

## Administracion Publica

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República

Argentina, a los 17 días del mes de mayo de 2012, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como Presidente y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de examinar y resolver el recurso de casación deducido por el fiscal subrogante en la Fiscalía General N° 5 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de esta ciudad, Dr. Miguel Ángel Osorio, contra la sentencia que obra a fojas 6900/6901 vta. y fundamentada a fojas 6903/6949 vta. de esta causa registrada bajo el N° 14.057, caratulada "P., P. s/ recurso de casación", de cuyas constancias RESULTA: 1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6, en lo que aquí interesa, absolvió a P. P. en orden al delito de defraudación por administración infiel en perjuicio de la administración pública -art. 173, inciso 7, en función del artículo 174 inciso 5 del Código Penal por no haberse acreditado a su respecto la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal. Contra esta decisión el fiscal subrogante en la Fiscalía General N° 5 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de esta ciudad, Dr. Miguel Ángel Osorio, articuló recurso de casación a fojas 6972/6977 vta., el que fue concedido parcialmente a fojas 6990/6992 vta. sólo respecto de P. P. 2°) Que el recurrente fundó la vía impugnativa impetrada en las previsiones del inciso segundo del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación -error in procedendo-. Argumentó -dicho sea en prieta síntesis- que la decisión atacada resulta arbitraria pues no se condice con las pruebas recabadas en autos. Así, destacó que en el caso no se trata del otorgamiento de un crédito por parte del Banco Central a una entidad bancaria (Banco Basel) que estaba atravesando una situación de iliquidez transitoria sino del otorgamiento irregular de un crédito carente de una garantía idónea con el propósito de causar un daño al patrimonio del Banco Central. En este orden de ideas sostuvo que la absolución declarada no se condice con las pruebas recabadas que, al contrario de lo afirmado en la sentencia, señalan que no se tomaron los mínimos recaudos a fin de corroborar que el inmueble resultaría una garantía confiable a los fines del eventual recupero del capital e intereses. Destacó que la Dra. U. advirtió a P. sobre la falta de verificación de la garantía ofrecida, y pese a ello éste le manifestó que igualmente se otorgaría la asistencia crediticia. Subrayó que P. tenía el deber jurídico de proceder de acuerdo a la normativa vigente en aquél entonces para la entrega de redescuentos de manera que las graves omisiones en las que incurrió en comparación con el modo en que se procedió en anteriores créditos al Banco Basel resultan demostrativas del dolo exigido por la figura penal adjudicada, y descartan que haya mediado error o negligencia de su parte. Por las razones expuestas solicitó que se deje sin efecto la sentencia puesta en crisis en cuanto absolvió a P. P., e hizo reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 3°) Que, superada la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.). Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Raúl R. Madueño, en segundo y tercer lugar los doctores Luis María Cabral y Mariano Hernán Borinsky, respectivamente. Y CONSIDERANDO: El doctor Raúl Madueño dijo: I. Que mediante la sentencia puesta en crisis los magistrados del tribunal oral interviniente concluyeron que no se encontraba debidamente probada la imputación formulada oportunamente por el representante del ministerio público fiscal. Así, es dable mencionar que aquél adjudicó a P. P. el haber otorgado ilegítimamente el 8 de febrero de 1995, en su carácter de vicepresidente del Banco Central de la República Argentina, un adelanto por iliquidez transitoria de dos millones de pesos al Banco Basel S.A. no obstante que esta entidad experimentaba serios problemas de solvencia e iliquidez a esa fecha, aceptando como garantía de la operación la cesión de los derechos emergentes del boleto de compraventa del inmueble sito en la calle General Hornos ? de la Capital Federal, la cual resultaba inidónea a tales fines. El representante de la vindicta pública, además de P., dirigió su imputación contra G. L. L., E. I. A. P., H. O. B. y R. B. F. -este último en calidad de autor-, calificando los hechos endilgados como constitutivos del delito de defraudación por administración infiel en perjuicio de una administración pública (art. 173, inciso 7, en función del artículo 174, inciso 5° del Código Penal). Mas al momento de formular los alegatos, el fiscal del juicio propició la absolución de L., P. y F. pues a su modo de ver no se encontraba demostrada su participación en el ilícito en reproche. Respecto de P. solicitó la aplicación de una pena de tres años y nueve meses de prisión, multa de \$ 90.000, inhabilitación especial perpetua, accesorias legales y costas por encontrarlo autor del delito adjudicado, y respecto de H. B. petitionó su condena a la pena de tres años de prisión en suspenso, inhabilitación especial perpetua y multa de \$ 70.000 por hallarlo partícipe necesario del delito de defraudación por administración infiel en perjuicio de una administración pública. No obstante las condenas requeridas por el fiscal, el tribunal de grado absolvió a la totalidad de los imputados, lo que suscitó que el primero recurriera las absoluciones dictadas en relación a P. y B., obteniendo la concesión del recurso deducido sólo respecto de P., toda vez que la pena solicitada para el segundo vedó su acceso a la instancia casatoria conforme lo prescripto por el artículo 458, primer

párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación. II. Los sentenciantes concluyeron que P., al sopesar los intereses en juego al momento de decidir el otorgamiento de la ayuda económica en reproche, bien pudo haber considerado que el Banco Central no iba a resultar perjudicado con la operación ya que recuperaría el capital e intereses dado en préstamo, con lo cual el sistema financiero resultaría fortalecido si lograban que el Banco Basel no cerraba las puertas, de modo que no puede afirmarse que medió dolo en la conducta asumida por el imputado, elemento exigido por el tipo penal adjudicado. Para arribar a tal afirmación el tribunal ponderó que el Banco Basel fue suspendido el 9 de febrero de 1995 por la Superintendencia de Entidades Financieras del Banco Central por el término de treinta días corridos excepto para las operaciones de cancelación de depósitos vencidos o a vencer durante ese plazo, hasta la suma de tres mil pesos por persona. Destacó que el trámite a seguir para el otorgamiento de fondos por iliquidez transitoria a esa fecha se encontraba regulado por el artículo 17, inciso d) de la ley 24144 y por los artículos 1.1, 1.3, 5.2.2 y 5.2.4 de la resolución 635/92 del Banco Central y la resolución 412/94 de la Presidencia de dicha institución, disposiciones de las que se desprende que si el crédito solicitado superaba el 6% del promedio de las partidas sujetas a efectivo mínimo con exigencia fraccionaria, debía autorizarlo el Presidente del Banco Central, y de no superarlo, el crédito debía ser otorgado por el Subgerente General de Operaciones. Los magistrados destacaron que en casos anteriores se cursaron los pasos jerárquicos establecidos en las disposiciones legales mencionadas conforme surge de la pericia contable obrante a fojas 1869/1874, como sucedió en oportunidad del otorgamiento de auxilios financieros que tuvieron lugar a principios y mediados del año 1995. Destacaron que en el caso sub estudio se vislumbra un notorio apartamiento de tal normativa, puesto que el único funcionario del Banco Central que suscribió el documento otorgando el crédito de \$ 2.000.000 fue el testigo B., quien firmó tanto la acreditación de fondos como la cesión de derechos emergentes del boleto de compraventa del inmueble sito en la calle General Hornos -no intervinieron ni el Presidente F. ni el Vicepresidente P., mientras que B. rubricó varios días más tarde la constancia documental. Todos los nombrados fueron contestes en afirmar que las anomalías que presentaba el otorgamiento del crédito apuntado resultaron saneadas por el dictado de la resolución N° 118 del propio Banco Central de fecha 2 de marzo de 1995 dado que en su punto 3 resolvió convalidar las operaciones de financiamiento concertadas a partir del mes de enero de ese año y, entre ellas, operatorias como la investigada. También enfatizaron que para la época en la que se asistió económicamente al Banco Basel -auxilio que se verificó en reiteradas oportunidades y aceptando diferentes tipos de garantías- se estaban padeciendo en nuestro país las consecuencias de la crisis financiera experimentada por la República de México -denominadas "efecto tequila", situación que originó la fuga de depósitos de nuestro sistema bancario con el consiguiente riesgo para la estabilidad de diversas instituciones crediticias. Los magistrados encontraron que la existencia de esta particular situación financiera resultaba decisiva a la hora de analizar la conducta acriminada puesto que la actividad del Banco Central se vio significativamente alterada al tener que socorrer a las entidades que atravesaban una situación de crisis. Los miembros del tribunal oral mencionaron que el día 8 de febrero de 1995, en horas de la noche, se llevó a cabo una reunión en el Banco Central en la que intervinieron P. P., M. del C. U., G. L., los directivos del Banco Basel y su abogado el Dr. Polak, en cuyo marco P. le manifestó a la Dra. U. que se había otorgado un adelanto de dos millones de pesos al Banco Basel por lo que debía instrumentar de inmediato el contrato de cesión en garantía de los derechos del boleto de compraventa judicial del inmueble de la calle General Hornos N° ? de este medio que ocupara el diario "La Razón", mencionando que la garantía "iba a estar dada por la cancelación del saldo pendiente". Recordaron que el día 9 de febrero se verificó otro encuentro, en horas de la mañana donde U. instruyó a B. para que firmara la cesión del boleto de compraventa -lo que hizo-, documento que contaba con la firma del presidente del Banco Basel, J. G., desde el día anterior. Refirieron que si bien se encontraba demostrado que el Banco Basel atravesaba un estado de iliquidez, ello no resultaba óbice para el otorgamiento de un adelanto transitorio dado que situaciones como esa se encontraban previstas expresamente en el inciso c) del artículo 17 