torna arbitraria la sentencia (considerando 31 de "Casal").

- Arbitrariedad normativa. La sentencia no es una derivación razonada del derecho vigente aplicable a la causa.

El fallo de la Sala Penal del STJER denota una comprensión equivocada e irrazonable del tipo penal de peculado de bienes (art. 261, primer párrafo). Esta figura delictiva se asienta sobre dos pilares: por un lado, se trata de un delito de infracción de deber; por otra parte, el sujeto activo detenta una

posición de garante respecto de los bienes que administra (seguimos aquí, porque lo consideramos válido mutatis mutandi, al análisis que hace Bernd Schünemann sobre el delito de administración desleal de presupuestos por parte de funcionarios públicos, similar a las figuras delictivas comprendidas en el capítulo 7 del Código Penal argentino, titulado "malversación de caudales públicos" – Cfr. Bernd Schünemann; "Administración desleal de presupuestos como problema dogmático"; art. publicado en "Obras", Rubinzal- Culzoni; T. II, p. 381).

- Los delitos de infracción de deber, tal como fueran concebidos por Roxin en su trabajo de habilitación, consisten en el quebrantamiento de un deber específico extrapenal, proveniente de otras ramas del ordenamiento normativo; la obligación de comportarse de modo adecuado le compete al intraneus, que tiene encomendada la gestión de una concreta materia jurídica (Claus Roxin; "Autoría y dominio del hecho", 7a ed., p. 386- 387). El caso de los funcionarios públicos es, precisamente, paradigmático en esta categoría (Ibidem, p. 419).

En el caso concreto, el deber funcional del Intendente y del Secretario de Obras Públicas, previo o antepuesto a la norma penal, es el de administrar los fondos públicos con arreglo al principio de legalidad administrativo y de interdicción de la arbitrariedad (art. 65 de la Constitución Provincial), los cuales, por otra parte, son una determinación del Estado de Derecho; asimismo, la obligación constitucional de "gobernar y administrar

los intereses locales orientados al bien común" (art. 240, inciso 1).

- Las responsabilidad institucional que fundamenta una posición de garante es indiscutible en los llamados "deberes genuinamente estatales", entre los cuales se enuncia, por su carácter fundante respecto del cual no hay alternativa democrática de organización, a la obligación "de velar por la sujeción a la ley de la administración... como principio básico del Estado de Derecho" (Günther Jakobs; "Derecho Penal. Parte General", 2a ed., p. 994). Va de suyo que la afirmación de una posición de garante tiene importantísimas consecuencias dogmáticas, inter alia, en materia de comisión por omisión.

Desde esta óptica, lo relevante para el sub case es que Erro y Dellagiustina tenía el deber de velar por que sus actos de gobierno respeten el ordenamiento jurídico y, en particular, tomar decisiones fundadas en actos administrativos motivados; desde su rol de administradores del medidor ambulante, debían destinarlo a fines de interés público; nada importa, en cambio, si la perilla de la luz de las reuniones de mujeres la encendía una tercera persona, que reviste el carácter de extraneus; otro tanto vale para quienes hablaron en el acto partidario o colocaron los amplificadores. Lo crucial es la separación previa del medidor del ámbito de custodia de su titular, sin razones valederas (sobre la irrelevancia de cómo se produce la lesión del bien jurídico cuya protección se debe fomentar, Javier Sánchez Vera, "Delitos de infracción de deber", art. publ. en la obra "La

responsabilidad en los delitos especiales", B de F, p. 304).

Esta comprensión del ilícito penal de peculado resalta su esencia como conducta u omisión contraria al mundo normativo; esto es, quien administra fondos públicos asume un compromiso positivo de hacerlo de conformidad con el interés público y con el principio de legalidad administrativa o de imperio de la ley. No se pueden manejar fondos públicos como si fueran de uno y actuar la propia voluntad al margen de un sistema de toma de decisiones sustentado en la formalidad y en la intervención de los órganos de control.

La resolución atacada se asienta en la creencia, totalmente errónea, de que es posible emplear recursos materiales del Municipio a los fines de solventar actividades que no sólo no son estatales ni gubernamentales, sino que, además, perteneciendo a la esfera de la política (variante: al ámbito de la sociedad civil, si se estima - como el fallo- acreditado que eran reuniones de mujeres no partidarias), ninguna norma jurídica, ni de carácter legislativo (ordenanza) o administrativo (decreto, resolución, acto administrativo), autorizan a realizar el gasto que demanden las mismas, elevando de modo fundado - mediante el medio que representa el derecho - el fin particular a la categoría de interés público.

