

"ERRO, Luis Alberto - DELLAGIUSTINA, Alfredo Domingo - Peculado de servicios S/ RECURSO DE CASACIÓN (LEGAJO 583/16)"

SENTENCIA N°229

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintidos días del mes de agosto del año dos mil diecisiete, se reunieron los Sres. Vocales de la Cámara de Casación de Paraná, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa N° 583/16, caratulada **"ERRO, Luis Alberto - DELLAGIUSTINA, Alfredo Domingo - Peculado de servicios S/ RECURSO DE CASACIÓN"**.

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: **Doctores Hugo PEROTTI, Marcela DAVITE y Marcela BADANO.**

1- Por sentencia de fecha 23/05/2016, emitida por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay, integrado por los Dres. Angélica PIVAS, Javier CADENAS y Sebastián GALLINO, se resolvió CONDENAR al imputado Alfredo Domingo DELLAGIUSTINA a la pena de dos años de prisión en forma de ejecución condicional e inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos por declararlo coautor, material y penalmente responsable del delito de PECULADO y CONDENAR al imputado Luis Alberto ERRO a la pena de dos años y tres meses de prisión en forma de ejecución condicional e inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos por declararlo coautor, material y penalmente responsable del delito de PECULADO.-

2- Recurrieron en Casación los Sres. Defensores de Alfredo DELLAGIUSTINA -Dres. Julio FEDERIK y Leopoldo LAMBRUSCHINI- y de

Luis ERRO -Dres. Miguel CULLEN y Guillermo VARTORELLI-

2a- Los Dres. FEDERIK y LAMBRUSCHINI, en su escrito recursivo plantearon las siguientes críticas:

1) Cambio de la subsunción legal: criticaron el cambio de calificación legal (peculado de servicios, por peculado de bienes) que efectuó la sentencia de modo sorpresivo, afectando el derecho de defensa, no pudiendo producir prueba ni controvertir argumentalmente, deviniendo en una sentencia nula, afectándose el debido proceso, debiendo reenviarse.-

2) Materialidad: se agraviaron porque se entendió acreditada la materialidad, realizando un análisis parcial de la prueba, violentándose la sana crítica.-

3) Dolo: entendieron que no puede afirmarse la existencia del tipo subjetivo, puesto que las razones que determinaron a DELLAGIUSTINA a firmar la nota en la que solicita el alta del medidor, existían objetivamente.-

4) Insignificancia material del hecho: criticaron que no se tuviera en cuenta a efectos de merituar la tipicidad y culpabilidad, entendiendo que a los delitos de infracción del deber le son enteramente aplicables las consideraciones sobre la lesividad del comportamiento (insignificante en el caso). Hicieron mención al Art. 41 del CP, que contempla "la extensión del daño causado" como pauta para cuantificar injusto y pena. Aún de afirmarse el injusto, la pena impuesta resulta desproporcionada en exceso.-

5) Necesidades preventivas: criticaron que la sentencia haya entendido que en el caso existan necesidades preventivas que justifiquen la aplicación de pena. En lo que hace a la prevención especial positiva no se ponderó que DELLAGIUSTINA no tiene antecedentes, siendo

insignificante el injusto con lo que las necesidades de resocialización son inexistentes, habiendo transcurrido más de 6 años desde la ocurrencia del hecho.-

Solicitaron la nulidad de la sentencia y reenvío y subsidiariamente se case la sentencia y se absuelva a DELLAGIUSTINA.

Hicieron reserva del caso federal.-

2b- Los Dres. CULLEN y VARTORELLI expresaron los siguientes agravios:

1) Violación del Derecho de Defensa: criticaron que el acta de debate no reflejara la realidad de lo acontecido, existiendo importantes omisiones. Además señalaron que en el hecho imputado no se definió temporalmente el tiempo en que funcionó el local partidario, no limitándose la imputación delictiva, utilizándose el giro "a la postre". Sostuvieron la parcialidad del Tribunal durante el debate y la sentencia. El Tribunal obró supliendo la actividad del Fiscal interviniendo activamente en salvar la contradicción en la que incurría el testigo DAVICO. Ofrecieron la grabación personal del debate, y solicitaron que el día de la audiencia sea reproducida. Entendieron que el Tribunal realizó afirmaciones surgidas de su conocimiento personal, o realizando tareas de índole pericial sin contralor de partes -esto en referencia a una operación aritmética efectuada en base a una tabla de EDERSA-. Entendieron que se suplía la actividad del MPF en cuanto se introdujo un nuevo elemento indicando una página web de donde realiza el cálculo referido. Criticaron también la sorpresiva calificación legal.-

2) Arbitrariedad por falta de motivación: no resulta una derivación razonada de las constancias de la causa. Sostuvieron una arbitrariedad fáctica, puesto que el fallo comienza afirmando que en dicho local se

realizó actividad partidaria; comenzando el silogismo sentencial con la conclusión a la que debió arribar. La sentencia no da explicación de por qué se requiere la instalación de un medidor con un mes de anticipación a la realización del acto partidario. Analizaron las Testimoniales entendiendo que se fragmentó el análisis de las mismas, tergiversando, seccionando y omitiendo evaluar aquellas desincriminantes. Criticaron la omisión en que incurre el Tribunal de valorar subjetivamente a los testigos de cargo (adversarios políticos de ERRO), agraviándose por la afirmación de que el hecho de militar en política les da mayor credibilidad y criticando las "conjeturas" en que incurre el resolutivo. Criticaron la valoración de los medios periodísticos que hizo el Tribunal cuando en realidad solo refieren al acto llevado a cabo el 18 de mayo en la vía pública, 25 de Mayo y Alem, no concretando el inmueble en cuestión. También se agraviaron por el rechazo de la teoría de la insignificancia, y que el mismo se basara en la íntima convicción del Juzgador, siendo un razonamiento inconstitucional y que invalida las conclusiones.-

3) Rechazo de la excepción de falta de acción: no concibieron que se desconozca el dictamen del Honorable Tribunal de Cuentas, entendiendo que se trata tan solo de un fiscal subrogante, implicando un desconocimiento supino de los fundamentos de la República, división de poderes y estado de derecho. Tildaron de despectiva la manera en que se refiere al dictamen acompañado. Hicieron reserva del caso federal. Solicitaron que se dicte nuevo fallo acorde a derecho y en subsidio se anule. Ofrecieron grabación.-

3- En la audiencia fijada oportunamente, intervinieron las siguientes partes: Dres. FEDERIK y LAMBRUSCHINI -por la defensa de Alfredo DELLAGIUSTINA- Dres. CULLEN y VARTORELLI -por la defensa de Luis ERRO- y por el Ministerio Público Fiscal el Dr. Lisandro BÉHÈRAN.-

a) Durante la audiencia, el Dr. FEDERIK, criticó que se haya cambiado la subsunción del hecho. En el recurso se señaló que se procesó a su asistido por un delito para requerirse la elevación de la causa y al momento de mantener la acusación el MPF en el Debate utiliza esa misma subsunción legal, pero al momento de dictar sentencia el Tribunal cambia sorpresivamente a una calificación legal diferente. Este cambio fue amparado en el *iura novit curia*. Históricamente se ha sostenido que ese tipo de cambio de calificación no afecta el principio de congruencia. El Tribunal lo llevó a la otra forma de peculado, hay una modificación. En relación al cambio de calificación refirió a autores como LEDESMA, CLARIÁ, VELEZ MARICONDE, CREUS, VAZQUEZ ROSSI, MAIER, haciendo hincapié en BINDER que es quien lo explica con claridad, expresando que el *iura novit curia* da libertad pero se limita al derecho de defensa, resulta sorpresiva si no pudo ser contradicha. CAFFERATA NORES avanza más, adhiere a una tesis más amplia en cuanto al principio de imputación, entendiendo que se debe conocer y que no haya sorpresa. ANGELA LEDESMA, empieza su posición, similar a BINDER pero incorpora la indivisibilidad del hecho y derecho y se integra con las proposiciones y las consecuencias jurídicas atribuidas a tales hechos. Coloca el *factum* con el *ius* para que la imputación sea completa, porque la forma de valorar está en el hecho. Se explayó remitiéndose a legislación de Chile, Colombia y El Salvador y al comentario de la revista procesal penal de Costa Rica, y resaltó lo dispuesto por el Art. 8.2.c de la CIDH.-

La modificación viola el derecho a contar con información y de preparar la defensa, todo lo cual lleva a concluir que se está ante una "acusación jurisdiccional" y exceso en el rol imparcial o impartivo. El principio *iura novit curia* es de antes de que las Convenciones fueran parte de nuestro derecho. Si va a cambiar la calificación debe advertir a la

Defensa. El código entrerriano da la opción al imputado para que pueda elegir entre las dos. Lo que cambió fue la valoración del hecho por parte del Tribunal y si la defensa pudo oponer resistencia. El segundo agravio radicó en la reconstrucción de los hechos sobre la base de la prueba, haciendo precisiones en cuanto al testigo de referencia. También se explayó en cuanto a la tipicidad subjetiva relatando cuáles fueron las circunstancias en las que DELLAGIUSTINA firmó el alta del medidor, enfatizando que es un hombre consustanciado con las necesidades de su pueblo. Hubo un mes de distancia entre la habilitación y el acto. No tenía idea DELLAGIUSTINA, que iba a utilizarse para un acto partidario. Solicitó que se resuelva conforme lo pidieron en escrito recursivo.-

Asimismo el Dr. LAMBRUSCHINI se explayó en cuanto a la insignificancia material del hecho, expresando que el peculado fue por el costo de conexión de 43 pesos más el consumo, totalizando la suma de 101 pesos. La teoría del bien jurídico requiere una afectación cuantitativamente relevante, no pudiendo afirmarse que un hecho como el presente pueda afectar de modo relevante la administración, siéndolo únicamente en la comunicación social de que la norma no esté vigente para el autor, socialmente debe ser entendida de igual manera. Se trata de un delito de infracción de deber, y protege bienes jurídicos supra individuales. Entendió que no existe restricción alguna al principio de lesividad. La insignificancia repercute y entra a jugar en la proporcionalidad del injusto y la sanción. Este juicio exige una cuantificación del injusto y la pena del Art. 261 es especialmente grave puesto que no guarda relación de proporcionalidad con el contenido de injusto, por tanto la solución plausible es la absolución, porque la cuantificación del injusto no alcanza el umbral de proporcionalidad.-

También refirió el Dr. LAMBRUSCHINI a las necesidades

preventivas de pena, entendiendo que no se ponderó de modo razonable la edad, que no tiene antecedentes y que el injusto es insignificante, por lo que la resocialización es inexistente.

b) Por su parte el Dr. CULLEN entendió aplicable lo dicho por los Dres. FEDERIK y LAMBRUSCHINI menos lo relacionado a la tipicidad subjetiva de DELLAGIUSTINA. Tanto el proceso como la sentencia convalidan un acto jurídico llevado a cabo con menosprecio al derecho defensa desde el ámbito constitucional. Desde el comienzo de la acusación por parte del MPF la defensa comenzó a tener dificultades en su ejercicio, porque no se determinó el lapso a investigar diciendo la imputación "a la postre". Nunca hubo definición, lo que llevó a que la Cámara advirtiera, y a preguntar a testigos sobre tiempos concretos. La Fiscalía debía probar e hizo caso omiso y siguió insistiendo con "a la postre". Durante todo el proceso no hubo eco en esa petición. La propia sentencia al finalizar con una condena, da por fehacientemente que existió el hecho. Agregó que desde el comienzo flotó una fuerte impronta de que estábamos ante un hecho político que nada tenía que ver con lo jurídico. Los denunciados eran a su vez contrincantes en la línea interna de ERRO. Los de cargo eran contrincantes de la línea política de ERRO y también dijeron que utilizaban la luz pública. El claro tinte político se vio con el Tribunal. Se solicitó que se agregue la grabación y acompañó la grabación de que un miembro del Tribunal le explica al testigo. Esa contradicción del testigo DAVICO, la marcó la Cámara de Concepción del Uruguay. Cuando se señaló la contradicción, el Dr. Cadenas le explicó al testigo y así quedó. La actividad acusadora del Tribunal está grabada. Cuando además, al llegar la sentencia, se encontraron con una grosera violación a principios básicos de la judicatura.