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Pusieron de relieve que con posterioridad al otorgamiento de la asistencia sub examine pudo establecerse que el Banco Basel había proporcionado al Banco Central copiosa información falseada respecto de su situación patrimonial, lo que dio lugar a que el 7 de junio de 2007 se dictara la condena de C. A. E., ex presidente del Banco Basel, a la pena de tres años de prisión en suspenso, multa de \$ 6.000 y costas por considerarlo partícipe necesario de los delitos de defraudación agravada por ser en perjuicio de una administración pública, en concurso ideal con los delitos de presentación de balance e informes falsos, en concurso material, a su vez, con el delito de desbaratamiento de derechos acordados, agravado por ser en perjuicio de una administración pública, pronunciada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 en la causa N° 838, en la cual el presidente del Banco Basel, J. G., se encontraba ya desde ese entonces prófugo. Tras afirmar que no fue posible acreditar que las autoridades del Banco Central conocieran positivamente la insolvencia del Banco Basel y, no obstante ello, otorgaran la ayuda financiera, sostuvieron que restaba analizar como hipótesis delictiva si el préstamo fue otorgado sin una garantía idónea que lo respaldara, violando las disposiciones del inciso c) del artículo 17 y párrafo a continuación del inciso d) de la ley 24.144 -según el texto vigente a la fecha del hecho- en tanto estipulaban que tales adelantos debían concederse con garantías sobre activos determinados, y vedaba su otorgamiento sin

garantías. Tal análisis remite necesariamente a evaluar la idoneidad de la garantía dada en el caso, conformada por la cesión de los derechos del boleto de compraventa del inmueble de la calle General Hornos ? de esta Capital, el cual fue suscripto en el marco de la quiebra del diario La Razón S.A. por quien lo adquirió en la subasta judicial llevada a cabo el 18 de diciembre de 1991, habiéndose abonado una parte del precio equivalente al 50% del importe total fijado en la subasta. El boleto fue cedido sucesivamente a Razón S.A., su continuadora Diazón S.A. y a J. G., mas nunca se abonó el saldo del precio. Ponderaron que del incidente de venta surgía que el 7 de febrero de 1995 el representante de Diazón S.A. ?O. P.- y el presidente del directorio el Banco Basel ?J. G.- solicitaron la homologación de la cesión a favor de ese banco, acto que el síndico M. B. consideró viable y que resultó autorizado por el juez de la quiebra el 9 de febrero de 1995 quien aclaró que si bien el principio general era la prohibición de la cesión de derechos tal como había decidido al ordenar la subasta del inmueble, se admitía la operación dado que P. y G. se obligaban a abonar el saldo del precio en el acto de otorgamiento de la escritura. A fin de valorar la idoneidad de la garantía los sentenciantes pusieron de resalto que el boleto de compraventa había tenido origen en una subasta judicial, que se había pagado una parte significativa del precio, que el inmueble ya se encontraba ocupado por el Banco Basel y que su valor ascendía a la suma de tres millones quinientos cuarenta y cuatro mil ciento cincuenta y dos pesos. Destacaron, a su vez, que la testigo U. refirió en el debate que cualquier derecho con valor económico podía ser dado en garantía, y aclaró que el Banco Basel carecía de activos para responder en garantía, mientras que diversos informes corroboraban el argumento aducido por P. respecto de que existía la posibilidad de que el inmueble de referencia pudiera ser adquirido por el Poder Judicial de la Nación. Subrayaron que no podía descartarse que el juez en lo comercial que había autorizado la cesión, volviera a dar autorización para una nueva cesión, pero esta vez a beneficio del Banco Central, y que en virtud del decreto de necesidad y urgencia N° 290/95 luego esta entidad pudiera ceder el boleto de compraventa a un tercero. Tampoco podía descartarse la eventual constitución de una hipoteca a favor del Banco Central, ni una eventual adquisición y posterior venta del inmueble. Así las cosas, los magistrados firmantes encontraron que no existían elementos de juicio suficientes para atribuirle a P. la finalidad de perjudicar el patrimonio de la entidad por él representada. Por el contrario, la crítica situación financiera vivida en aquél entonces operaría como un justificativo para el otorgamiento del auxilio económico en miras al resguardo del sistema en su conjunto, objetivo previsto por la Carta Orgánica del Banco Central. Concluyeron que no obstante que pudiese resultar dudosa la continuidad del Banco Basel, o que la ayuda económica que se le prestara debió contar con mejor garantía que la constituida, esta última no resultaba insuficiente ni de imposible efectivización dado que se habían tomado razonablemente los recaudos para, llegado el caso, hacerla efectiva. En este orden de ideas mencionaron que resulta propio de la función pública adoptar decisiones frente a determinadas circunstancias que, analizadas posteriormente cuando la situación crítica que las ocasionara se superó, resultan desacertadas, pero que en el momento en que se tomaron se presentaban como una alternativa viable a los fines perseguidos.