La sentencia yerra al no pasar por el tamiz del sistema normativo las siguientes circunstancias fácticas: el proyecto de ordenanza que instauraba el Consejo de la Mujer no fue aprobado y perdió estado parlamentario ya en el

mes de mayo de 2009; la ordenanza de presupuesto no habilitaba dicha erogaciones; no hubo un acto administrativo formal (decreto, resolución) que creara dicho organismo, *o bien que autorizara el uso del medidor en una vivienda particular y el pago de la energía por parte del Municipio*; el inmueble le pertenecía al padre del Intendente; nunca se suscribió un contrato de locación del inmueble de Alem 7 entre la Municipalidad de Gualeguay y su propietario.

Dicho de modo principialista: no se cumplió con el principio de legalidad administrativo, que solo autoriza a realizar gastos que tengan cobertura normativa (Cfr. Villar Palasí/Villar Ezcurra; "...", p. ...), el cual tiene recepción jurídica en la legalidad internacional en la Convención de la ONU contra la corrupción, en cuanto su art. ... consagra el principio del imperio de la ley; no se administraron los bienes municipales de acuerdo con el interés público, sino que la guía del obrar fue un interés político o, en el mejor de los casos, particular, propio de la sociedad civil.

Insistimos con esta idea básica: un Municipio puede asumir una erogación cuando considere que la actividad contribuye al bien común (art. 240 inciso 1 de la Constitución Provincial); pero lo que le impone la comprensión del Estado como Estado de Derecho, y ello significa en última instancia el principio de legalidad administrativo, es que la decisión se implemente a través de una norma jurídica fundada. Esta es una cuestión relevante del reproche penal que se dirigió a los imputados y que el STJER

nunca analizó desde la óptica jurídica, aun cuando considerase que existían dudas sobre el carácter de las reuniones de mujeres en el local.

Así las cosas, el entendimiento correcto del tipo penal de peculado, bajo dichos parámetros dogmáticos y legales, lleva a un juicio positivo de adecuación típica: comete el delito de peculado el funcionario público que ordena instalar un medidor en el inmueble de su padre, para que se lleven a cabo allí actividades proselitistas (reuniones políticas, actos de campaña). Lo mismo sucede aún en la hipótesis de que los mentados encuentros de mujeres persigan un fin loable, si no hay una norma jurídica que lo habilite (al menos, un acto administrativo fundado). Por consiguiente, la sentencia de la Sala Penal del STJER no es una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las constancias de la causa, y ello es también una arbitrariedad que debe ser subsanada.

Conforme lo expuesto hasta aquí, he de solicitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que deje sin efecto la sentencia dictada por la Sala Penal del Superior Tribunal provincial, y mande proseguir con el trámite de la causa. Y ello es así porque se trata de una sentencia que carece de verdad proposicional y de corrección normativa, y que, en tal medida, padece de vicios constitucionales que la tornan arbitraria al afectar la garantía de la defensa en juicio, el debido proceso, el principio de razonabilidad y las reglas de la sana crítica racional.

CUESTIÓN FEDERAL SORPRESIVA.

Se trata de una cuestión federal "sorpresiva", toda vez que recién se manifestó en la sentencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, en cuanto, de modo arbitrario y sobreviniente al debate oral y público, revocó y dejó sin efecto tanto la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay, como la resolución confirmatoria de la Cámara de Casación de Paraná.

La relación directa e inmediata.

La decisión adoptada por el STJ guarda directa vinculación con la arbitrariedad fáctica y probatoria que se le critica, dado que, si hubiese valorado razonablemente el material probatorio y los elementos que en particular omitió considerar, la conclusión hubiese sido distinta, atento a que la sentencia carecería de fundamento en que apoyarse. La respuesta apropiada del caso depende en forma inmediata de la correcta apreciación de los hechos.

Lo mismo ocurre con una razonable interpretación del tipo penal en juego: se habría inferido en tal caso que la separación del medidor ambualnte de la esfera de custodia del Municipio, para que provea de energía a una facción política sin fin estatal o público que lo justifique, configura un ilícito penal responsable.

V.- PETITORIO.

Por lo expuesto, a V.E. solicito:

Me tenga por presentado en mi carácter de Fiscal de Coordinación interino de la Provincia de Entre Ríos, con domicilio legal en calle Narciso Laprida 251, 2° piso de Paraná, Entre Ríos; constituyéndolo a los fines del presente recurso en el despacho del Sr. Procurador General de la Nación, sito en calle Guido 1577 de la ciudad autónoma de Buenos Aires;

Tenga por deducido el recurso extraordinario federal que regulan los arts. 14 y ss. de la ley 48, contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos en la causa de referencia;

3. Conceda el recurso interpuesto y disponga la elevación de los autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que acoja los agravios explicitados en esta presentación, dejando sin efecto la resolución del Superior Tribunal Provincial, dictando o mandando dictar una nueva conforme a derecho (art. 16 ley 48).

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.-