La Fiscalía tomó como idónea la declaración de DAVICO que fue

tan pobre que de oficio la sentencia incorpora una planilla de EDERSA, distribuidora de energía de Río Negro y da una explicación. El Tribunal dijo que el consumo de 68 vatios no se compadece con las reuniones y con eso da por probada la actividad política en la casa de mujer. Lo que no dice la sentencia es que las mujeres no solo se reunían los sábados, se juntaban dos o tres veces por semana. Una dijo incluso que necesitaban poner una proyección. Para justificar que el consumo era excesivo, el Tribunal en la sentencia sacó a relucir la guía de consumo de proveedora de energía de Río Negro. Esto hace al sistema judicial. En "CASAL" se dice que ya desde ALBERDI, el control difuso de constitucionalidad hace que el único sistema válido sea el acusatorio. El límite es contradictorio, lo principal es la independencia absoluta del juez. Eso lo explica bien ZAFFARONI en "SANDOVAL".

No se garantizó el derecho de defensa y el corolario fue la sorpresiva calificación legal por lo que adhirió, el Dr. CULLEN a los dichos del Dr. FEDERIK. Existió también una valoración arbitraria del material fáctico. Lo único que queda en claro es un acto partidario de tres horas, lo imputado no es 101 pesos, es menos, son esas tres horas. El resto, la conexión, impuesto y consumo anterior se probó que era por parte del órgano de la mujer. Estamos discutiendo tres pesos. Los testigos eran adversarios de ERRO, o eran inspectores o tenían la posibilidad de hacer constatación. Ahí se produce la otra arbitrariedad. Refirió que el Dr. BARRANDEGUY dijo que fueron a Gualeguay, había tres actos, en uno estaban en el museo y al llegar al lugar no observó actividad partidaria referida al acto. Todo fue desoído por la Cámara de modo grosero. Va más allá lo dicho por BARRANDEGUY quien expresó que no pisen los cables porque venían de un vecino tomando la Cámara la parte de sus dichos que se condice con lo que sostenía la Fiscalía.

La concejal TASSISTRO llevó adelante una casa para tratar la problemática de género. El medidor es propiedad de ENERSA. TASSISTRO pidió el medidor, y a partir de ese momento pasa a ser responsable ella, que es quien solicitó el medidor. Cuando se va en apelación, se dijo que debía traerse a TASSISTRO, el Juez dijo que no y Fiscalía se opuso a la citación como testigo. Era diputada por el Frente Renovador, contestó por escrito, no se quiso prestar a este juego político. El Tribunal debió imputar a TASSISTRO que era la responsable. Ratificó el escrito presentado, afirmó que esto es insignificante, y que para condenar por tres pesos se citó la Convención Interamericana contra la Corrupción siendo que el preámbulo de la misma apunta a cuestiones gruesas de nuestro tiempo, no debiendo aplicarse en bagatelas, que distraigan la atención. Se mide por el monto de transacción.

Solicitó se case la sentencia, anule dictando fallo a derecho y en subsidio reenvíe, en los términos de "SANDOVAL".

c) A su turno el Dr. BÉHÈRAN se refirió, primeramente a lo afirmado por la Defensa, en cuanto a la conculcación de derechos por el cambio de calificación expresando que tal afirmación está alejada de lo vivido en el debate oral y de la sentencia. Cuando se habla de indefensión pareciera que los Defensores se sorprendieron, pero no se puede alegar sorpresa atento a la calificación jurídica. La conducta era la misma, sin descuidar el *iura novit curia*, es decir que el Tribunal modificó la calificación teniendo siempre en cuenta la misma conducta fáctica. Agregó que el STJ ha dicho que la materia de juzgamiento no son tipicidades, por lo que yerran los Defensores cuando hacen mención a doctrina extranjera aplicable al caso, puesto que lo que corresponde es remitirse a la jurisprudencia local. Alegó que el Dr. FEDERIK no refirió al Art. 448 del CPP actual, que establece el *iura novit curia*, por lo que el Tribunal puede cambiar la calificación a pesar

de todo, y en caso de hacerlo por una tipificación más gravosa, debe dar aviso a las partes para que se defiendan. La misma norma tiene dos supuestos, por lo que si el Código actual lo permite con más razón tal permisión era plausible con anterioridad, todo lo cual permite concluir que tal principio sigue vigente. Refirió a los autos "ANTOGNAZZA", en los votos de ZAFFARONI y PETRACHI. Agregó, en cuanto al hecho, que el medidor no es domiciliario es para gastos específicos, y se provee a determinados organismos, como la Municipalidad, y que los carteles del acto estaban colocados y posteriormente se instaló aquel. Hubo un acto proselitista, liderado por ERRO, BARRANDEGUY dijo que hubo 3 actos proselitistas, ERRO incluso oró llevándose a cabo el mismo, en la esquina de Alem N°7, había, incluso, un cartel de "Entre Todos para la Victoria".-

La valoración que realizó el Tribunal fue conjunta. En cuanto al centro de reuniones de mujeres afines al partido, estaba liderado por la senadora TASSISTRO, no existiendo Consejo de Mujeres, puesto que el Consejo Deliberante no lo aprobó. Tal inmueble constituía un lugar que el político de turno les prestó para que se reunieran. Nunca hubo un proyector, eran simples reuniones de mujeres afines a ese partido o línea, lo que determina un indicio que el Tribunal valoró. Asimismo la teoría del caso osciló en dos cuestiones opuestas, por un lado se negó que allí hubo actividad proselitista, luego variaron y dijeron que la había y que estaba permitido.-

En relación a la supuesta arbitrariedad alegada en la valoración de la prueba, destacó que la merituación fue puntillosa de todos los elementos de juicio allegados, constituyendo una derivación razonada del derecho vigente, valorándose los dichos de BARRANDEGUY, resaltando el Dr. BÉHÈRAN que la actividad partidaria se fomenta bajo reglas, no manejándose como en este caso, como patrón de estancia, utilizando los

bienes en su beneficio.

También alegó el Sr. FISCAL en relación a la pretendida insignificancia, destacando que no estamos frente a un delito contra el patrimonio. Afirmó que la situación es mucho más compleja y refirió a los autos de la Cámara de Casación "MIRANDA" (2012), y la especial función de tutela, afirmando que el medidor estaba a disposición del Municipio y fue sustraído de ese ámbito. No se puede hablar de insignificancia, no son tres pesos ni se puede mirar para otro lado, es un peculado y no es un hurto de enseres en la esquina. Se quebrantaron deberes institucionales como Funcionario. Más allá que se encare al derecho penal bajo estos paradigmas, de JAKOB y ROXIN, la sociedad debe confiar en que la norma está vigente, la causa no fue en vano, la actitud de la Defensa elongó el proceso y la calidad de funcionario hace que la cuestión escape de una situación nimia, debiendo aplicarse la prevención general positiva, teniendo en cuenta lo dicho por Patricia ZIFFER.-

Afirmó que no hubo defectos en la imputación, y que ya fue planteado y analizado por el *a quo*, pudiendo ejercerse en plenitud el derecho de defensa.

Tampoco es real, según el Dr. BÉHÈRAN, que se haya explicado al testigo lo que decía. En el marco de la Ley 4843, el Tribunal siempre interrogó, bajo reglas válidas, se le repreguntó al testigo algo sobre lo que estaba hablando, fue una pregunta aclaratoria, atinada, respetuosa y no creó situación de desigualdad. También entendió el Sr. Fiscal que el análisis en función de una planilla de ENERSA no constituye incorporación, sino más bien merituación en base a una planilla estándar que brinda un panorama. Entendió que tampoco fue vulnerada la imparcialidad del Juzgador, refiriendo al Art. 364 CPP lo lee y al caso "LLERENA" (CSJN), por todo lo cual solicitó que se confirme la sentencia.-

**4- En la deliberación (Art. 487 CPP) se planteó lo siguiente:
A las cuestiones articuladas ¿qué corresponde resolver?, y ¿qué sobre las costas del proceso?**

El Dr. HUGO DANIEL PEROTTI dijo:

A- En los párrafos anteriores se reseñaron sucintamente las diversas posturas asumidas por las partes en litigio, mencionándose también el resultado final al que arribó el Tribunal sentenciante.-

Habiéndose efectuado ahora un pormenorizado estudio de los fundamentos sentenciales, conjuntamente con el contenido de los dos recursos incoados, corresponde ahora desmenuzar unos y otros para verificar la procedencia o no de las impugnaciones deducidas.-

En una primer y rápida evaluación, observo que los recurrentes formalizaron SIETE agravios (cinco los Dres. FEDERIK-LAMBRUSCHINI, y dos los Letrados CULLEN-VARTORELLI, aunque algunos de ellos se repiten, y éstos últimos subdividen sus agravios principales en otros secundarios). De esos siete agravios, encuentro que al menos cinco de ellos ya fueron argumentados -por un Defensor y/o por el otro- en la etapa de los alegatos conclusivos, obteniendo en esos cinco casos una fundada respuesta de parte del órgano jurisdiccional; en tanto que sólo dos de tales agravios, constituyen realmente críticas puntuales al acto sentencial, los que darán lugar a un examen casatorio "*strictu sensu*".-

Hago esta liminar aclaración en función de lo que tantas veces ha dicho este Tribunal de Casación respecto de que, más allá de las quejas esgrimidas por el recurrente, su "crítica" no pasa de patentizar una "mera disconformidad" con la forma en que el Tribunal se ha expedido, de tal manera, no puede ser habilitada la aplicación de la doctrina de la "arbitrariedad" (CSJN, Fallos 286:212; 301:1218, entre otros), aunque así

la titulen los Abogados casacionistas, puesto que la sentencia atacada constituye un constructo explicativo autosuficiente de sucesos pasados analizados bajo el prisma de la *"sana crítica racional"*, sin que las tachas argumentales dirigidas por los casantes puedan tener cabida a punto tal de invalidar sus conclusiones (confr. Fallos **"TARRAGONA"** -11/08/2014-, **"FAGUNDEZ"** -30/04/2015-, **"MELGAR"** -8/06/2016-, **"ABALO"** -24/02/2017-).-

Del mismo modo considero, tal como ya lo dijimos en los casos **"VILAFRANCA"** (29/08/2014); **"LARREA"** (3/9/2014), **"AGUIRRE"** (13/10/2015), **"SCHAAB"** (13/06/2017) y otros más de este Tribunal, que si bien este recurso debe ser dotado del "máximo rendimiento posible", no debe perderse de vista que en el "juicio de casación" se juzga el pronunciamiento jurisdiccional del Tribunal de mérito (lo que se ha dado en llamar el "juicio de sentencia"), buscando hacer sobre el mismo un examen respecto de los argumentos brindados que resulten cuestionados -pertenezcan al plano lógico, jurídico o fáctico- con el límite impuesto por aquellos extremos que el Tribunal de Juicio hubiere aprehendido en virtud de la inmediación, cuyo análisis no puede ser reeditado en la instancia revisora (cfr. voto de la Dra. ARGIBAY, "CASAL", cons. 12). En tal sentido, debe ponderarse si los argumentos brindados en la sentencia, resultan racionales, y es esa racionalidad la que determina el objeto de revisión en esta instancia.-

Sin perjuicio de ello, y debido a la necesidad convencional de otorgar un "doble conforme" al justiciable que ha sido condenado por un Tribunal de mérito (Art. 8, inc. 2º, ap. "h" de la C.A.D.H. y 14, inc. 5º del P.I.D.C. y P.) como causal "autónoma" de protesta casatoria, realizaré un análisis de la fundamentación desarrollada por la Dra. PIVAS -como Jueza de primer voto, al que adhirieron sus colegas, sin reservas- para

controlar la razonabilidad de la labor jurisdiccional efectuada. Es decir, analizaré la forma en que el "*a quo*" meritó la prueba, para entonces verificar si dicha labor jurisdiccional fue o no conforme a Derecho, esto es, si la decisión alcanzada constituye la necesaria derivación del plexo probatorio reunido en la causa y la correcta aplicación de las normas jurídicas vigentes, descartando cualquier arbitrariedad en ese constructo judicial.-

Luego, separadamente, me avocaré a estudiar los dos agravios respecto de la sentencia en sí, esto es, aquéllas dos críticas que no fueron motivo de alegaciones y, por ende, no tienen todavía una respuesta jurisdiccional.-

B- Dije que de los agravios presentados en esta instancia, cinco de ellos ya habían sido esgrimidos como parte de los alegatos defensivos brindados al finalizar el Debate oral y público. Ellos son:

- a) Falta de acreditación de la materialidad del hecho ilícito.-
- b) No acreditación de la tipicidad subjetiva del delito.-
- c) Que no se haya descartado la insignificancia material del hecho.-
- d) Que la sentencia haya entendido la existencia de necesidades preventivas para justificar la pena.-

Todos ellos, esgrimidos por los Dres. FEDERIK-LAMBRUSCHINI.-

Mientras que del escrito recursivo deducido por los Dres. CULLEN - VARTORELLI, observo un quinto agravio que responde a esas características (esto es, haber sido formulado con anterioridad como parte de su alegato). Dicho agravio se relaciona con la queja por el rechazo de la excepción de la falta de acción, aunque el mismo aparezca dentro del capítulo "arbitrariedad fáctica", junto con otras críticas que, de una

manera u otra, coinciden -en líneas generales- con los agravios presentados por sus colegas y que más arriba reseñé.-

Adelanté también que el Tribunal de Juicio de Gualeguay había respondido a todas estas críticas diciendo -en una muy prieta síntesis- que se alcanzó la certeza acerca de la existencia del hecho descrito en la requisitoria Fiscal, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar allí detallados, y que los autores de tal ilícito fueron -sin duda ninguna- los encausados Luis Alberto ERRO y Alfredo Domingo DELLAGIUSTINA, resultándole evidente al Tribunal de mérito que ambos inculpados eran Funcionarios Públicos -Intendente y Secretario de Obras, respectivamente, de la Municipalidad de Gualeguay- y en tal condición dispusieron de un medidor ambulante de energía eléctrica (NIS 7324345) que estaba para ser utilizado en asuntos atinentes al ente municipal, sustrayendo el mismo, apartando, separando o extrayendo de ese ámbito y usándolo para un fin particular (acto proselitista de una determinada fracción política), aunque el gasto energético fue abonado con dineros del erario público.-

Para llegar a dicha conclusión incriminatoria, el Tribunal valoró de manera crítica las declaraciones testimoniales de Víctor GONZALEZ y de Andrés GOMEZ (quienes, como empleados de ENERSA, fueron ese día 17 de Abril de 2009 a colocar un medidor ambulante en el domicilio de calle Alem Nº 7 de Gualeguay), de Juan Pedro DAVICO (encargado del EPRE Delegación Gualeguay, y como tal ratificó todas las actuaciones que llevó adelante a partir de una denuncia anónima sobre el peligro que constituía un cable de energía eléctrica en la vía pública, a baja altura, constatando que se trataba de un medidor municipal instalado, por lo que labró las correspondientes acta que elevó a su Superioridad); de Néstor GIMENEZ (introducida por lectura, pues había fallecido al momento del

Debate), siendo ésta la persona que -como Técnico matriculado- firmó junto con el Intendente ERRO el Certificado de Conexión de servicio eléctrico, y que también le hiciera firmar al Secretario DELLAGIUSTINA la Nota a ENERSA solicitando el alta de un medidor trifásico ambulante; y de los denunciantes JUSTET y SANCHEZ (que confirmaron la denuncia efectuadas por ellos en la Fiscalía, y ampliaron sus aportes a la causa). Todos estos testimonios fueron merituados conjuntamente con la documentación glosada a fs. 1, 53/54, 366/433 y 434/436 (se trata de notas periodísticas que publican el acto político llevado a cabo por una línea interna del Partido Justicialista -la liderada por el Intendente ERRO, en un inmueble situado en calle 25 de Mayo y Alem de la ciudad de Gualeguay); la prueba informativa agregada a fs. 38/43, 117/159, 440/444 (referente a documental aportada por la Empresa de Energía de Entre Ríos S.A. respecto de la instalación de un medidor de electricidad en el inmueble de calle Alem Nº 7); fs. 67/74 y 159/167 (documentación enviada por el Ente Provincial Regulador de Energía); las actas de inspección, croquis y constatación de fs. 56/57 y 113, confeccionados por la autoridad policial, así como el informe de la Div. Investigaciones de fs. 66, dando cuenta que el inmueble en cuestión pertenece a Saturnino Pedro Martín ERRO; las fotografías de fs. 60, que ilustran acerca del inmueble donde fue instalado el medidor ambulante en cuestión; y el informe del H.C.D. de la ciudad de Gualeguay, inserto a fs. 104/107 (en relación al Proyecto de Ordenanza creando el Consejo Municipal de la Mujer).-

La apreciación armónica y conglobal de todos esos idóneos elementos de prueba, arroja como resultado -en grado de certeza- que el medidor ambulante NIS 7324345 (que se encuentra afectado exclusivamente para el uso del Municipio de Gualeguay) fue solicitada su

instalación en el inmueble supra indicado, propiedad de un particular, por las autoridades municipales competentes (Intendente y Secretario de Obras) siendo efectivamente utilizado durante unos días para llevar a cabo un acto de una agrupación política que respondía, precisamente, al entonces Intendente y ahora imputado Luis Alberto ERRO ("Entre Todos para la Victoria"), registrándose un concreto uso del citado medidor (un consumo de 68 kw, que equivale a \$101,99), consumo éste que fue abonado por las arcas municipales, según surge indubitable de la pertinente boleta de ENERSA glosada a fs. 444. Por supuesto, que se tuvo en cuenta el descargo efectuado por los sindicatos ERRO y DELLAGIUSTINA, como así también, se consideraron las pruebas que en su momento aportaron las distintas partes en litigio, tales como las declaraciones testimoniales de NOGUEIRA, TASSISTRO, JODOR, BARRANDEGUY, CORDOBA, ARRIBILLAGA y BARROETAVERÑA, de cuyos relatos NO surge información lo suficientemente relevante como para enervar o rebatir aquélla conclusión de corte positivo e incriminatorio.-

La Vocal PIVAS desarrolló luego, en diversos ítems –adelantando aquí, que los considero a todos ellos muy bien fundamentados- las distintas críticas esbozadas por los Letrados a cargo de la Defensa de ambos inculpados, afirmando -con total razón- que la acción de "sustraer" (que emplea el Art. 261 del C.P.) no envuelve connotaciones subjetivas particulares, no siendo dable considerar la existencia de elementos distintos del dolo. Basta -asevera la Magistrada, y coincido con ello- 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. Añade que ninguna duda cabe acerca del carácter de "Funcionarios Públicos" de ambos encartados ERRO y DELLAGIUSTINA (Intendente y Secretario de Obras respectivamente) lo que permitió que

se desplegara la maniobra delictiva en la forma en que se hizo, poseyendo ambos el dominio del hecho de manera funcional, y aunque actuaron de manera separada, había entre ellos un común plan delictivo apareciendo un co-señorío que supedita el aporte de uno al hecho del otro. En concreto, agrega y ya en relación al accionar concreto de un justiciable y otro, sin la nota que firmó DELLAGIUSTINA o sin el Certificado de Conexión que suscribió ERRO, la maniobra delictiva no podría haberse llevado a cabo (confr. fs. 1187).- Ya volveré, más adelante, para contestar concretamente el agravio vinculado a la "tipicidad subjetiva".-

La Vocal de primer voto se explaya también descartando enfáticamente la aplicación del principio de insignificancia (alegado por ambos Defensores, en el Juicio y en esta instancia casatoria), examinando este tema en la fs. 1188/1189, al tratar la Cuestión 2da, Pto. "4", punto éste sobre el cual también volveré más adelante; antes, y motivando extensamente su decisión, rechaza la excepción de falta de acción que le planteara la Defensa del sindicato ERRO (incluso, lo hizo de manera liminar, en el Pto "1" de la Segunda Cuestión, a fs 1183/1185), y finalmente fundamenta -al tratar la Tercera Cuestión, en fs. 1189/1191- lo atinente a la sanción punitiva, apoyándose en la obra de Patricia ZIFFER, dando las razones por las cuales arriba a la necesidad de imponer una pena como respuesta estatal a la comisión de un injusto penal.-

Como coincido plenamente con los argumentos expuestos por la Dra. PIVAS, los hago míos y los doy aquí por reproducidos en honor a la brevedad, me permitiré sintetizar la conclusión positiva arribada por el Tribunal de Juicio que, insisto, comparto "*in totum*", porque el cúmulo de pruebas cargosas reunido luce ante mí como un cuadro convictivo netamente incriminatorio, habida cuenta que de la documentación que remitió el EPRE y ENERSA, sumados a los testimonios de GONZALEZ,

GOMEZ y DAVICO, fluye la certeza de que ese medidor ambulante (el NIS 7324345) que sin duda alguna se trata de un objeto que, aunque lo tiene el ente de energía en depósito, resulta ser de uso exclusivo del Municipio de la ciudad de Gualeguay; que el mismo fue requerido por el entonces Intendente ERRO a través de la Nota que debió suscribir DELLAGIUSTINA como Secretario de Obras y Servicios Públicos; que este medidor fue colocado por los empleados GOMEZ y GONZALEZ en el inmueble situado en calle Alem Nº 7, cuya propiedad es del Sr. Saturnino Pedro Martín ERRO, el día 17 de Abril de 2007, siendo el mismo efectivamente utilizado entre ése día 17 de Abril de 2007 y el día 22 de Mayo en que se desconectó, registrando un consumo real de 68 kw, que irrogaron la suma de \$ 101,99 la cual fue abonada por el ente Municipal, tal como lo peticionara y decidiera el Intendente ERRO en su debido momento (confr. fs 41, 42, 66, 165, 167 y, sobre todo, fs. 440).-

Al igual que la Magistrada PIVAS, resulta para mí evidente que la energía eléctrica utilizada el día 18 de Mayo para llevar a cabo un acto proselitista de un sector o fracción política o sea, utilizada para un fin privado o particular, no municipal, fue extraída de ese medidor, y NO de ningún otro inmueble, como indirectamente se le quiere hacer decir al testigo BARRANDEGUY ("no pise el cable...").-

C- ACERCA DEL TIPO SUBJETIVO:

Los Defensores de DELLAGIUSTINA entendieron que no puede afirmarse la existencia del tipo subjetivo en la conducta de su pupilo. Analizando el agravio aludido, debe afirmarse que la doctrina ha sostenido que el dolo se atribuye normativamente, atendiendo a la significación social de la acción del imputado. Vale traer a colación que "*Como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio*

descriptivo, sino adscriptivo... en ello no solo no hay ninguna arbitrariedad, sino que es, en principio, nuestra única posibilidad de imputar el dolo penalmente relevante a partir de la globalidad de las circunstancias 'externas'. Así, acogemos aquellos hechos que son perceptibles por los sentidos, es decir, que pueden constatarse objetivamente -la cara roja, los movimientos del cartero, las circunstancias 'externas' del caso- como la expresión de algo espiritual que no puede encontrarse en el mundo de los hechos" -HRUSCHKA, J. Imputación y Derecho Penal. BdeF, Bs. As., 2009, p. 195/196.-

Entendido el dolo como conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de aquellos que describen el accionar como provocador del peligro desaprobado que afecta a un bien jurídicamente protegido, difícilmente pueda afirmarse que DELLAGIUSTINA obró sin tal conocimiento. Dichas circunstancias resultan comprobadas a la luz de la conducta objetivada por el mismo, esto es la concreta circunstancia de que, en su carácter de Secretario de Obras, Servicios Públicos y Planificación, suscribió una Nota solicitando un medidor que se asignara a la Municipalidad, siendo éste utilizado para otro fin distinto al interés público, sustrayéndolo para utilizarlo en una actividad particular.-

D- INSIGNIFICANCIA:

Concerniente a la pretendida aplicación del principio de "bagatela" o "insignificancia" a la **típica** conducta de ambos justiciables, anticipo mi total rechazo, pese a la vigorosa defensa ensayada por los Dres. LAMBRUSCHINI y CULLEN.-

En primer lugar, una cosa debe quedar clara y perfectamente establecida: si hablamos del principio de "insignificancia", es porque ya pasamos ciertos umbrales en la Teoría del Delito, es decir, ya estamos

aceptando que nos encontramos en presencia de un hecho realmente acreditado (vale decir, que se ha comprobado la materialidad del hecho objeto de la imputación), y que éste, en principio, resulta encuadrable en una figura penal prevista como delito en el Código Penal Argentino.-

Al respecto dijo la Dra. PIVAS que la "*nimiedad, bagatela, insignificancia, son conceptos reñidos con la corrupción.....La corrupción corroe el respeto hacia las normas que regulan el ejercicio de la democracia pues, al hacerse palpables, los ciudadanos advierten que sus gobernantes toman decisiones atendiendo esencialmente a intereses espurios, maguer pueda no haber un perjuicio patrimonial para las arcas públicas*". Y citando a la **Convención Interamericana contra la Corrupción**, recuerda que en su **Art. XII** establece que, para su aplicación, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio sobre el patrimonio. Agregando a renglón seguido que "*A todo evento, atento al hecho que nos ocupa, la ausencia de lesividad no excluye la tipicidad..... Lo que se juega aquí.....es el quebranto de los deberes institucionales de los imputados como funcionarios municipales*".-

Debo añadir algunos conceptos en relación a esto:

Como bien lo sabemos, el origen de este principio se remonta al año 1964 cuando Claus ROXIN formuló la enunciación inicial, reforzada luego por TIEDEMAN con el apelativo de "delitos de bagatela". La idea inicial del Profesor de Munich fue el concebir que aquéllas acciones que se mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, y que por lo tanto son socialmente adecuadas, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo.-

Fronteras adentro, ZAFFARONI enseñaba que "las afectaciones de bienes jurídicos exigidas por la tipicidad penal siempre requieren una cierta entidad, es decir, alguna gravedad, puesto que no toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la afectación mínima que requiere la tipicidad penal".-

Mucho más cerca y no hace mucho, GARCIA VITOR planteó que "la insignificancia constituye un ataque tolerado a un bien jurídico, excluida por ello de la punición, que debemos distinguir de la adecuación social, afirmando además que no queda relegada la finalidad -exclusiva del derecho penal- de protección de los bienes jurídicos.-

En resumen, la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pudiendo conceptualizarla como las conductas que pese a adecuarse a la individualización del tipo legal, no pasan de ser una afectación insignificante del bien jurídico. Si tales conductas afectan de modo ínfimo el bien jurídico protegido por el tipo penal, serían atípicas por no revestir la entidad suficiente que requiere el ilícito para deandar la intervención del Estado.-

¿Qué casos nos traen ROXIN y ZAFFARONI, como ejemplos de "insignificancia"? Pues, estos son algunos: Que no es racional que arrancar un cabello sea una lesión; que apoderarse de una cerilla ajena para encender el cigarrillo, sea un hurto; que llevar un pasajero hasta la parada siguiente a 100 metros constituya una privación de la libertad; la propina al cartero o el pequeño regalo de fin de año no puede constituir una dádiva; el eludir a una persona no puede ser una injuria, pequeñas apuestas no hacen aplicables la ley de juegos de azar.-

Pero el mayúsculo error en el que caen los distinguidos profesionales, dicho sea esto con mi mayor respeto, es considerar sólo el

aspecto económico de la cuestión, como si el delito en examen fuese sólo un ataque contra la propiedad o el patrimonio de la Municipalidad.-

Que nos enseña el Profesor CREUS acerca del bien jurídico tutelado en el delito de peculado?. Afirma que son varios los bienes jurídicos afectados: cierto es que la sustracción del bien afecta la propiedad; también, se afecta conjuntamente la seguridad con que la Administración trata de preservar los bienes públicos, la fe o la confianza pública depositada en el funcionario encargado del manejo o custodia de esos bienes, y también el normal funcionamiento de la Administración en su aspecto patrimonial. Pero, de lo que no cabe duda, es que se hace predominar **la preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado** (confr. "Delitos contra la Administración Pública", Edit. Astrea, págs. 324 y sgtes).-

Y aquí deseo hacer otro aporte. Porque el Dr. CULLEN rechazó, con bastante énfasis y casi peyorativamente, la mención que el Tribunal hizo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, afirmando que ella NO es aplicable al subjúdice.-

Aclarando que esta Convención también fue citada por la Excma. Cámara de Apelaciones de C. del Uruguay al confirmar el Auto de Procesamiento (ver fs. 501/543), personalmente también la hago aplicable al sub case, porque de una rápida lectura del articulado de la misma, primero NO surge en ningún lado la eximición para supuestos de actos de corrupción de baja entidad.-

Por el contrario, al tratar las "Definiciones" en el Art. 1º establece: Para los fines de la presente convención, "Función pública" es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria,,

realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos"; "Funcionario Público" es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos"; "Actos de Corrupción" (Art. VI): La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: c)"La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero" d) "El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a que se refiere el presente artículo".-

E- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN

Fue también correctamente resuelta por el Tribunal de grado. Se trata de una queja a la que la Vocal le dedica mucha más atención de lo que el contenido de ella exige para desecharla válidamente. Me resulta pueril (en el sentido de "fútil", "insustancial" o "infundado") el argumento de que la opinión de un Fiscal del Tribunal de Cuentas sea vinculante para el Órgano Jurisdiccional, y así pueda dispensarse a los Funcionarios Públicos de ser controlados por el Magistrado a cargo de una causa penal. Reitero: el Tribunal de Cuentas nunca se expidió acerca de la consulta efectuada, sino que sólo existió un dictamen del Fiscal Genolet, el cual, insisto, para nada es vinculante.-

Habiendo sido ya tratados, los agravios que fueran rebatidos por el Tribunal sólo quiero insistir en algo que anteriormente afirmé: no se trata aquí de realizar un nuevo juicio, sino de analizar la razonabilidad de la sentencia de grado, esto es, verificar el criterio con el que el Tribunal

valoró las pruebas, y de la logicidad de su pensamiento esto es, si ha arribado a conclusiones que respondan a la sana crítica racional.-

F- Corresponde, ahora, tratar los **NUEVOS AGRAVIOS**: (o verdaderas críticas a la sentencia en sí):

1)- Alegan ambas Defensas el "sorpresivo" cambio en la calificación legal habida cuenta que el MPF acusó a los dos justiciables por el delito de PECULADO DE SERVICIOS (Art. 261, párrafo 2° C.P.), mientras que el Tribunal de Juicio dictó sentencia condenándolos a ERRO y DELLAGIUSTINA por el delito de PECULADO DE COSAS (Art. 261, párrafo 1° del Código Penal), afectando así -afirman ambos Letrados- el derecho de defensa en tanto y en cuanto no pudieron -ni previeron- defenderse de eso.-

2)- Los Defensores de ERRO entendieron que existió violación al derecho de defensa sosteniendo la "Parcialidad" del Tribunal durante el debate y al sentenciar. Aseveraron que el Tribunal perdió su imparcialidad, fundamentalmente por manifestaciones realizadas por el Dr. CADENAS durante la declaración del testigo DAVICO.-

En cuanto al primer agravio, adelanto mi categórico rechazo a este embate defensivo, afirmando, que mucho se ha dicho acerca del respeto a la congruencia entre intimación y sentencia, entendiendo por tal, la correlación entre el hecho intimado y el reproche final que se hace al imputado, constituyendo tal correspondencia una de las aristas en que se expresa el debido proceso y la garantía de defensa en juicio.-

Este Tribunal de Casación ha sostenido que *"lo que se atribuye a los imputados es un factum, no una calificación legal, la cual podrá modificarse sin que por ello se afecte el principio de congruencia y el ejercicio del derecho de defensa ("SANABRIA" -12/11/2014- "GODOY"*

-10/03/2015-, **"GONZALEZ"** -15/06/2015-, **"CHAPARRO"**
-03/09/2015-, **"ARRIETA"** -24/06/2015- **"ZARAGOZA"** -19/05/2016-
entre tantos otros).-

Maximiliano RUSCONI en su libro "El Sistema Penal desde las Garantías Constitucionales"(ed. HAMMURABI-, Capítulo II, "Iura novit curia y Congruencia, garantía del derecho de defensa entre hechos y norma"; pág. 87 a 133) enseña que el principio de congruencia -consecuencia propia de la garantía del derecho de defensa en juicio- tiene por función darle lógica al diálogo propio del sistema de enjuiciamiento, y es el único modo de asegurarle al imputado que él y el Fiscal tienen como objeto de referencia argumental el mismo hecho, y todos pueden estar tranquilos -aunque la garantía solo rige para el imputado- acerca de que el Tribunal decidirá sobre exactamente lo mismo. Esta identidad triangular asegura un mínimo de racionalidad al diálogo institucional de allí que la sentencia sólo pueda referirse a las cuestiones que han sido introducidas en el juicio mediante la acusación y que las partes tuvieron oportunidad de sostener o controvertir argumentalmente.-

En igual sentido el STJER ha afirmado que *"...no se atribuyen en el proceso calificaciones jurídicas, sino que al momento de recepcionar declaración indagatoria a un imputado se le intiman hechos, conductas, pudiendo mutar la calificación legal siempre y toda vez que no mute ni se altere el factum atribuido, situación que en el presente no acaece, razón por la cual en modo alguno se afectan el derecho de defensa, el debido proceso y el principio de congruencia."* ("CASCO, MATIAS R. y Ots. – TENTATIVA DE HOMICIDIO y OTRO – RECURSO DE CASACIÓN".- Expte. Nº 3666).-

La CSJN ha dicho *"... es criterio de la Corte en cuanto al principio de congruencia que, cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva*

efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 329:4634)...”, -voto en disidencia de los doctores Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni-.CSJN., “A., M. A.”, 11/12/07).-

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en el caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala” (sentencia de 20 de junio de 2005, párrafo 67), que *“La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado 'principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”.-*

En efecto, no ha existido ninguna afectación al principio de congruencia, porque se ha verificado que el hecho redactado **siempre ha sido el mismo.** Basta con leer la imputación original (en la Indagatoria, en el Auto de Procesamiento, en la requisitoria fiscal y en la Acusación), para concluir que en la sentencia sólo se reitera, SIN MODIFICACIÓN ALGUNA, el mismo *factum*. En síntesis, los imputados no se encontraron

ante una variación del marco fáctico que constituya una sorpresa para ellos y que les impida a sus Abogados ejercer el derecho de Defensa, tal como lo señalaron ambos Curiales.-

Además de lo dicho, tampoco resulta acertada la alegada "sorpresa", puesto que de la simple lectura del auto de procesamiento de fs. 189/207 se extrae que, en aquél acto, se imputó el hecho calificándolo como peculado de bienes (Art. 261, 1º párrafo), lo cual -es cierto- fue modificado por la Cámara de Apelaciones de C. del Uruguay, así mantenido por el MPF y finalmente cambiado por el Tribunal de Juicio. Pero, en definitiva NO SE HA AFECTADO LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL INVOCADA, pues ERRO y DELLAGIUSTINA siempre supieron que debían defenderse por haber usado un medidor municipal en un acto político-proselitista particular, sustrayéndolo de la esfera del Municipio de Gualeguay, pagándose el consumo de la energía utilizada con fondos públicos.-

Adelanté que el segundo agravio verdaderamente formulado contra la sentencia de mérito, era lo que el Dr. CULLEN llamó como "Parcialidad" del Tribunal durante el debate y al sentenciar.-

Aseveraron los Abogados Defensores de ERRO que el Tribunal perdió su imparcialidad al permitir que uno de sus Vocales (el Dr. Javier CADENAS) actúe en este caso juzgando y decidiendo, cuando anteriormente ya había actuado al participar en la resolución de fs. 754, donde el Tribunal actuante resolvió rechazar una excepción de previo y especial pronunciamiento.-

Nada más alejado de la realidad, pese al acalorado alegato del Letrado interviniente.-

Respecto de la intervención del Dr. CADENAS en la

resolución de fs. 753/754, de modo alguno implica que haya tomado posición en el asunto y, por ello, tenga que excusarse después. Porque lo que el Tribunal actuante en ése entonces (Dres. Jorge TORRES y Javier CADENAS) resolvió, NO es más que trasladar el planteo defensivo al momento de celebrarse el Juicio oral, sin expedirse sobre el fondo de la cuestión. En todo caso, la parte interesada debió plantear su RECUSACIÓN, no haciéndolo oportunamente, por lo que esta pretensión ahora no tiene sentido.-

Respecto de la intervención del Vocal durante el Debate, cabe decir, a priori, que de las actas obrantes a fs 1.082/1.092 y 1.107/1.117, no surge absolutamente nada: ellas reflejan lo que aconteció durante las Audiencias plenarias, y esta actuación, tal como lo describe la Defensa y atribuye al Dr. CADENAS, no surge en absoluto. Me tomé el trabajo de escuchar el audio de todo el Juicio Oral ("Causa Nº 4480 - Tribunal de J.y Ap. Gualeguay") especialmente la declaración testimonial del Sr. Juan Pedro DAVICO, y efectivamente pude oír precisamente en la Pista 2 de fecha 20/05/2016, 1:16':27", una intervención del Vocal CADENAS, que en ningún modo puedo tildar de sugerente, capciosa, indicativa, etc.. Es decir, rechazo todo intento de atribuir "parcialidad" en la intervención del Tribunal y/o del Vocal mencionado.-

G- No puedo finalizar mi voto sin hacer dos consideraciones: a) en relación al dilatado trámite de esta causa.- b) respecto a las desatinadas expresiones del Dr. CULLEN durante la Audiencia Casatoria al referirse a la actuación del Tribunal *a quo*.-

a)- Respecto del plazo que insumió esta causa, observo que la denuncia fue presentada en Junio de 2009. La Jueza de Instrucción dictó el Procesamiento de ambos encausados el 21 de Abril de 2010. La Cámara

de Apelaciones de C. del Uruguay revocó este procesamiento y dictó una Falta de Méritos el 23 de Agosto de 2010. La Jueza de Instrucción vuelve a procesar a ERRO y DELLAGIUSTINA el 28 de Junio de 2011, aclarando que previamente la Defensa había apelado la denegatoria de producir ciertas pruebas. El Auto de Procesamiento fue nuevamente recurrido por los Defensores, interviniendo nuevamente la Cámara de Apelaciones de C. del U. quien confirma la resolución el 21 de Septiembre de 2011. El Agente Fiscal requiere la elevación de la causa a juicio el 18 de Octubre de 2011, ante lo cual la Defensa opone revocatoria con nulidad, apelación en subsidio y reserva de casación y extraordinario federal, reiterando este pedido el 25 de Octubre de 2011 agregando una recusación, agregando un pedido de sobreseimiento y además insta una prórroga extraordinaria. La Jueza de Instrucción rechaza estos pedidos y clausura la investigación, elevando la causa a juicio en fecha 02 de Noviembre de 2011. La Defensa apela e interviene nuevamente la Cámara de Apelaciones en Marzo de 2012 confirmando el auto recurrido. Estando ya radicada la causa en la etapa de Juicio, la Defensa presenta un recurso de Casación (en Marzo de 2013), motivando la intervención de la Sala Penal del S.T.J. en fecha 21 de Agosto de 2013, rechazando dicho recurso. La Defensa interpone recurso Extraordinario (en Septiembre de 2013), el cual le fue denegado el 22 de Noviembre de 2013. A partir de allí y durante varios meses (casi un año), se discutió la regulación de honorarios profesionales (incluso vino a este Tribunal de Casación por recurso de Inaplicabilidad de Ley) y en fecha 17 de Febrero de 2016 se decreta la fijación de Audiencias para celebrar el Juicio Oral.-

Con todo lo dicho queda expuesto que las múltiples intervenciones de la Defensa (me refiero expresamente a los Abogados anteriores, Dres Gregorio ERRO y Emilio MATORRAS) fueron causante de

la dilación del proceso.

b)- Confieso que me retiré del recinto de Audiencias amargamente sorprendido por algunas de las manifestaciones vertidas por el Dr. CULLEN, sobre todo porque provenían de un profesional del Derecho que hace tiempo se destaca por declamar en defensa de las garantías constitucionales y los principios del Estado de Derecho. Ciertamente, no podía creer que estuviese denunciando un "pacto político-judicial", porque ese sólo apelativo me alarmaba, máxime teniendo en cuenta la sobrada -y comprobada- capacidad técnica e idoneidad ética de los tres integrantes del Tribunal que juzgó este caso.-

Más tarde, más sereno y en la soledad de mi Despacho, acompañado tan solo de mi propia conciencia, escuché el DVD correspondiente y ahí aún más me asombré cuando escuché -de boca del mismo Dr. CULLEN- decir que "se trata de un hecho netamente político... los denunciados son contrincantes políticos" (min. '53); "claro tinte político en el accionar del Tribunal" (min. '54); "grave violación de lo que debe ser la Judicatura" (min '57); (Tassistro) "no se quiso prestar a este juego político-judicial" (1:20').-

Considero que deben rechazarse tan agraviantes acusaciones, porque si a todo evento, la denuncia y/o los denunciados tuvieron en su momento alguna intencionalidad como la que se denuncia, esto de ninguna manera puede transmitirse a la posterior intervención jurisdiccional (la Jueza de Instrucción, la Cámara de Apelaciones de C. del Uruguay, y el Tribunal de Juicio de Guleguay) pareciéndome una ofensa gratuita y equivocada.-

Entiendo que, además de rechazar enfáticamente tales "acusaciones", corresponde remitir el video a los Jueces que integran el

Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguay, a los fines que ellos estimen pertinentes.-

H- En relación a las costas y atento al resultado al que se arriba, luego del tratamiento de la cuestión, corresponde imponerlas a cargo de la parte recurrente -Arts.547 y 548, del C.P.P..-

En cuanto a los HONORARIOS de los profesionales intervinientes, no corresponde su regulación por no haber sido ello solicitado (Art. 97 inc. 1 del Decreto Ley 7046/82 ratificado por ley 7503).-

Así voto.

A la misma cuestión propuesta, la Sra. Vocal Dra. Marcela DAVITE dijo:

Adhiero al Voto precedente, al cual agrego que en estas actuaciones quedó debidamente acreditado que el día 17 de abril de 2009 el Municipio de Gualeguay, a través de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos solicitó el alta de un medidor trifásico ambulante para una carga de 08 kw para instalarse en calle Leandro N. Alem frente al nro. 7 de esa ciudad y que el día 20 de mayo, por idéntica vía, se solicitó la desconexión del mismo, la que se hizo efectiva el día 22 de mayo (todo esto según la documentación que obra a fs. 41, 43 y 440 del expediente).

Además, también se acreditó que el día 17 de mayo se convocó a una reunión partidaria a realizarse el día siguiente, la que efectivamente se llevó a cabo según da cuenta e ilustran los periódicos locales de esas fechas (fs. 336/433).

Lo dicho es suficiente para descartar los argumentos esgrimidos por el Letrado por cuanto las circunstancias referidas, más el importante cúmulo de pruebas que se introdujo oportunamente y que fue pormenorizadamente analizado por la Sra. Vocal del Primer Voto, acreditan plenamente el *factum* y su autoría.

Es por esta razón que las contradicciones del testigo Davico no tienen la relevancia que pretende conferirle la Defensa, sobre todo si se tiene en cuenta que declaró en juicio casi seis años después de haberlo hecho en la instrucción y que de ningún modo resulta un testigo dirimente, porque la misma información que éste suministró llegó al Tribunal también a través de los dichos de los testigos Víctor González y Andrés Gómez.

Tampoco tiene trascendencia la cuestión referida a la utilización del inmueble para las reuniones del "Consejo de la Mujer" puesto que, aun teniendo por cierta su existencia y funcionamiento en el lugar, tal circunstancia no descarta la contundente prueba que acredita que durante el período imputado -concretamente el 18 de mayo- se utilizó allí el medidor suministrado por el Municipio para la realización de un acto partidario.

Menos aún puede relevarse el argumento relativo a las ponderaciones que realizó el Tribunal para calcular el consumo de energía eléctrica (haciendo referencia a páginas web de la provincia de Río Negro), porque esta es una cuestión absolutamente periférica al hecho que se juzga. Resulta una obviedad que, tratándose de un delito contra la Administración Pública, lo que se resguarda es el buen funcionamiento, transparencia y probidad del Estado en todos sus estamentos y no el erario, bien jurídico que el letrado erige evidentemente como central.

También advierto forzado el planteo relativo al cambio de calificación legal, ya que esta situación no causó ninguna sorpresa a los imputados ni a sus Defensas, por cuanto se venía discutiendo desde el dictado del auto de falta de mérito.

Del mismo modo, el ataque dirigido a la falta de motivación de la sentencia como causal de arbitrariedad, si bien fue planteado de manera enfática, resulta insuficiente para demostrar su ilegalidad. No se atacaron los fundamentos legales, ni las consideraciones en que se sustentó el sentido del fallo, limitándose a criticar la técnica mediante la cual se redactó el voto, pretendiendo que en el mismo se expliquen los motivos por los cuales se requirió el medidor un mes antes del acto partidario; o sea, exigiendo que el Tribunal

conjeture de modo no autorizado acerca de las razones que condujeron a los imputados a obrar de la manera en que lo hicieron.

Por otra parte, la Defensa pretende poner bajo sospecha a los testigos de cargo por ser adversarios políticos de los imputados, ignorando que en el marco del proceso penal es natural que se contrapongan las posturas de denunciadores y denunciados. Éste es el motivo por el cual -a los fines de la valoración de sus dichos- es obligatorio realizar el interrogatorio preliminar.

Así también, como ya lo anticipé, no es pertinente el planteo relativo a la aplicación del principio de insignificancia que con insistencia invoca la Defensa. Debe tenerse en cuenta que no es posible hacer este tipo de interpretaciones cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios públicos, sometidos a mayores exigencias que el ciudadano común porque no se trata de fondos propios, sino que pertenecen a los contribuyentes. Esta cuestión ha sido suficientemente tratada en las causas "Miranda - Thamm" (Sala II - Cámara del Crimen- 28/3/2011) y "Klein y otros - Impugnación Extraordinaria" (STJ - 9/06/2017).

Ahora bien, durante la audiencia de casación el Dr. Cullen, al analizar concretamente la declaración del testigo Davico, acusó al Tribunal -especialmente al Dr. Cadenas- de parcialidad por haber intervenido durante el interrogatorio e interpretar sus dichos.

Así, durante su alegato dijo: *"Expresamos dos motivos de agravios centrales subdivididos, el primero es la violación al derecho de defensa y el segundo es la arbitrariedad fáctica."*

Señor Presidente, Excma Cámara, distinguidos colegas, lo primero: ratificar en un todo el escrito de interposición del recurso de casación oportunamente interpuesto. También voy a hacer mención de que trataré en lo posible de ser breve porque la gran mayoría de los argumentos que han dicho los distinguidos colegas son aplicables también a la misma casación, salvo el tema de lo que tiene atinencia específica con Dellagiustina, esto es la parte de la tipicidad subjetiva. El resto prácticamente, discurremos sobre los mismos argumentos. Sí, con algunos matices.

Nosotros lo primero que expresamos en el recurso casatorio es que nos encontramos frente a un proceso y una sentencia que convalida un acto jurídico llevado a cabo con un menosprecio del derecho de defensa desde el ámbito constitucional. No lo digo en forma personal, sino las pautas mínimas o por lo menos que esta defensa entiende mínimas, que debe tener todo proceso penal, no se han cumplido.

Y arrancamos en el escrito de casación explicando que ya desde el comienzo de la acusación por parte del Ministerio Fiscal la defensa comienza a tener, perdón por la redundancia, dificultades para ejercer la defensa. Por qué, porque nunca tenemos la determinación del lapso que debemos investigar. El hecho imputado, que en realidad tampoco es un hecho en forma concreta, pero el hecho imputado como viene requerido a juicio es: "El haber instalado un medidor municipal en un inmueble ubicado en calle Alem N° 7. Inmueble este donde a la postre terminó funcionando el local partidario del Frente para la Victoria".

Semejante indefinición: a la postre significa al final, pero al final puede haber sido: después de que se quitó el medidor, después de que pasaron los actos proselitistas de los que tanto se habló en el debate...No una definición. Esto llevó a que la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay advirtiera sobre esta problemática que hace nada menos que a la posibilidad de a los testigos preguntarles sobre tiempos concretos, sobre cuestiones que tienen que ver y que deben ser probadas de acuerdo a lo que uno tiene que entender que es de lo que se debe defender. Entonces la Cámara de Concepción del Uruguay, le dice: en definitiva, lo que debe probarse por parte de la instrucción es que efectivamente en el período comprendido entre el 17 de abril y el 20 de mayo de 2009, se hicieron reuniones partidarias utilizando la energía eléctrica provista por ENERSA y a solicitud y cargo de la municipalidad. Eso era, según la Cámara de Concepción del Uruguay, lo que la fiscalía debía probar en juicio.

Lejos de modificar la descripción del hecho adecuándolo a esto, lo cierto es que la fiscalía hizo caso omiso a esta recomendación de la Cámara y siguió insistiendo con aquella primera formulación del hecho, esto es: el haber

colocado un medidor donde a la postre termina funcionando un local partidario del Frente para la Victoria. Esa es la imputación. Esto fue sostenido al momento de iniciar el debate, como previo, para que se adecue de una vez durante todo el proceso la materia objeto de investigación, desgraciadamente no tuvimos eco en esa petición. Pero mucho más grave se torna esta indefensión cuando la propia sentencia al finalizar con una condena hacia nuestros defendidos, da por fehacientemente acreditado con grado de certeza que existió el hecho descrito en la requisitoria del Ministerio Público Fiscal, que como acabo de demostrar, no describe ningún hecho, no los circunscribe temporo-espacialmente, que es esencial, es esencial.

Es imposible dejar de mencionar -y yo hubiese querido no tener esta desagradable tarea- que desde el comienzo mismo de este proceso flotó por encima de todos los intervinientes una fuerte impronta de que estábamos frente a un hecho netamente político, un hecho netamente político que nada tenía que ver con lo jurídico, y es realmente llamativo lo que sucedió en ese proceso, porque los denunciadores eran a su vez -y lo decían, lo decían porque estaban bajo juramento obviamente-, eran contrincantes en la línea interna de Erro. No sólo los denunciadores, los testigos de cargo eran todos contrincantes de la línea política de Erro, pero no sólo dijeron eso, sino que dijeron que ellos también hacían actos partidarios con la utilización de la energía pública. Incluso aclararon que en esos días había sido el acto por el aniversario de la muerte de Evita y dijo: "lo hicimos en la plaza y sí... sacamos la luz de la plaza". Esto, el silencio más absoluto por parte de los acusadores que estaban frente a una persona que estaba diciendo: "lo mismo por lo que lo están acusando acá, lo acabo de hacer hace cinco o seis días" – no me acuerdo la fecha-, sin que nadie dijera nada.

Pero donde peor surge el clarísimo tinte político, cuando se vio durante el proceso la actitud del Tribunal para con quienes ejercíamos la defensa en ese momento, que fue incluso llamada la atención por esta defensa solicitándose que se agregue la grabación a esta casación para que se vea cómo se le explicaba al testigo lo que había querido

decir, y yo acompañé la grabación porque fue realmente –por lo menos yo no he tenido esa experiencia, tal vez el Dr. Federik con sus años de experiencia la ha tenido- pero que un miembro del tribunal le explique al testigo lo que estaba diciendo porque el testigo se estaba contradiciendo, por lo menos yo no lo he visto, en Paraná yo estoy seguro que no ha pasado, ni en este sistema, ni en el anterior, ni en el que vendrá.

Además debo decir, esa contradicción del testigo Davico que fue lo que se puso en cuestionamiento no es que la marcó la defensa del Sr. Erro, lo marcó la Cámara de Concepción del Uruguay. Porque aquí no se dijo, y tal vez sea algo novedoso, que este proceso, quien califica y da cerrado –luego me voy a adentrar en eso- la calificación legal –por eso se torna tan injustamente sorpresivo el nuevo cambio- es la Cámara de Concepción del Uruguay que dicta la Falta de Mérito. Y dicta la Falta de Mérito entre otras cosas porque el testigo Davico era contradictorio. **Cuando se le señaló la contradicción al testigo en el debate, el Dr. Cadenas -en una, insisto, en algo que yo no había visto-, le explica al testigo que: "si lo que usted quiso decir no podrá ser interpretado?".... Por supuesto el testigo: "si debe ser eso...", y así quedó. Realmente la actividad acusadora del Tribunal en eso, y está gravado, insisto, pueden escucharlo, es a una hora cuarenta minutos del DVD que se acompañó oportunamente.**

Ahora cuando además de lo que tuvimos que soportar en ese momento, que incluso fue llamada la atención, la Dra. Pivas dice: "quédese tranquilo Dr. Cullen que está todo grabado", dije, bueno, lo van a tener en cuenta por lo menos para desestimar el testimonio de Davico. No. No solo sucedió la interpretación sobre el testimonio de Davico, sino que al llegar la sentencia, es decir luego de que pasáramos ese mal trago que yo creo no sé si tiene anales de comparación aquí, al llegar la sentencia nos encontramos con una grosera y flagrante –ahora sí- violación a los principios básicos de lo que debe ser la judicatura.

Precisamente hablando de este señor Davico que en definitiva era un

testigo -que mas allá de esta circunstancia apuntada del Dr. Cadenas- terminó haciendo una interpretación vaga sobre por qué o cómo o cuándo se había consumido esos 68 kW/H -que era en definitiva lo que se había consumido- y que ese consumo podría compatibilizarse con una actividad partidaria. Cuando se le preguntó que explique por qué, bueno... explicó que con tres o cuatro foquitos más una heladera... bueno, empezó a explicar medianamente cuánto era el consumo, lo que generó que esta defensa le preguntara si él era experto, si tenía algún título, si era perito; porque era una cuestión de prueba que la fiscalía si lo quería probar, bueno lo tomó como idóneo a Davico, bueno se somete a Davico al contraexamen de la defensa.

Pero qué sucedió, lo de Davico fue tan pobre en su respuesta, que el Tribunal, de oficio, en la sentencia – es decir esto no pudo tener contraparte-, incorpora una planilla que surge de una página web: www.edersa.com.ar/guíaconsumo. Acá incluso eso, Edersa, -claro, habrán pensado que en aquel momento como era Edersa, se llamaba así, era lo mismo. Edersa es la distribuidora de energía de Río Negro, ni siquiera pudieron buscar la planilla de consumo de Entre Ríos, pero bueno, voy. Cuál es la explicación que da el tribunal para justificar lo que había dicho Davico, este testigo que acabo de mencionar (LEE A CONTINUACION PARTE DE LA SENTENCIA -MINUTO 59-).

Si alguien me puede decir que eso es una explicación racional de que cualquier ciudadano pueda hacer semejante tarea de interpretación de una página web de la distribuidora de energía de Río Negro, y tomar esto como elemento central, porque cual era el argumento que decía el tribunal?: yo tengo 68 kW/H gastados, luego tengo que según la diputada Tassistro y las mujeres que depusieron -y que reconocen todas que ahí se hacían reuniones de mujeres tal cual la problemática de género, incluso gente que era partidaria y gente que estaba en contra de las ideas políticas del entonces intendente Erro, todos depusieron lo mismo. Pero que pasa, decían no... la señora Potente que era una licenciada que venía- se acreditaron los mails para acreditar que venía a Gualeguay- y que estaba interesada en que exista un lugar – previo a que se

consiguiera esa casa- para poder realizar estas reuniones- todos decían: no, pero había una lamparita, no había grandes consumos de luz.

Entonces, qué es lo que sostiene el Tribunal: si había 68 kW/H de consumo durante un mes, y de acuerdo a lo que dicen las mujeres, las reuniones solo se producían los sábados en horarios diurnos, es decir que no se utilizaba luz, por lo tanto ese consumo de 68 kW/H no se compadece con esas reuniones. Entonces infiero que si no solamente había reuniones, debe haber habido actividad política... y con eso da por probado la actividad política en la casa de la mujer, véanlo por favor.

Pero además, de todo esto, eso ni siquiera era cierto porque lo que no dice la sentencia es que las mujeres no se reunían solo los sábados, lo expresamos por escrito de manera que no voy a tratar o trataré al menos de no hacer hincapié sobre eso; pero todas las mujeres decían que se juntaban dos o tres veces por semana, la que venía los sábados era nada más que una licenciada que venía de Buenos Aires. Todas las reuniones se hacían en otro tiempo, y es más, una dijo incluso que necesitaban poner un proyector porque la licenciada quería realizar una proyección.

Entonces ahí si decimos: "bueno qué vamos a soportar". Supongamos que en el proceso son cuestiones de interpretación, si el juez puede o no preguntar al testigo de la manera en que le preguntó Cadenas, porque es claro que siempre se puede pedir una aclaración, lo que no se le puede decir es que le interprete al propio testigo lo que está diciendo. Supongamos que podemos sostener que la imputación por mas que fue vaga y que no fue acotada en un tiempo, y que no tuvo los elementos suficientes como para que nosotros podamos defendernos. Tanto es así que fíjense que discutíamos, el propio tribunal termina diciendo que en definitiva que como el consumo era superior a lo que decía él -lo que decía el tribunal- que gastaba la Casa de la Mujer, se debía inferir entonces que había actividad partidaria, que no pudo probar ni un solo día. Además de esto debemos decir que testigos que también eran de cargo, decían que no había nada en ese lugar, que estaba desocupado. Claro, pero como eso no formó parte de la imputación, porque decía " a la postre termino", sin tener un

claro correlato preguntar a un testigo un día determinado, no pudimos defendernos sobre ese punto.

Pero es ahí, que para justificar precisamente que el consumo era exiguo, perdón, excesivo para el funcionamiento de la Casa de la Mujer, donde el tribunal, sin ningún tipo de petición por parte del órgano acusador, en la sentencia, exclusivamente en la sentencia saca a relucir esta guía de consumo de la distribuidora de energía de Río Negro.

La verdad -yo no voy, o trataré de no aburrir, ya vamos una hora de alegatos, ambas defensas, ya voy pidiendo disculpas por el tiempo extenso-, pero este tema no puede ser menor porque esto hace precisamente a nuestro sistema judicial. En la causa Casal, en uno de los considerandos cuando se explican los dos grandes sistemas -no voy a ser largo en esto- dice que ya desde Alberdi, cuando se decide seguir el sistema norteamericano en contraposición al europeo, el norteamericano que es un sistema de control horizontal con control difuso de constitucionalidad en cambio el europeo que es un sistema jerarquizado lo llama -en el en un voto creo de Petrachi, en Casal- lo que termina diciendo ese control precisamente horizontal ese control difuso de constitucionalidad, hace que el único sistema constitucional válido sea el acusatorio; porque en los sistemas jerarquizados uno tiene una especie de doctrina y normas pétreas que no se pueden discurrir, en cambio cuando cada juez puede hacer el control de constitucionalidad puede haber diversidad de interpretación entonces cuál es el límite que tiene, precisamente el contradictorio, el acusatorio. Y este acusatorio lo principal que tiene como eje es la independencia y la imparcialidad absoluta del juez, porque sino sí se está aplicando el sistema jerarquizado que hablaba Alberdi. Esto lo explica muy bien Zaffaroni en el voto en Sandoval, que es casi calcado: absuelven por el triple crimen de Chipoletti en Río Negro, casa la sentencia la querrela porque el fiscal había adherido a la absolución. El tribunal de alzada dice: tengo dos periciales, una que dice que la huella era de Sandoval y otra que dice que no era de Sandoval, mando a hacer una tercer pericial, lo condenan, llega a la Corte Suprema y la Corte les dice: señores, el tribunal de oficio no puede hacer una

pericia, le está vedado, no puede ordenar que se haga prueba cuando la fiscalía, el órgano acusador no lo hizo, y da toda esta explicación, porque el sistema constitucional nuestro al no ser del tipo jerarquizado europeo, necesita el control horizontal de constitucionalidad.

Esto es lo que paso aquí, ante la falencia de la acusación en no poder determinar en definitiva cómo habían ocurrido los hechos, sin darle posibilidad a esta defensa de poder cuestionar, aunque sea cuestionar, lo que iba a afirmar tan rotunda y groseramente -no digo grosero en el sentido peyorativo, sino de ampuloso- de la sola circunstancia de que se habían gastado 68 kw/h, demostraron que se había llevado a cabo actividad partidaria. Realmente, entendemos que se ha, con estos ejemplos que acabo de dar, que están más claros seguramente en el papel, y a los que remito, probamos que aquí no estuvimos en un proceso donde se haya garantizado efectivamente el derecho de defensa. Corolario de toda esta vulneración del derecho de defensa es la sorpresiva calificación legal, ya el Dr. Federik ha explicado, adhiero en un todo a lo dicho por él, no lo voy a repetir. Solamente decir que esto ya tiene consagración jurisdiccional, no es solamente una cuestión de teorías ni de opiniones, esto ya fue resuelto en "Ramírez contra Guatemala" por la CIDH, que, salvo que cambie ahora por alguna cuestión política, sigue siendo la última intérprete válida de la Convención Americana de Derechos Humanos, en Ramírez contra Guatemala trató solo el tema del cambio de la calificación legal, dijo que no se puede, como lo explico el Dr Federik, no voy a volver sobre eso.

Esto es el primer motivo de agravio que tuvimos, todos estos ítems que fuimos relatando. Pero eso solo que debiera anular necesariamente la sentencia, como bien lo han expresado los colegas, no son los únicos motivos. El segundo motivo de agravio tiene que ver con la valoración arbitraria que se hace del material fáctico. Ya supimos, ya vimos, explicamos que no tuvimos una determinación tempo-espacial de lo que estábamos investigando. Pero bueno, a la luz de toda la prueba, lo único que queda en claro es que se habría realizado un acto partidario por un plazo de tres horas. Por eso cuando el Dr. Lambruschini

explicaba que se trata de 101 pesos, en realidad debería decir que lo que se está imputando no son 101, 101 es el total. Pero si uno da por cierto, porque el fallo dice también que es cierto, que es otro tema, que existió el Consejo de la Mujer, que efectivamente había reuniones que efectivamente se trabajaba, lo único probado son esas tres horas de utilización, en el caso que hubiese sido, de la luz de ese local, insumen menos tres pesos. Eso es lo que en definitiva habría o estaría involucrado en este proceso. Porque el resto, la conexión -que es la mayor cantidad de dinero-, los impuestos y el consumo anterior, se probó que eran por parte del órgano del Consejo de la Mujer que capitaneaba en aquel momento Elena Tassistro, y eso es lo que estamos discutiendo hoy, tres pesos.

Volviendo a la arbitrariedad fáctica, qué es lo que sucede, comienzan a discurrir los testigos, los testigos eran todos adversarios políticos de Erro que precisamente, o tenían alguna función dentro del ente de energía porque eran inspectores o tenían la posibilidad concreta de hacer una constatación sencilla en la calle porque el medidor ambulante se pone a la vista de todo el mundo, no es que se está ocultando nada a nadie. Y ahí es donde se produce la otra gran arbitrariedad, cuando se traen los testigos, voy a mencionar el más grosero, por lo menos para la defensa; viene a deponer un testigo que fue precisamente uno de los oradores ese día en el acto, el Dr. Raúl Barrandeguy al que el tribunal felicita porque no se escudó en los fueros y declaró, se sometió a las preguntas de la fiscalía, un testigo calificado, creo que lo dicen con estos términos; incluso denostando a la no presentación de la Concejala Tassistro, ya me voy a detener sobre eso porque era diputada en este momento cuando vino, en realidad fue pedida reiteradamente por la defensa y la fiscalía fue la que no quería que viniera Tassistro, pero es otro tema. Como lo explico el Dr. Federik, Barrandeguy dijo que efectivamente habían ido a Gualeguay, llegan – eso esta prácticamente textualizado todo a fs. 39/40-, ese día había tres actos por esta cuestión de las líneas internas, en uno de los actos estaban en el museo y dice vamos a ir a hacer un acto en la vía pública -explican por qué se hacen en la vía pública- y que al llegar al lugar dice no observé que había un local pero no había actividad partidaria referida al acto, que incluso como hacía frío dice, le pregunté a Erro por

qué no se podía hacer ahí adentro y que Erro le dice que no porque esto es un tema de las mujeres o una contestación en ese sentido.

Todo esto fue absolutamente desoído por la Cámara, pero desoído de una manera grosera- insiste que no es peyorativo- pero además lo que dice Barrandeguy, va mas allá y le preguntan -eso fue en instrucción, prácticamente con la soledad del fiscal y del juez de instrucción, la parte inquisitiva del procedimiento mixto-, si sabía si la luz salía de ahí, y les dice Barrandeguy: "jamás he preguntado de donde sale la luz, si voy a un acto y tengo que hacer oratoria, hago oratoria. Lo que si me acuerdo es que, como estaba los cables sueltos por la vereda el encargado de sonido dijo: tengan cuidado con los cables que vienen de la casa de un vecino y que si los pisan nos vamos a quedar sin sonido", textualmente, no literal pero en ese sentido. Esa declaración del diputado aplaudida por la cámara porque no se escudó en los fueros y se sometió a las preguntas de todas la partes y nos da la certeza del único testigo que habló sobre de dónde provenía la luz, no lo dice el tribunal, guarda absoluto silencio y solo toma la parte que le hace encuadrar en la condena final a las declaraciones de Barrandeguy que tampoco da para una condena, pero que se condice más con lo que sostenía la fiscalía.

Lo mismo sucede con Tassistro, la historia es más o menos así, al principio del año 2009 la concejal Tassistro, reunida con un grupo de mujeres deciden llevar adelante un proyecto para hacer la Casa de la Mujer, para tratar la problemática de género; presentan un proyecto ante el Concejo Deliberante -ella era concejal, esta es la historia de donde surge todo- necesitaban un local, ya habían comenzado con reuniones, le pide el local a Luis Erro porque sabía que el padre tenía un local deshabitado, le dice que sí por supuesto, Erro se lo presta. Había un problema con el medidor de la caja de luz, por eso no tenían luz del mismo local, se le otorga la luz para que pudiera funcionar este Consejo de la Mujer provisoriamente, el medidor ambulante, que es un medidor que es propiedad de Enersa pero que tienen los municipios para determinadas cuestiones de emergencia, incluso para la realización de actos políticos partidarios, porque esto no se ha dicho pero es función esencial luego de la

reforma de 1994 en todos los estados y sus estamentos, el de promover la participación política, y sobre todo los partidos políticos que tienen rango constitucional, gústele a quien le guste.

El tema es que Tassistro lleva adelante, pide a Dellagiustina que se le otorgue el medidor para la realización de toda esta actividad que tenía que ver con al ámbito de la casa de la mujer, y a partir de este momento –esto no lo dice el fallo- quien pasa a ser la responsable por el medidor ya no es Dellagiustina ni Erro, es Tassistro, que es la que solicitó el medidor, que era concejal a su vez y que era dentro del ámbito de la función pública. Cuando se solicita, porque al momento de la ocurrencia de los hechos quien estaba como responsable era Tassistro. Cuando se va en apelación porque habían procesado a Erro y a Dellagiustina y la Cámara de Concepción del Uruguay revoca el procesamiento y dicta la falta de mérito, entre otras cosas dice: "hay que traer para que de sus explicaciones a María Elena Tassistro", pero era lo lógico es decir a quien se le dio el medidor, a ver que hizo usted con el medidor, porque podría haberlo utilizado para otras cosas, otros fines. Ella era la responsable del medidor. La entonces defensa dijo por favor cítese a María Elena Tassistro y el juez dijo no la voy a citar porque puede ser imputada y no la citó, y la fiscalía se opuso a la citación como testigo. Así transcurrió hasta que llegamos al debate. Cuando llegamos al debate, la entonces Concejal Tassistro, fue en el 2016, siete años, ya no era más concejal, era diputada, pero además de ser diputada, lo era por el Frente Renovador porque se fue del peronismo.

Cuando se la citó para que preste declaración, amparada por el derecho constitucional de contestar por escrito, contestó por escrito, y nadie puede decir nada porque es lo que le permite con razón la Constitución, y si me preguntan a mí: por que no se quiso prestar a este juego político judicial, y lo digo con muchísima tristeza, porque lo único que se quería era ver sentado al intendente de Gualeguay por tres pesos. Y qué contestó Tassistro, contestó precisamente todo esto que estoy diciendo, sí señores, se hizo un proyecto, se pidió el medidor, se pidió la casa, se hicieron reuniones, todo lo que acabo de decir; pero claro como Tassistro era en

su momento concejal de la línea de Erro, el tribunal desoye cualquier tipo de información; pero en realidad lo que debió hacer el tribunal si considera que esto es peculado, era imputar a Tassistro que es la que estaba como administradora de ese medidor ambulante; porque cuando se le da, cuando Dellagiustina o Erro le dan para que ponga la Casa de la Mujer quien pasa a ser responsable era Tassistro. Por favor no vengan ahora a imputarla a Tassistro, porque ya sería descabellado.

Ratifico en un todo el escrito, ahí se dan testigo por testigo se van marcando las arbitrariedades, y ojo todas están grabadas, no hay una sola de las cuestiones que se están planteando que no estén probadas en el expediente y que además no hayan sucedido en la audiencia porque esta todo grabado si bien no se utilizaba la video grabación –primero nos dijeron que estaba todo grabado y después resulta que no está grabado- nosotros tenemos grabaciones propias que se acompañaron.

Pero lo último porque no me quiero olvidar, de una de las cuestiones que llama poderosamente la atención, de la teoría de la insignificancia y todo lo que dijo el Dr. Lambruschini, que es perfecto, porque eso es así, en cualquiera de los dos sistemas, en el conductualista este de Luhmann que piensa que el derecho tiene que manejar las conductas y que la violación importante es lo de la norma, o en el constitucional argentino que tiene que ver con la lesividad, -porque ese el constitucional- en cualquiera esto es insignificante, pero lo que sí es realmente increíble es que para condenar por tres pesos se cite la Convención Interamericana contra la Corrupción. La verdad que si se cree por un minuto que los Estados de este continente se juntaron para hacer una norma que sirva para condenar a una persona por tres pesos estamos totalmente equivocados. Agustín Gordillo, que es un administrativista conocido por todos, tiene un trabajo sobre la Convención Interamericana y cuando habla de para qué se juntaron los estados, qué es lo que buscaban, explica que la interpretación de la Convención, al igual que la interpretación de nuestra Constitución, los fines para los que se juntaron están dados en el preámbulo que tiene la convención. Voy a leer muy brevemente, el Preámbulo de la Convención apunta a cuestiones gruesas de

nuestro tiempo, ya en el 4to párrafo los Estados miembros reconocen a la corrupción como un medio utilizado por el crimen organizado, crimen organizado más corrupción, al que no le queda muy distante el narcotráfico. Para eso es la convención, no para el uso de un medidor ambulante para un acto partidario. Pero además el propio Gordillo en este mismo trabajo dice que la Convención debe aplicarse con razonabilidad, y adecuación de medio a fin, no en bagatelas o cuestiones insignificantes que distraen la atención de los asuntos mayores. No busquemos los ladrones de gallinas sino los delincuentes o malos inversores de fondos públicos dotados de entidad, ello es fácil, se mide por el monto de la contratación. No incurramos en el viejo y conocido truco del ex Tribunal de Cuentas de la Nación: lo grande pasa, lo chico se objeta. Eso es lo que se debe hacer, no invocar la Convención contra la Corrupción para perseguir la utilización de un medidor ambulante. Insisto, hay más agravios en el escrito, los doy por reproducidos, para no elongar el tiempo de los alegatos de la defensa.

Lo último, se explicó con claridad por qué entendemos que se violó el derecho de defensa, por qué entendemos que existió parcialidad por parte del tribunal y por qué entendemos que esta sentencia debe ser en definitiva casada. Tal vez no se explicó, pero se deja a salvo que todos estos derechos emergen nada más que de la constitución Nacional y las convenciones y si existe una resolución de esta Cámara de Casación contraria a la petición, que deje vigente la violación de un derecho constitucional, surge para esta defensa la posibilidad de interponer el Recurso Extraordinario, porque se produce lo que se llama cuestión federal suficiente, que está avalada porque se han citado fallos que casi con igualdad de argumentos han sucedido y han sido fallados como lo solicita esta defensa. Por eso, solicitamos se case la sentencia recurrida, se anule la misma -como se solicita en el petitorio número VIII, Solución propuesta-, dictando nuevo fallo acorde a derecho y en subsidio se produzca el reenvío, aclarando que si se produce el reenvío, el mismo sea en los términos que la Corte le dió a los reenvíos desde "Sandoval", sin posibilidad de producir prueba nueva y retrogradándose solamente a los efectos que alcanza la

nulidad, y por supuesto, se tenga presente la Reserva del Caso federal que acabo de hacer. Muchas gracias".

Ahora bien, según consta en el DVD que registra la Audiencia de Debate el Señor Vocal Dr. Cadenas hizo la siguiente intervención: "**Juez:** ¿usted leyó completa la frase hasta donde empieza la otra pregunta? porque después viene una frase que dice que: "éste medidor fue solicitado que se le retire el día 20/9 según consta a fs. 'tanto'"; teniendo en cuenta el sistema escritural y las imprecisiones que a veces produce: ¿puede ser que usted se haya referido con esa nueva solicitud al retiro del medidor?

Testigo: ahh... exactamente, son dos solicitudes.

Jueza: nosotros no la podemos ver, usted sí puede verla. No hay problemas, si quiere consultar señor... si eso ya lo ha reconocido, si está bien.

Testigo: esta es la conexión, posiblemente acá.....

Juez: ¿entiende lo que le pregunto?

Testigo: claro, una es la solicitud de conexión y la otra es la solicitud de desconexión.

Juez: claro, como a renglón seguido viene la desconexión, pregunto si eso puede ser una explicación digamos... teniendo en cuenta... después las partes sacarán las conclusiones que consideren.

Dr.Cullen: no entendí cuál es la explicación, perdón. Fue claro, dice que "a los pocos días pusieron la casa que está actualmente, que es una línea política de FPV, con una nueva solicitud", para mi es clarito.

Juez: Punto, eso es una interpretación que se hará en su momento, entonces al testigo yo le pregunto, por qué se sorprende por eso y habla de que sólo hubo una única solicitud de conexión, si esa, cuando dice: "una nueva solicitud", no está referida a lo que sigue, renglón, punto y seguido: que fue solicitado que se le retire el día "tanto". Entonces esa nueva solicitud es la de retiro.

Testigo: de retiro, sí.

Juez: Pregunto al testigo, después será motivo de alegato e interpretación.

(...ininteligible...)

Dr. Cullen:... le dio dos o tres explicaciones, y si se le va a indicar cuál puede ser la interpretación al testigo, la verdad que esta defensa lo toma -por lo menos- con un alto grado de preocupación.

Juez: en ese sentido usted está faltando a los principios que invocó, de lealtad y de buena fe, porque yo en un momento indiqué si podía ser una interpretación válida o no.

Jueza: ha quedado constancia en acta, de las primeras declaraciones también, lo que ha dicho, la nueva solicitud contiene un error, no hay otra solicitud, está grabado, así que quédese tranquilo, será motivo de ésta operación."

De este modo entiendo que el Dr. CULLEN con sus afirmaciones puso en crisis el diálogo racional y respetuoso propio de la relación procesal entre las partes y los magistrados, exacerbando al extremo cuestiones tangenciales respecto al núcleo de lo que se viene discutiendo en el juicio. Porque como ya lo dije, los dichos del testigo Davico no configuran una prueba dirimente para la definición de la responsabilidad penal y porque tampoco surge de la escucha de los audios la intencionalidad que le adjudica a las preguntas aclaratorias que hizo el Magistrado.

Este es el punto que motiva que me exprese en este segundo voto: estoy sorprendida ante las manifestaciones del Dr. Cullen ya que nunca escuché en el marco de una audiencia, agravios de este tenor.

Pero lo cierto es que en el caso se encuentra debidamente acreditado que el hecho existió, que los imputados fueron sus autores, que la conducta se subsume en una figura penal, sin que se haya configurado ninguna causa excluyente de la antijuridicidad ni de la culpabilidad. Me pregunto entonces, a criterio del Sr. Defensor, ¿deberíamos los jueces recurrir a la aplicación de una excusa absolutoria inexistente y absolver? Eso no sólo sería prestarse a un juego político judicial -utilizando los términos del letrado- sino lisa y llanamente, cometer el delito de prevaricato.

Entonces, me sigo preguntando si ese es el trato que merecen los magistrados cuando dictan sus sentencias en el marco de sus funciones, a las que -válido es recordar- accedieron tras estrictas pruebas de selección y cumpliendo todos los requisitos que la Constitución Provincial establece.

Advierto así, que la conducta del abogado configura una falta grave a sus obligaciones como auxiliar de justicia; que implica una conculcación a los deberes señalados por la ley orgánica y me llevan a propiciar se le aplique la sanción de apercibimiento (cfme. art. 9, inc. 4, ap. b, Dec-ley N° 6902/82, ratif. por Ley N°7504)

Asimismo, deberá disponerse que por secretaría se labre un acta con la desgrabación completa del informe del Letrado y la desgrabación de la audiencia de Debate correspondiente al interrogatorio que hizo el Dr. Cadenas al testigo Davico y que la misma se agregue a estas actuaciones.

Tal es mi voto.

A la misma cuestión propuesta, la Sra. Vocal Dra. Marcela BADANO dijo:

Que adhiero al voto de la Vocal preopinante Dra. Marcela DAVITE.-

A mérito de lo expuesto, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

SENTENCIA:

I- RECHAZAR los Recursos de Casación interpuestos por los Dres. FEDERIK y LAMBRUSCHINI (en representación de Alfredo Domingo DELLAGIUSTINA) y CULLEN y VARTORELLI (en la defensa del imputado Luis Alberto ERRO) y en consecuencia CONFIRMAR la Sentencia de fs. 1.118/1.191 vta. dictada por EL TRIBUNAL DE JUICIOS Y APELACIONES de GUALEGUAY.-

II- DECLARAR las costas a cargo de los recurrentes vencidos -Arts.547 y 548, del C.P.P.-

III- NO REGULAR los honorarios profesionales de los letrados intervinientes, por no haber sido ello solicitado (Art. 97 Inc. 1 del Decreto Ley 7046/82 ratificado por ley 7503).-

IV- TENER PRESENTE las reservas del caso federal efectuadas.-

V- APLICAR al Dr. Miguel Ángel CULLEN la sanción de Apercibimiento (cfme. art. 9, inc. 4, ap. b, Dec-ley Nº 6902/82, ratif. por Ley Nº7504) atento los fundamentos exhibidos en los considerandos de la sentencia.-

VI-Protocolícese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase la presente causa al organismo de origen.-

**Marcela DAVITE
BADANO**

Hugo PEROTTI

Marcela

**Claudia A. Geist
-Secretaria-**