III. Como lo he sostenido con anterioridad, al examinar y resolver casos análogos al presente, el marco descripto torna aplicable el principio consagrado por el artículo 3° del Código Procesal Penal de la Nación, por el cual en caso de duda debe estarse a lo que sea más favorable al imputado. Es dable recordar que si bien durante el trámite del proceso se admite que el tribunal se maneje en el plano de las probabilidades, ello no resulta aceptable al momento de dictar sentencia pues a los efectos de sustentar un pronunciamiento condenatorio debe arribarse a un estado de certeza apodíctica acerca de la existencia del hecho y de la atribuibilidad de éste al encausado. Así, se ha caracterizado la certeza como aquel estado individual donde el espíritu adhiere firmemente a la verdad contenida en el juicio sin temor a equivocarse, como si la arrastrara la fuerza de la evidencia hacia tal dirección. La posición que se adopta reposa en la seguridad de la razón que se invoca, que excluye por completo el temor de haber llegado a una verdad contradictoria. En consecuencia, es la actitud que se adopta en virtud de la aceptación incondicional de un conocimiento adquirido (conf. Raúl Washington Ábalos, ?Derecho Procesal Penal?, Tomo III, Santiago de Chile, agosto de 1993, pág. 276). En la misma dirección Pietro Ellero, en sus reflexiones respecto de la certidumbre en materia criminal afirmó que la certeza es la persuasión de una verdad, la convicción de que la idea que nos formamos de una cosa corresponde a la misma, ya que siempre que se tiene por verdad una cosa, hay certeza de ella, pues es tal su naturaleza que se impone a la mente sin discusión. De tal manera la certeza constituye un estado de ánimo por el cual una cosa se estima como indudable (ver ?De la certidumbre de los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal?, Buenos Aires, mayo de 1998, págs. 21, 33 y 318; C.N.C.P., Sala II, c.3714 ?Fortuna, Juan s/ recurso de casación?, rta. el 20-05-02). Por su parte, Cafferata Nores ha sostenido que a lo largo del proceso penal el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su investigación, ya que la prueba va impactando en su conciencia generando distintos estados de conocimiento, a los que denomina ?estados intelectuales del juez respecto de la verdad?, cuya proyección en el proceso adquirirá diferentes alcances. Define así a la certeza como ?la firme convicción de estar en posesión de la verdad?. En el camino que recorre el intelecto para arribar a la certeza, distingue estados intelectuales intermedios que denomina ?duda?, ?probabilidad? e ?improbabilidad?. La ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio, avance o conclusión del proceso a la concurrencia de esos distintos estados intelectuales del juez

en relación con la verdad que se pretende descubrir. Particularmente en lo que respecta a la etapa de resolución de la situación legal del imputado, afirmó que si a esa altura se hubiese adquirido "certeza negativa", el juez tendrá que ordenar el sobreseimiento del imputado, que procederá cuando sea evidente que la pretensión represiva se ha extinguido o que carece de fundamento. Si el magistrado hubiera alcanzado la "probabilidad", deberá disponer el procesamiento del imputado, en tanto si llegara a la "duda" por no haber mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare. Así, el principio in dubio pro reo adquiere distintos alcances según el estadio procesal de que se trate (conf. "La Prueba en el Proceso Penal", 2da. Edición, Buenos Aires, 1994, pág. 5 y ss.). Constituye una derivación del principio examinado a la luz de la presunción de inocencia consagrada por nuestra Ley Fundamental en su artículo 18, aquélla que impide condenar e impone la absolución en aquellos casos en los que la culpabilidad no ha sido verificada con certeza, esto es, fuera de toda duda racional. Esta situación evidencia que los órganos de persecución penal han fracasado en su intento de destruir el status de inocente. Merece particular atención la observación formulada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto ha advertido que el estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (ver Fallos 315:495). Enseña Luigi Ferrajoli que en el proceso penal la verificación fáctica -al igual que cualquier verificación histórica- es el resultado de una relación entre hechos del pasado "probados" y hechos "probatorios" del presente que tiene la forma de una inferencia inductiva, donde las premisas vienen constituidas por la descripción del acontecimiento que se ha de explicar y de las pruebas reunidas, mientras que la conclusión se construye mediante la enunciación del hecho que se considera probado por tales premisas. A diferencia de la deducción, la verdad de las premisas de la inducción no asegura la verdad de la conclusión, ya que no se da ninguna necesidad lógica sino sólo una relevante probabilidad de que la conclusión sea verdadera. La inducción judicial participa de esa naturaleza probabilística de la hipótesis explicativa alcanzada. Su especificidad, sin embargo, consiste en el hecho de que el procedimiento que cursa no sólo resulta una actividad intelectual, sino que es a la vez una actividad jurídica, normativamente disciplinada. El proceso penal se configura como una contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir. Éste debe decidir ensayando todas las hipótesis, aceptando la acusatoria sólo si se encuentra probada y desechándola por imperio del favor rei no sólo si resulta desmentida, sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella (conf. Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, Madrid, 2000, pág. 129 y ss.). A la hora de resolver en definitiva el conflicto traído a su decisión y en aras de alcanzar la verdad jurídica objetiva, el juez como sujeto cognoscente, debe propender a alcanzar la certeza absoluta acerca del objeto de su actividad cognoscitiva. La certeza, entendida como una cualidad propia del "conocer", ha sido caracterizada como la adhesión firme de la mente a un enunciado evidente. En el progreso de la labor gnoseológica la certeza absoluta se presenta como aquélla en la cual toda posible duda sobre la verdad del hecho se encuentra totalmente excluida (v. Pedro J. Bertolino, "La verdad Jurídica Objetiva", Buenos Aires, 1990, pág. 37 y ss.). La sentencia de condena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia del hecho atribuible al encausado. Toda otra posición respecto de la verdad (la duda o la probabilidad) conducen inexorablemente a la absolución. Los estadios de certeza, probabilidad y duda refieren, como ya se adelantó, a una relación de conocimiento entablada entre el sujeto que pretende conocer la verdad acerca del hecho que afirma y el objeto que pretende conocer. Por verdad ha de entenderse la fiel correspondencia entre la representación ideológica del objeto practicada por el sujeto que conoce y la realidad. De allí que resulte la representación ideológica correcta de una realidad ontológica o, en otros términos, la concordancia del pensamiento con el objeto pensado. La certeza se presenta como la posición gnoseológica por la cual el sujeto se convence de que ha alcanzado la verdad, que su reconstrucción es correcta. Ocupando un grado menor que la anterior, la probabilidad se impone donde los elementos que afirman tal conclusión superan a los que la rechazan, pero que impiden una convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores. Finalmente, la duda absoluta se presenta como un estado neutro en el que el sujeto cognoscente advierte que no conoce la verdad pues los elementos que afirman algo se balancean con los que la niegan. En sentidos contrapuestos, convencionalmente se habla de "certeza positiva o probabilidad positiva" para denotar aquélla que afirma el hecho imputado en sus elementos determinantes, y de "certeza negativa o probabilidad negativa" en los casos en donde la misma está dirigida a explicar el hecho imputado como inexistente. De los conceptos mencionados sólo la certeza positiva permite una condena; al momento de dictar sentencia los otros grados de acercamiento a la verdad por imperio del principio in dubio pro reo, conducen forzosamente a la absolución (v. Julio B.J. Maier, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, 1999, pág. 494 y ss.). Las concepciones reseñadas precedentemente adquieren plena aplicación al caso sub examine, alcanzando una incidencia radical en el pleito que dan sustento suficiente a la solución liberatoria arribada. IV. Ello sentado, se impone recordar los aspectos esenciales del delito adjudicado al encausado. El inciso 5° del artículo 174 del Código Penal establece que sufrirá de dos a seis años de prisión "El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública". La razón de la agravante de este tipo de fraude es la titularidad del bien jurídico afectado por el delito, esto es, el ofendido por aquél. La redacción actual del artículo es la presentada por el proyecto de

1891 (art.309, inciso 5°), la que a su vez pasó al proyecto de 1906 (art.189, inciso 5°). Entre sus fuentes cabe mencionar el artículo 332 del Código holandés, el artículo 418 del proyecto Tejedor (que rezaba 'El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión de dos años e inhabilitación absoluta por cinco a diez años?'), el artículo 332 del proyecto de Villegas, Ugarriza y García y el artículo 272 del Código de 1886 ( que establecía 'El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por cinco a diez años?'). En la Exposición de Motivos del proyecto de 1891 se explicó que '...la clasificación del proyecto toma en cuenta la naturaleza del derecho lesionado y no la calidad de la víctima? de manera que adquirió relevancia la titularidad de la propiedad lesionada, desplazando la importancia de la calidad del sujeto activo y su vinculación con el Estado. De tal modo en su redacción vigente la defraudación a la administración pública impone la reunión de los elementos típicos de la defraudación y su aplicación se supedita a que el ofendido resulte ser la administración pública sin que adquiera relevancia el origen del bien ni la actividad para la cual esté destinado, mientras la propiedad del ente público resulte vulnerada. Basta con que se beneficie a un tercero o que se genere un daño para la entidad que se administra. La figura exige la causación de un perjuicio real esto es, un daño directo a la administración pública, que excluye al perjuicio potencial. A su vez, el bien objeto de la defraudación debe pertenecer a la administración pública nacional, provincial o municipal. Por lo tanto, quedan abarcadas todas las entidades de carácter público sean de administración estatal directa o indirecta (caso de las entidades autárquicas), como así también las constituidas mediante la asociación económica estatal con la particulares, con excepción de las sociedades anónimas donde el Estado es simple tenedor de acciones si en su fundación aquél no tomó intervención, pues se rigen por el derecho común. Lo relevante es que el ente haya sido expresamente creado por un acto estatal- decreto o ley- y que los recursos a él asignados participen de la naturaleza estadual. Tampoco revisten el carácter de administración pública las personas de derecho privado a las que se les haya reconocido un interés público por su finalidad, como las fundaciones, ni las sociedades intervenidas judicialmente en virtud de una ley nacional con interventor designado por el Poder Ejecutivo Nacional. Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, aunque en el caso de tratarse de un funcionario público se le aplicará además la pena de inhabilitación especial perpetua. Se requiere que el agente conozca que el bien contra el que atenta pertenece a la administración pública. El sujeto pasivo no necesariamente debe coincidir con el ofendido por la maniobra (que en todos los casos será la administración pública), pudiendo ser tanto un empleado, funcionario o un particular siempre que tenga a su cargo el bien correspondiente a la administración pública objeto de la defraudación. Es dable aclarar que este tipo de fraude se consuma en el mismo momento en que se realiza la efectiva disposición patrimonial en perjuicio de la administración pública, sin que cobre importancia la posterior restitución de lo defraudado ni el resarcimiento posterior del daño, pues ello carece de virtualidad para revertir el acto defraudatorio cometido, que se consuma tan sólo con la receptación y disponibilidad del objeto del fraude (conf. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte especial, Tomo II-B, Santa Fe, 2001 pág. 551 y ssqts.; Carlos Creus, Derecho Penal, Parte especial, Tomo I, Buenos Aires, 1991, 3ª Edición actualizada, pág. 544 y ssqts.). Por otra parte, ha de recordarse que toda actividad en la cual tenga participación el Estado, así como los bienes que aquélla involucra -como es el caso de fondos del Banco Central de la República Argentina- merece una especial protección por parte de la ley penal justificada en el carácter público de aquéllos, sean dichos negocios de naturaleza comercial o financiera. Es que la tesis de la pertenencia en materia de delitos contra la administración pública indica el carácter público cualquiera sea la función a la que los bienes resulten afectados (ver C.N.C.P., Sala II, reg. N° 4944.2 'Galván, Oscar Marcelo s/ recurso de casación?', rta. el 24-05-2002; reg. N° 2933 'López, Hugo L. s/ recurso de casación?', causa N° 2256, rta. el 5-11-99; Sala I, causa N° 3804.1 'Barreiro, Leonardo J. ', rta. el 16-07-97). Baste, pues, lo dicho para rechazar este agravio. El delito objeto del presente análisis de encuentra consumado desde la recepción y disponibilidad del objeto del fraude y no puede considerarse que haya quedado en grado de tentativa aún cuando pudiera haberse obtenido la posterior restitución de lo defraudado así como tampoco el resarcimiento posterior, pues esto no alcanza para neutralizar el acto defraudatorio (conf. C.N.C.P., Sala II, causa N° 4969 'Bianchini, Héctor Luis s/ recursos de casación e inconstitucionalidad?' rta. el 16-07-2004, reg. N° 6755). Así, la defraudación por administración fraudulenta importa un abuso de confianza por parte de quien tiene a su cargo la administración. La norma, al castigar este accionar procura tutelar la confianza o buena fe del administrado que se ve vulnerada por el manejo infiel de sus negocios. La acción típica básicamente consiste en perjudicar los intereses confiados, o en obligar abusivamente a su titular violando los deberes propios del poder que ejerce el agente. Consecuentemente sólo puede ser autor de este ilícito quien administra, maneja o custodia bienes o intereses. El perjuicio generado por el accionar delictivo puede ser cualquier menoscabo patrimonial causado por la acción u omisión del agente infiel, el que puede traducirse en una disminución del patrimonio, o bien en el sometimiento de su titular a una obligación abusiva (cfr. Creus, Carlos; 'Derecho Penal, Parte Especial?', Buenos Aires, 1996). Esta Sala ha sostenido en

anteriores oportunidades que la administración fraudulenta se configura cuando el sujeto activo -que únicamente puede ser quien maneja, administra o cuida bienes o intereses pecuniarios ajenos- perjudica lo que le fuera confiado "violando deberes que se originan en el ejercicio del poder que el agente ejerce", por disposición de la ley, la autoridad o un acto jurídico. Dicho manejo debe ser arbitrario o discrecional y contrario a los deberes que debía observar en su condición de responsable, circunstancia que revela un elemento tipificante de la figura genérica de la estafa cual es el abuso de confianza. A su vez, es necesario para que se configure el injusto en estudio la existencia de perjuicio, el que se concreta cuando se ha producido la disposición económica que reduce el patrimonio, y el propósito de lucro indebido en beneficio propio o de un tercero. (Conf. C.N.C.P., Sala I, reg. n° 6037.1, ?Guzmán, Máximo Eduardo y otro s/recurso de casación?, causa N° 6037, rta. el 4-07-2003 y reg. N° 7243, ?Faggioni, Julio Guillermo s/ recurso de casación?, causa N° 5615, rta. el 29-11-2004, entre otras). Resulta ilustrativo mencionar que originariamente en nuestro Código Penal la figura en estudio se encontraba acotada -desde el año 1921- a las defraudaciones vinculadas con el comercio marítimo cometidas por un "...comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario..." (art. 173, inciso 7°), y se inspiraba en los incisos 3° y 4° del artículo 469 del Código chileno de 1874. Este ilícito llamado de "baratería marítima", tradicional en el antiguo Código toscano, según Francesco Carrara abarcaba "todas aquellas malas artes con las cuales los capitanes de mar abusaban de la confianza ajena para enriquecerse injustamente con daño y perjuicio patrimonial del que contrató con ellos". La formulación de este antiguo texto recibió diversas críticas y, entre otras, se cuestionó que el tipo resultaba sumamente restrictivo en cuanto a los supuestos de administración infiel abarcados. En su actual redacción, en cambio, la fórmula utilizada supera las limitaciones mencionadas procurando en su amplitud atrapar mayor número de modalidades defraudatorias y de sujetos responsables. A la luz de la explicaciones volcadas en la Exposición de Motivos del decreto-ley 17.567 del 6 de diciembre de 1968, para acuñar el texto se tomaron "...algunos elementos del amplísimo texto suizo, artículo 159; del artículo 390 del Código griego y del 266 del Código alemán reformado...". Esencialmente se trata de un tipo delictivo que tutela la propiedad abordando, dentro de las especies de defraudación, el abuso de confianza. En el caso, el autor comete la hipótesis defraudatoria abusando de la situación en la que se encuentra colocado frente a los bienes o intereses pecuniarios ajenos que, con un determinado fin, le fueron confiados. (conf. Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B. Bs. As.. 2001) El término bienes comprende a las "cosas" -objetos materiales- y los "derechos" -objetos inmateriales-. Por su parte, la expresión "intereses pecuniarios" pretende tutelar toda forma de provecho traducible en dinero a que su titular tiene derecho con arreglo al deber de cuidado de su patrimonio que jurídicamente compromete al mandatario. De manera que conforman intereses pecuniarios las perspectivas del titular del patrimonio de obtener la mayor ganancia posible en una operación practicada a través de su órgano de representación. Los sujetos activos de este delito, por otra parte, solo pueden ser aquellas personas físicas o de existencia visible con facultades de gobierno sobre bienes ajenos, lo cual presupone el vínculo entablado a través de una relación jurídica en la cual el otorgante confiere poder jurídico externo al autor que lo faculta a vincularlo patrimonialmente con terceras personas, nexo que puede originarse en la ley, la autoridad o un acto jurídico (v. Daniel Pablo Carrera, "Administración fraudulenta" en Derecho penal de los negocios, Buenos Aires, 2004). V. Examinado el caso sub análisis a la luz de los conceptos reseñados cabe concluir que la absolució decretada se encuentra ajustada a derecho y a las circunstancias de la causa, sin que se observe -como lo alega el recurrente- quiebre lógico alguno que torne arbitraria esa decisión. Así, es dable señalar que, tal como lo subrayaron los magistrados del juicio, la intención de perjudicar al Estado por parte del encausado P. P. no ha podido ser probada. Sin desconocer las dificultades que ofrece la acreditación del elemento volitivo propio del delito en reproche, en el caso de autos el contexto en el que se verificó la conducta investigada autoriza a inferir que la necesidad de superación de la crisis financiera experimentada en nuestro país como consecuencia de las dificultades verificadas en el sistema financiero mexicano conformaron un marco particular del que no puede prescindirse al momento de valorar los hechos en reproche. Como ya se adelantó, la valoración de la intención en análisis remite necesariamente al estudio de la garantía admitida a fin de asegurar el recupero de la suma adelantada por el Banco Central de la República Argentina el 8 de febrero de 1995. En esta dirección cabe destacar que la crítica situación económica que atravesaba el Banco asistido, el que no escapó al agravamiento causado por la crisis de carácter internacional apuntada, provocó que las ineludibles garantías a ofrecer como contrapartida de la asistencia financiera no resultaran estrictamente las más recomendables, mas la dada en el caso se presentó como una opción viable ante la emergencia vivenciada. Las maniobras desplegadas por los responsables de la entidad bancaria asistida tendientes a ocultar la real dimensión de la crisis soportada por ella, a la postre comprobadas en el marco de la investigación penal desarrollada en la causa N° 838 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 -vide fs. 6047/6056-, constituyen un elemento más a tener en cuenta al momento de valorar la conducta de P. al inclinarse por la concesión de la ayuda financiera, puesto que los responsables del banco asistido falsearon la información proporcionada al Banco Central a fin de ocultar el real estado de insolvencia de la entidad por ellos representada. Finalmente, en consonancia con lo sostenido por los magistrados del tribunal de grado, más allá de la garantía examinada el Banco Basel no contaba con otros activos para ofrecer en su lugar. A su vez, la cesión del boleto de compraventa -que

tuvo origen en una subasta judicial y por ende contó con el pertinente control del magistrado de intervención en la causa en la que se ordenó tal subasta- fue autorizada por el juez comercial a favor del Banco Basel, y por ende era esperable que eventualmente autorizara una nueva cesión a favor del Banco Central, lo que le facilitaría a esta entidad su posterior cesión a un tercero, todo ello al amparo de la normativa dictada en ese entonces por razones de necesidad y urgencia (conf. Decreto 290/95). Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo que se rechace el recurso articulado. El doctor Luis María Cabral dijo: Que se adhería al voto del Dr. Madueño. El doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: Que habré de adherir a la ponencia del distinguido colega que encabeza la votación en razón que -en función de las particulares circunstancias del caso- resulta procedente la absolución del justiciable por aplicación del principio consagrado en el artículo 3º del catálogo instrumental. En efecto, tal como lo pone de resalto el colega de primer voto, el designio de perjudicar al Estado por parte del procesado no ha sido acreditado en las presentes actuaciones, con el grado de certeza que requiere un veredicto de condena. Así, encuentro que en la resolución puesta en crisis se analizaron los hechos sometidos a juzgamiento en el marco de las especiales circunstancias por las que atravesaba el sistema financiero argentino producto del denominado "efecto Tequila", en cuyo contexto se llevó a cabo la ayuda económica en reproche al Banco Basel, a lo cual se adunó la crítica situación financiera por la que atravesaba la entidad, extremos estos que fueron evaluados por el tribunal de mérito mediante un razonamiento exento de vicios lógicos. En tales condiciones, se concluyó acertadamente que más allá de que pueda resultar cuestionable el otorgamiento de la ayuda crediticia, lo cierto es que -cuando el imputado evaluó los intereses en juego en el marco de la emergencia reseñada-, bien pudo considerar que la asistencia económica no iba a perjudicar los intereses del Banco Central lo cual, como bien lo subraya el sentenciante, impide atribuirle al encartado el deliberado fin de perjudicar a la administración pública, en los términos del artículo 174 inciso 5º del Código Penal. En definitiva, la carencia de prueba concluyente torna incuestionable el temperamento liberatorio adoptado en la anterior instancia, solución que las argumentaciones del acusador público no logran conmover, en tanto los motivos en los cuales el Tribunal sustentó la absolución cuestionada resultan acertados, lo que autoriza a descartar cualquier supuesto de arbitrariedad en el decisorio cuestionado. Con estas breves consideraciones, adhiero a la solución propuesta por el colega que lleva la voz en el Acuerdo y emito mi voto en el mismo sentido. Por ello, el Tribunal RESUELVE: RECHAZAR el recurso incoado. Sin costas (artículos 471 -a contrario sensu-, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Regístrese, notifíquese en la audiencia del día 6 del mes de junio del corriente año a las 12:00 horas y devuélvase a su procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Raúl Madueño, Luis M. Cabral Mariano H. Borinsky Ante mí: Javier E. Reyna de Allende Secretario de Cámara

Cita digital: