

Procesamiento Delitos Negociaciones Incompatibles Con La Funcion Publica Peculado

JURISPRUDENCIA

Procesamiento. Delitos. Negociaciones incompatibles con la función

pública. Peculado Se confirma el auto de procesamiento del imputado en orden al delito de negociaciones incompatibles con la función pública en concurso real con el de peculado, al recabarse una serie de indicios que demostraron que la empresa cuestionada se creó con la seguridad de aprovechar la contratación del ente estatal por intermedio de la posición de poder que aquel ostentaba, con el fin de favorecer a un pariente cercano.

Santa Fe, 18 de febrero de 2015.- Y VISTA: La causa individualizada con la CUIJ N° 21-07002122-3 ?V.M. H. s/ recurso apelación procesamiento? de la que, RESULTA: Que el defensor de M. H. V., Dr. Roberto A. Büsser interpuso recurso de apelación contra el auto interlocutorio de fecha 29 de agosto de 2014, dictado por el Señor Juez de Distrito en lo Penal de Instrucción de la Primera Nominación de esta ciudad de Santa Fe, por el que procesa a su defendido por los delitos de negociaciones incompatibles con la función pública en concurso real con el delito de peculado (artículos 265, 261 y 55 del Código Penal).

Que se elevó la causa ante esta Alzada, integrándose el Tribunal con el suscrito, admitiéndose el recurso de apelación en fecha 05 de Noviembre de 2014 y fijándose la audiencia prevista por el artículo 401 del Código Procesal Penal, la cual fue celebrada el día 11 de diciembre de 2014 a las 09:00hs. Que, la Defensa, al deducir el recurso, y sintéticamente, hizo planteos constitucionales referidos al trámite e integración de este Tribunal de Alzada, quejas que fueron decididas en el auto de fecha 5 de noviembre de 2014 (resolución n° 654, tomo 3, folios 279-284), a la cual me remito en honor a la brevedad, continuándose el procedimiento del medio impugnativo del modo previsto según el artículo 11 de la ley 13.004 y ante el Tribunal constituido según los artículos 20 y 21 de la ley 13.018, también aplicables de conformidad con la citada norma de la ley 13.004.- Que, ya en lo referido concretamente a los hechos atribuidos, la Defensa analizó cada uno de los injustos adjudicados, sobre la base de las siguientes críticas.- Respecto del primer hecho señala lo que considera errores en la fundamentación del procesamiento, comenzando por indicar que el imputado no fue quien contrató con la empresa Rumbo Portuario S.R.L., sino el Consejo Directivo del Ente Administrador del Puerto de Santa Fe; que el contrato fue decidido en forma unánime por ese órgano, razón por la cual, la voluntad del imputado era intrascendente; que la adjudicación de las obras a la mencionada sociedad no constituye irregularidad alguna pues, aún cuando al momento de dicha adjudicación no se encontraba definitivamente registrada, era sujeto de derechos con plena capacidad para realizar el negocio jurídico y las obras (relata hechos y normas jurídicas en detalle que así lo justifican); que la selección de la sociedad mencionada lo fue luego de que ésta -en formación-ofertara la mejor propuesta. Agrega, respecto de este mismo hecho, que, pese a los fundamentos previos analizados, luego la resolución impugnada señala que la sociedad comercial fue creada por el imputado lo cual deriva de la intervención de S. V. (casado con la hija del imputado), circunstancia que constituye una incongruencia con los elementos precedentes. Acusa, entonces, falta de congruencia. Objeta, por inexactas también, las afirmaciones que se expusieron en la resolución recurrida sobre los hechos de haberse excedido el objeto social y el capital social de la empresa con relación a las obras adjudicadas. Señala, por último, que la situación según la cual V. era mandatario de la empresa no significa que el mencionado sea titular o algún vínculo especial con el imputado.- Respecto del hecho individualizado como n° 3, según la resolución recurrida, el hecho atribuido consistente en haber promovido y fomentado que el ente administrador asumiera el contrato con Caro Engler UTE, lo cual -afirma- resulta incompatible con la ?calificación legal? de peculado según el artículo 265 del Código Penal. Dice que promover o fomentar un contrato legítimo es un hecho atípico. En el mismo sentido señala que el pago de un anticipo fue una estipulación contractual que integró la oferta y la contratación que resultó aprobada por la Comisión de Adjudicación y decidida por el Consejo Directivo por unanimidad, no pudiendo sostenerse que el voto del imputado ni siquiera haya sido decisivo, indicando que otros certificados de obras también fueron abonados según las obras ejecutadas. Aclara que otros pagos indicados como incorrectos, se trataron de ajustes de valores y que el procedimiento se adecuó a lo establecido en las reglas, realizándose ad referendum del Consejo Directivo que luego los aprobó. Critica también que se hayan considerado incorrectos los pagos ?a cuenta de obras futuras?, remitiéndose a los mismos fundamentos. Respecto del acuerdo rescisorio con la UTE Caro Engler, indica los fundamentos por los cuales resultó lícita la contratación de la empresa y las conveniencias que acarrea la rescisión, resaltando que las opiniones de los diversos testigos no son más que puntos de vista personales influidos por su posición contraria a la decisión, lo mismo que los dictámenes jurídicos, destacando que, en definitiva, la mayoría del cuerpo colegiado Consejo Directivo, se expidió favorablemente. Remata considerando arbitrario el auto e incongruente por exponer la inexistencia de una relación lógica entre los hechos destacados por el Tribunal y los tipos legales seleccionados que no es tal.- En la audiencia prevista por el artículo 401 del Código Procesal Penal, la Defensa,

además de insistir en diversas críticas ya expuestas y agregando algunos fundamentos, expone que se viola la defensa en juicio porque, al haberse decidido que la audiencia sea pública, el imputado no pudo estar presente y ello es necesario para desarrollar el aspecto técnico de la Defensa pues, el abogado, se limita a traducir en términos legales cuestiones que tienen indiscutible contenido económico, administrativo, financiero etc.. Indica que, en este sentido, la interpretación de la cantidad de documentos con contenido de ésta naturaleza necesita del auxilio del imputado quien, reitera, no puede estar presente porque la audiencia es pública y ello le acarrea una estigmatización impropia. También plantea que existen aproximadamente cuatro mil doscientas fojas de documentos reservados en Secretaría del Juzgado de Distrito en lo Penal de Instrucción interviniente que no han sido remitidos para su consulta y/o utilización por las partes y evaluación del Tribunal. Solicita, por esta última circunstancia, que se suspenda la audiencia hasta tanto sean remitidos, petición que es rechazada por los Fiscales y decidida negativamente por el suscrito según los fundamentos que constan en los registros de audio y video de la audiencia.- En la misma oportunidad, y avocándose al fondo de la cuestión referida a la investigación y la atribución delictiva, la Defensa continuó señalando que la actividad procesal durante la instrucción ha estado dirigida subjetivamente a la persona de V. en una suerte de "cacería penal". Fundamenta esa afirmación en que, de diez personas involucradas en el requerimiento de elevación a juicio, sólo se llamó a su defendido, manifestando un absoluto desinterés respecto de las demás personas; que la indagatoria fue tomada en fecha 29 de agosto de 2014 y el procesamiento fue dictado en el mismo día, rapidez que podría figurar como un record "Guinness", pero que demuestra un desprecio para con los argumentos de descargo, cosa que además se ve reflejado en el texto del procesamiento pues no hay cita alguna de dichos descargos. En otro aspecto, y también como crítica general, sostiene que su asistido no puede ser considerado funcionario público, calidad necesaria requerida para el autor en los delitos atribuidos. Sostiene que en las normas que regulan el ente, en la opinión del Poder Ejecutivo, así se ha afirmado, mientras que para el Juez Penal y para el Fiscal sí lo es. Indica que, en realidad, es necesario que un Juez con competencia -y no es el penal- decida esta cuestión, y tal circunstancia no está decidida. Ya en lo que refiere a los hechos atribuidos alude a que el Procesamiento desarrolla un discurso legal insuficiente detallando los siguientes defectos: respecto del primer hecho, se le adjudica haber creado la sociedad Rumbos Portuarios lo cual no puede ser la conducta típica, que la afirmación respecto de la conducta de "haber favorecido" a dicha empresa con las adjudicaciones de servicios contiene un error esencial pues ha sido el organismo de administración el que autorizó la contratación, que siempre hubo concurso de precios, que la referencia al incumplimiento de estándares jurídicos y económicos no tiene explicación alguna, que la referencia al escaso capital social desconoce el fenómeno usual -en el comercio- de la infracapitalización y desarrolla una explicación respecto de la relación entre el servicio contratado, el riesgo empresarial y el contenido económico del negocio, que la circunstancia de tener domicilio en la vivienda de los socios resulta una práctica normal y que, el hecho de no haberse inscripto la sociedad en el Registro Público de Comercio, no le impide desarrollar lícitamente su actividad pues la convierte en una sociedad de hecho cuyo giro es perfectamente admisible, agregando que, por otro lado, estaba regularizada ante la AFIP. Respecto del segundo hecho, dice que "Casco Felipa" también es una sociedad de hecho lícitamente habilitada para contratar, correspondiendo las mismas reflexiones que para con la anterior. Agrega que, la circunstancia que uno de los socios sea pariente del imputado no puede ser interpretado como ilicitud ya que implicaría afirmar una discriminación arbitraria para todo pariente al sostener una prohibición de contratar. También respecto de este hecho sostiene que, de todos modos, hubo concurso de precios. Respecto de los hechos vinculados a la obra encomendada a la empresa "Caro Engler UTE" indica que se trató de un negocio "complejísimo" con aristas financieras, económicas y administrativas que no puede ser abordado como lo hace el procesamiento. Agrega que la adjudicación a esta empresa, según lo reconocieron integrantes del Consejo de Administración, era la única manera de realizar la obra de pavimentación porque ofrecía financiación. Que respecto a la rescisión del vínculo por mutuo acuerdo, resalta que hubo incumplimientos convergentes -del Ente y de la adjudicataria- de modo que no podría afirmarse que la única solución era la de la rescisión unilateral. Dice que la complejidad de la negociación impide evaluar -como lo hace el procesamiento- la situación como un perjuicio pues, muchas veces, un mal arreglo es conveniente antes que un buen juicio. Que el análisis sobre el perjuicio carece de apoyo pues a los abogados no les es posible valorar el contenido y los alcances de los hechos sino con el auxilio de los contadores -pericia mediante- que todavía no se han expedido, por tanto, se trata de una cuestión subjetiva. Aclara que, así como hay un dictamen jurídico que dice una cosa, hay otro que plantea una conclusión opuesta. También se extiende en explicaciones sobre distintos pagos hechos respecto de certificados de obra abonados. En definitiva, solicita la anulación del auto o su revocación.- A su turno, los Señores Fiscales contestan las quejas de la Defensa, pidiendo la confirmación del auto impugnado. Señalan que existen puntos expuestos en la audiencia que no fueron motivo de agravios en los términos del artículo 398 del Código Procesal Penal y que, por tanto, deben excluirse del tratamiento. Se refieren a la afirmación que la instrucción está dirigida especialmente a la persona del imputado, en forma arbitraria, al carácter de funcionario público, a la estructura del procesamiento y a todo lo referido al hecho que involucra a la empresa "Casco Felipa". En lo que refiere a los demás agravios sostienen que, obviamente quien contrató o se vinculó con las empresas donde se han detectado los hechos, ha sido el órgano de

dirección pero que, como las personas jurídicas no pueden ser imputadas, se le atribuye a V. porque es quien interviene esencialmente en la formación de la voluntad del órgano, que si bien hubo concursos de precios, por ejemplo, en el caso de la obra de mantenimiento de vías no se incluía en los concursos, que, en todos los casos V. intervenía personalmente, que si bien -respecto del caso de ?Caro Engler?-la contratación pudo ser originariamente lícita, luego se realizaron pagos ilícitos (detalla adelantos por obras futuras, certificaciones abonadas por obras no realizadas, pagos sin justificación alguna), concluye que, con el pago hecho por la rescisión se han perjudicado los dineros o el patrimonio público. Rechazan que el auto impugnado carezca de fundamentos y solicitan su confirmación.- Que, en consecuencia y de conformidad con los registros de audio y video de la audiencia, la causa se encuentra en estado de ser resuelta; y, CONSIDERANDO: Que, ya ingresando a las críticas dirigidas por la Defensa al auto de procesamiento impugnado, entiendo pertinente aclarar que varias cuestiones señaladas como previas o preliminares, no fueron objeto de análisis en el escrito formulado en los términos del artículo 398 de la ley 12.734 y, por ello, correspondería rechazar los planteos pues, en oportunidad de la audiencia prevista por el artículo 401 de la misma ley, no es posible agregar puntos de agravios previamente omitidos.- No obstante, algunas de las cuestiones propuestas contienen menciones sobre distintas irregularidades del proceso que podrían interpretarse como denuncias de invalidez, circunstancia que autoriza al Tribunal a tratarlas, al menos para cumplir el deber de erradicar las violaciones a garantías constitucionales -si es que están conculcadas-- 1) En este sentido, y en primer término, la Defensa ha asociado la no presencia del imputado con la resolución dictada por el suscrito de fecha 5 de noviembre de 2014 cuando se resolvió la incidencia sobre la inconstitucionalidad de la aplicación del trámite previsto en la ley 12.734 a la apelación y la publicidad de la audiencia a llevarse a cabo, como consecuencia de ello, ante este órgano jurisdiccional. La cuestión fue resuelta en los términos de aquella resolución, previo a la audiencia, de modo que si el imputado decidió no participar en la misma, se trata de un acto libremente adoptado por él que, de ningún modo, puede constituirse en una violación al derecho de Defensa en Juicio. Agregó ahora la defensa un argumento no sostenido entonces y es que consideró la presencia del imputado como ?estigmatizante? y, aún cuando advirtió que el público asistente era escaso (lo cual supone no haber producido ese clima potencial de falta de tranquilidad intelectual para desarrollar la actividad de las partes, que era la objeción inicial), la no presencia del imputado afectaba la defensa porque no podía asistir materialmente a su abogado en cuestiones no jurídicas involucradas en los hechos investigados. Lo cierto es que se trata de una afirmación que entiendo carente de todo fundamento.- En efecto, desde el dictado de la resolución impugnada hasta la celebración de la audiencia, los documentos adquiridos como prueba durante la instrucción, han estado a plena disposición de las partes; la Defensa, accedió rápida y eficazmente al contenido de la resolución, lo cual le permitió desarrollar el escrito de interposición del recurso con críticas que suponen haber dado lectura a todos los fundamentos de la misma (fs. 805 del principal).- Respecto de la prueba, el desarrollo de la instrucción demuestra claramente que la Defensa ha tenido la oportunidad de analizarla. Prueba de esto último es la cantidad de incidencias y cuestionamientos que ha hecho a partir de la misma en escritos diversos que se agregan al principal. En el caso de ?Rumbos Portuarios S.R.L?, inclusive, y luego de bastante tiempo en que la documentación contable de la empresa fue buscada por la instrucción, la Defensa misma es quien la acompaña (ver fs. 764).- En lo referido a documentación del Ente Administrador del Puerto de Santa Fe, desde que es conocida la existencia del requerimiento de elevación a juicio, que contiene los hechos adjudicados, hasta que el imputado cesó en su calidad de Presidente del Ente, pasó mucho tiempo durante el cual se supone que pudo analizar esa documentación.- En una desacostumbrada conducta, el Señor Juez a cargo de la investigación notificó invariablemente todas y cada unas de las diligencias tendientes a recabar información, evidencias y prueba, permitiéndole a la Defensa, inclusive, que haga o formule planteos sobre medidas -antes que se ejecutaran-como los allanamientos que, por su esencia y valor, requiere la urgencia que justifica actuar ?inaudita parte?. En definitiva, nada de lo hecho durante la instrucción ha sido cumplido sin que la Defensa lo conozca o que se le haya ocultado el resultado de los actos.- Luego, hubo todo el tiempo suficiente para que el imputado asesorara, indicara argumentos y hechos, despejara las dudas e, inclusive, asesorara en cuestiones administrativas, económicas y financieras a su Defensa técnica con anterioridad a la audiencia prevista por el artículo 401 de la ley 12.734, donde, además, no se produjeron pruebas sino que consistió en la exposición de fundamentos o ampliación de los mismos, de modo que bastaba con que el Abogado Defensor preparara su intervención. En definitiva, de los actos del proceso, no es posible sostener que la ausencia del imputado en la audiencia, que, reitero, ha sido voluntaria, haya impedido que la Defensa técnica contara con el complemento de la Defensa material, y, mucho menos, que no se haya cumplido el mínimo necesario exigido constitucionalmente.- Agregó, sobre esta cuestión, que la insistencia de la Defensa sobre los perjuicios a sus derechos que le acarrea la publicidad de la audiencia es una afirmación prácticamente imposible de aceptar ante, entre otros, la previsión de dicha característica del proceso penal que hace el artículo 14, núm. 1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (norma constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) que exige -como garantía para el respeto de los Derechos Humanos-que todas las personas tienen derecho a ser oídas públicamente en toda acusación penal y agrega, en el mismo artículo, con taxatividad, los casos en que dicha publicidad

puede ser omitida. Casos, entre los que no está el deseo del imputado.- 2) En otro aspecto, también indicó la Defensa una crítica, o lo que considera una contradicción, entre la decisión de fecha 5 de noviembre ya citada y el desarrollo del proceso. Invocó que, como en aquella decisión el suscrito hizo aplicación de las normas generales de la ley 13.018, se debió también aplicar el artículo 1 de la citada ley que establece el principio de jurisdiccionalidad lo cual supone que todo acto del proceso debe ser consecuencia de pedido de parte (párrafo primero de la norma citada) y, en el presente proceso, hubo innumerables hecho que han sido decididos de oficio.- Sobre el punto entiendo que existe una lectura equivocada de la decisión citada, con la pretensión de hallar una cierta contradicción que no es tal. En efecto, la cita y análisis de las reglas establecidas en la ley 13.018 fueron hechas en la medida que -en aquella oportunidad-se criticaba la constitucionalidad de la organización de los Tribunales penales exclusivamente en orden a la Segunda instancia, derivado de las expresas disposiciones del artículo 11 de la ley 13.004. No puede perderse de vista que la mencionada ley de transición establece una combinación de ambos Códigos Procesales Penales -el nuevo y el viejo-para distintas situaciones. Así, resulta vigente el anterior (ley 6740 y sus modificatorias) para los procesos iniciados con anterioridad al día 10 de febrero de 2014 (tal el presente) y el nuevo (ley 12.734) para los iniciados con posterioridad. También establece reglas particulares que modifican el trámite del Código Procesal Penal viejo, especialmente sobre el modo de finalización para aquellos procesos que tengan distintas características (artículos 7, siguientes y concordantes), eventualmente, establece funciones específicas respecto de que procesos pueden atender los Fiscales (ver artículo 14 último párrafo) según pertenezcan al Ministerio Público de la ley 10.160 o al Ministerio Público de la Acusación (ley 13.013), lo mismo establece sobre la jurisdicción de los Jueces (artículos 12 y 13).- Las normas mencionadas indican sin lugar a dudas que el legislador ha establecido una combinación de reglas, que se mezclan -si se me permite la expresión-conviviendo en su vigencia normas procesales y de organización judicial de distinto origen legislativo y de distinta naturaleza sistemática. Así ocurre con la organización y el proceso ante la Segunda instancia donde se aplican las reglas del nuevo sistema aún cuando se trate de procesos que hayan tramitado con el anterior Código Procesal Penal (ley 6740). Esta combinación sistemática se ha dado en llamar "progresividad por materia", aludiendo el Poder Ejecutivo -en innumerables ocasiones-a que se optó por aplicar el nuevo sistema gradualmente en sus reglas y no por un sistema de progresividad territorial (como ha sucedido en otros fenómenos de transformación o modificación tan rotundo). Inclusive, la misma ley 12.912, que ha tenido vigencia desde el año 2009, incluyó, junto con la regulación del Código Procesal Penal ley 6740, algunas normas del nuevo.- En resumidas cuentas, es evidente que la ley vigente en materia procesal penal es una combinación de ambos sistemas normativos, no resultando extraño que a la instrucción formal -según la ley 6740-se le apliquen normas y principios propios pero extraños a los de la ley 12.734, que, en el presente caso, si se aplican para la apelación. Y esto es lo que se explicó en aquella resolución citada. Ciertamente, no existe cambio de sistema alguno que, de algún modo, no reconozca la validez de los actos realizados según el sistema substituido pues, si no fuera así, todo el sistema de administración de justicia desaparecería definitivamente.- Es cierto que se podría criticar la opción del legislador por varios motivos, pero mientras el sistema de transición no afecte severamente la Defensa en juicio, situación que obligaría a declarar su inconstitucionalidad, debe ser aceptado. En autos, la instrucción se inició de conformidad con el Código Procesal Penal ley 6740, con un requerimiento positivo de instrucción formulado por el Fiscal (fs. 1) y el funcionario -titular de la acción penal-a lo largo del proceso ha propuesto prueba en variadas oportunidades, interviniendo activamente en el ejercicio de su pretensión y ofreciendo la producción de las que, después, han sido utilizadas para fundar el procesamiento (ver extenso ofrecimiento de diligencias del requerimiento citado, especialmente fs. 5 vto. y siguientes, fs. 307 insistiendo en medidas, 316 solicitando allanamiento, etc.).- No hay aquí, por tanto, irregularidad alguna.- 3) La Defensa también cuestiona que la instrucción se ha dirigido especial y específicamente contra el imputado V., insinuando una especie de especial interés exclusivo sobre su persona, e indicando situaciones que interpreta como señales de una suerte de ensañamiento o "cacería" sobre él. Sin embargo, además de no expresarse cual sería la finalidad ilícita, ilegítima de esa actitud, interpreto el desarrollo de la investigación de un modo distinto.- En efecto, ya en el requerimiento positivo de instrucción (citado expresamente por la Defensa), el Fiscal solicita la indagatoria de muchas personas más, lo cual es indicio de lo contrario.- Luego, tampoco es cierto que sólo V. haya sido llamado a prestar declaración indagatoria y que ello signifique que es el único que sufre la persecución penal (que es la idea subyacente del planteo de la Defensa). A fs. 443 se recibe declaración informativa a A. S. L. en los términos del artículo 300 II del Código Procesal Penal ley 6740; también, a fs. 315 se ordenó recibir declaración en los mismos términos de L. M. L., el citado L., J. M. C. y H. N.. Otras personas han comparecido y designado abogado Defensor (R. F. C. V. -fs. 362-, S. R. A. -fs. 411-, F. E. M. -fs. 416-). De los citados, algunos han presentado certificados médicos con los que justificaron la inasistencia a una primera ausencia, otros expusieron y presentaron escritos negándose a contestar preguntas y, alguno, impugnó el llamado, deduciendo recursos que se tramitan ante la Alzada. El mismo V., por intermedio de su defensa, impugnó el llamado a indagatoria.- Ante esta situación, sabido es que el acto previsto en el artículo 300 II del Código Procesal Penal ley 6740 y sus modificatorias tiene las mismas garantías que la indagatoria porque significa atribuir hechos, tal vez con un menor grado de

imputación, pero imputación al fin, y la circunstancia que se haya permitido la designación de abogado Defensor en otros casos, aún cuando no se haya concretado el llamado a ejercer la defensa material, también indica que se trata de personas imputadas; todo ello en los expresos términos del artículo 68 párrafo primero del Código Procesal Penal ley 6740, aplicable al caso.- En conclusión, no es cierto que sólo haya sido objeto de persecución penal, en esta etapa de la investigación el imputado V. A esta primera conclusión debo agregar, finalmente, que el proceso penal que nos toca analizar se ha constituido en una instrucción formal que, por definición, no posee el carácter de estática. En efecto, la investigación se desarrolla antes y con posterioridad a la indagatoria y el procesamiento, hasta la elevación a juicio. Que los actos de investigación que se producen en el interín que se desarrollan los actos mencionados pueden y deben modificar las decisiones jurisdiccionales, de allí el carácter provisorio del procesamiento, por ejemplo (cfr. artículo 328 ley 6740 y sus modificatorias). Inclusive, también durante el desarrollo de la instrucción, la defensa puede deducir variadas incidencias las que, a su vez -y si se dan las exigencias legales-, impugnar decisiones que se tomen sobre esas incidencias. Así ha ocurrido en este caso y de un modo insistente por parte de la Defensa. Basta la lectura de los autos principales para observar que hubo impugnaciones de la Defensa técnica, cuantiosas, variadas e insistentes.- Nadie puede censurar esa actitud -en la medida que se encuentra dentro del difícil o difuso límite del abuso del proceso-, imponiendo efectos jurídicos que constituyen sanciones o pérdidas de derecho para el que los ejerce, pero lo que no puede pretender la Defensa es que sus planteos no alteren el curso de la instrucción. Obviamente, tantas incidencias invariablemente han causado una modificación de la agenda del Tribunal que se traduce en demoras, una de las cuales, evidentemente, ha sido la de dilatar la concreción de algunas declaraciones indagatorias que estaban previstas o que se podrían considerar, plausiblemente, como posibles.- En conclusión, no observo que el razonamiento de la Defensa en este punto sea correcto o tenga apoyo en las constancias de la causa.- Como agregado, esta misma situación también ha tenido consecuencias prácticas en orden al desarrollo de la investigación que tuvo como resultado el haberse dictado el procesamiento el mismo día de concluida la indagatoria del imputado V.. Efectivamente, la investigación comenzó con medidas adoptadas por el Fiscal en los términos del artículo 175 II del Código Procesal Penal ley 6740 (ver fs. 65 y siguientes), en fecha 14 de agosto de 2013, recogiendo testimonios y documentos que completaron un cuerpo entero del legajo. En fecha 25 de setiembre de 2013 se formuló requerimiento positivo de instrucción donde el Fiscal propone gran cantidad de medidas. El 15 de octubre de 2013 se dicta la providencia de apertura de la instrucción, luego de haberse decidido un conflicto de competencia. A partir de allí se fueron realizando múltiples medidas de prueba y colección de evidencias de toda naturaleza. Hubo, mientras se transcurría, un planteo de la Defensa que impugnó el decreto de apertura de la instrucción (ver resolución de fs. 271) lo que hizo -de hecho- paralizar la investigación hasta la decisión de la Cámara de Apelación, continuando la investigación en fecha 1 de julio de 2014 (fs. 296), fecha a partir de la cual continuó sin pausa, con -también- gran cantidad de diligencias, esta vez, aún mientras la Defensa impugnaba todo tipo de decisiones. En fecha 7 de agosto de 2014 se ordena la indagatoria de V. (fs. 479), decisión que es impugnada en fecha 13 del mismo mes y año (fs. 578), incidencia resuelta en el día 19 (fs. 622), rechazando la pretensión de la Defensa y no admitiendo recursos. Se lo vuelve a citar para el día 22 de agosto del mismo año (ver providencia de fs. 624), y la Defensa nuevamente cuestiona el llamado a indagatoria, esta vez, recusando al Fiscal y pidiendo la suspensión del acto (ver escrito de fs. 665), situación que derivó en la no realización de la declaración y que generó la decisión de fs. 686, donde, finalmente, se cita al imputado para el día 29 de agosto de 2014.- En resumidas cuentas, luego de un año de desarrollo de la instrucción, un legajo de cinco cuerpos y miles de documentos reservados en Secretaría, mientras la Defensa se dedicaba a incidentar cada paso de la investigación, en una actividad más o menos constante, la instrucción de desarrolló y se llegó a recibir la declaración indagatoria que, en un curso normal, se hubiese dado con bastante anterioridad. Esta es la razón por la cual, inmediatamente a dicho acto, ya el Juez de Instrucción estaba en condiciones de realizar la crítica instructoria intermedia, con el dictado del auto de procesamiento. Aquí no se observa ninguna clase de irregularidad, encono personal o cualquier otro motivo que pueda hacer sospechar algún interés especial en la persecución. Tampoco implica, tal como sucedieron los acontecimientos, que el Juez no haya tenido tiempo para ir meditando y valorando la prueba que fue colectando, justamente porque el haber dilatado el acto de la indagatoria generó la situación de hecho según la cual, a la vez, durante el tiempo de demora, se fue recogiendo la prueba y realizándose la evaluación.- Quedaría por tratar la objeción sobre la falta de consideración de los descargos del imputado, tema que me parece oportuno tratarlo luego de haber analizado los hechos atribuidos, al final de la resolución.- 4) Ya referido a los hechos atribuidos, especialmente respecto de su tipicidad, la Defensa ha insistido en que al imputado no se lo puede considerar funcionario público. Agregó una cuestión procesal, afirmando que el juez penal no es competente para hacer ese juicio de valor que, al contrario, ha sido negada por el Poder Ejecutivo de la Provincia y el Legislador provincial, y que, palabras más o menos, la jurisdicción no podría apartarse de esas definiciones extra jurisdiccionales.- No hay dudas, y es lo primero que debe destacarse, que los tipos penales en los que se ha ubicado la conducta considerada probada con el grado de probabilidad requerida (artículos 261 y 265 del Código Penal -peculado y negociaciones incompatibles con la función pública, respectivamente-) integran la categoría de delitos especiales. Como se sabe, lo

que distingue a esta especie son las precisiones del tipo con relación al autor -considerado en abstracto-, donde la ley establece -a diferencia de los delitos generales- que sólo puede ser autor determinado grupo de personas, definidos -también legalmente en el tipo-con alguna característica vinculada a la relación con el bien jurídico, a funciones que desempeñan, etc.. En los hechos que nos ocupan, los individualizados en este proceso, sólo puede ser autor un funcionario público.- Siendo así, aún cuando la cuestión no fue planteada en el escrito de interposición del recurso, dada la especial combinación de normas procesales aplicables y que el auto de procesamiento debe contener claras y específicas conclusiones en orden a la calificación legal de los hechos (artículo 326 de la ley 6740), resulta conveniente, para satisfacer el requisito de debida fundamentación, que me expida sobre el punto. Esta razón también, de algún modo, justifica un nuevo tratamiento pese a que la Defensa adelantó el planteo y ya ha sido resuelto en otras incidencias.- Pero antes de abordar el tema de fondo, debe considerarse la insinuación de la Defensa en el sentido que el Juez Penal no puede expedirse sobre el carácter de funcionario público, tarea para la que no es competente -según las manifestaciones defensivas.- Al tratar la relaciones entre materias jurídicas heterogéneas (específicamente el modo en que se vinculan decisiones procesales penales con otras de distinta materia), un autor italiano (Manzini) -en las primeras décadas del siglo pasado-, sostuvo la existencia de un principio denominado "plenitud de la jurisdicción penal" que podría enunciarse del siguiente modo: según el orden jurídico positivo vigente, el Juez Penal tiene la facultad-deber de expedirse sobre todos los elementos que constituyen un delito y ninguna decisión de otra competencia material lo obliga de ningún modo.- El carácter de funcionario público, como se ha visto, en los hechos atribuidos, es un elemento esencial de la ley penal para describir (aunque también define la prohibición) los delitos aquí investigados. En consecuencia, según el principio comentado, el Juez Penal -en realidad- es el único competente para afirmar que el imputado es o no funcionario público.- Este principio no es una creación ideal o invención intelectual del autor citado sino que se corresponde con el análisis de la ley positiva de su país y también de la argentina vigente. La afirmación de este principio surge claramente de las disposiciones de los artículos 1101 a 1106 del Código Civil Argentino. Específicamente, y como es sabido, salvo el caso de la validez o nulidad de los matrimonios, cualquier decisión jurisdiccional civil no influirá de ningún modo en la decisión penal, ni impedirá ninguna acción penal posterior (artículo 1105 cit.). Al contrario, estando pendiente una causa penal, sobre el mismo hecho, en las causas civiles no se puede dictar sentencia (artículo 1101 cit.) dado que, como lo disponen las normas de los artículos 1102 y 1103 citadas, la decisión penal hace cosa juzgada sobre los hechos y la "culpa". Demás está decir, que existe una extensa coincidencia en doctrina y jurisprudencia que este sistema es general y se aplica a la relación de otras materias como el orden administrativo, etc..- En resumidas cuentas, según el orden legal, ninguna decisión de cualquier juez con competencia administrativa (o cualquier otra que sea) hace cosa juzgada, es prejudicial u obliga, al Juez Penal para definir cualquier elemento de un delito, aún cuando éste dependa de la interpretación de normas no penales, y el carácter de funcionario público, como dije, es un elemento definitorio de la tipicidad penal en este caso, poseyendo la jurisdicción punitiva plenas facultades para decidir sobre la materia.- Volviendo al carácter de funcionario público de V., además de compartir los argumentos expuestos en otras decisiones, agrego los siguientes.- Está fuera de dudas, y nadie lo ha cuestionado -constando en autos con copia del Decreto del Poder Ejecutivo respectivo-, que V. fue designado como representante del Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Fe en el Consejo Directivo del Entre Administrador Puerto de Santa Fe y que recibió una remuneración del Estado provincial por cubrir esas funciones.- Analizando las leyes que regulan la actividad de los puertos, no es cierto que el Ente Administrador sea un sujeto jurídico privado, afirmación que permanentemente ha sido aludida por la Defensa en la explicación de sus agravios respecto del incumplimiento de ciertas reglas para contratar o tomar resoluciones.- Comenzando por la ley nacional 24.093, el artículo 11 establece que el Estado Nacional podrá transferir, a requerimiento de Provincias o Municipalidades, el dominio y la administración portuaria, refiriéndose, claro está, a las instalaciones, inmuebles y el servicio que, hasta ese momento eran de titularidad nacional. En el artículo 12, señala, textualmente: "En el caso especial de los puertos de Buenos Aires, Rosario, Bahía Blanca, Quequén y Santa Fe, la transferencia prevista en el artículo anterior se efectuará a condición de que, previamente, se hayan constituido sociedades de derecho privado o entes públicos no estatales que tendrán a su cargo la administración de cada uno de esos puertos.- La literalidad del artículo denota una disyuntiva clara: la ley preve Sociedades de Derecho Privado o entes públicos no estatales, donde, la primera es sujeto de derecho privado y la segunda es sujeto de derecho público. De ningún modo puede interpretarse que pueda administrar un ente público que sea, a la vez, un sujeto privado, combinando naturalezas incompatibles jurídicamente. Tal tercer posibilidad implica desconocer los términos -reitero-de la disyunción.- Queda claro, además, que la ley (especialmente el capítulo donde están ubicados los artículos citados) alude a la transferencia gratuita de los bienes públicos que integraban los puertos a los Estados provinciales o municipales. En ningún caso está prevista la transferencia a privados (salvo el caso que éstos construyan puertos o los hayan tenido con anterioridad, que no es el supuesto de autos). En definitiva, todo lo que administra el Puerto de Santa Fe son bienes públicos, pertenecientes al Estado de la Provincia de Santa Fe.- La ley provincial nº 11.011, al recibir la transferencia del Puerto de Santa Fe (también el de Rosario), opta por crear un ente administrador constituido como persona jurídica

pública no estatal (artículo 1), es decir, no opta por una Sociedad de Derecho Privado (que como alternativa preveía la ley nacional). Asimismo, al definir como está integrado el patrimonio del Ente, en el artículo 9 inciso a, claramente se excluyen los inmuebles cuyo dominio permanece bajo titularidad del Estado provincial. Por el artículo 14, se transmite el uso y goce de los bienes desde la Provincia a los entes, y las mejoras producidas también pasan en propiedad al Estado, ratificándose en el último párrafo, que la titularidad del dominio permanecerá siempre en cabeza de la Provincia de Santa Fe. Para rematar, el artículo 18 establece supuestos de intervención del Ente por la Provincia, en forma notablemente distinta a cualquier intervención estatal en sociedades privadas o sujetos de derecho privado.- En este aspecto, inclusive, no puede discutirse que el Ente también administra un servicio público, según las precisiones el artículo 7 inciso 2 dela ley 24.093 en tanto el Puerto de Santa Fe ¿por su ubicación y características de la operatoria deban prestar obligatoriamente el servicio a todo usuario que lo requiera.?- Cotejando estas características, que hacen a la naturaleza del estatuto jurídico normativo general del Puerto de Santa Fe, con la doctrina penal sobre las definiciones de funcionario público y administración pública en el contexto de los tipos penales analizados, no tengo dudas que resultan contundentes para afirmar positivamente que el imputado ejercía como funcionario público y estaba obligado a los deberes propios de esa función.- Sobre el particular, existe un consenso en que el concepto de funcionario público tiene una amplitud notable, dentro de los tipos penales establecidos en aquellos delitos que conceptualizan la categoría de modo general (pues existen tipos penales que restringen, a su vez, dentro de la categoría de funcionario a alguno en particular).- En tal sentido se ha dicho: ¿En resumen, la función pública representa el desarrollo de una actividad por la cual se expresa la voluntad del Estado? o que, ¿Igualmente, entran dentro del concepto -de función pública-los organismos administrativos autárquicos, aunque cumplan actividades que también desarrollan los particulares, siempre que lo hagan para alcanzar los fines públicos de su creación? (Carreras, Daniel P., Peculado, Depalma, Bs. As., 1968, págs. 63 y 97). En el mismo sentido, al definir el concepto de administración pública, que, a su vez, implica que quien la ejerce es funcionario público, se ha sostenido: ¿Para el tít. XI del Código Penal la Administración Pública es algo muy extenso: es el gobierno del Estado totalmente integrado con los Poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos Poderes o que el Estado atrajo a su esfera, por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aún cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes?(Creus Carlos W., Delitos contra la administración pública, Astrea, Bs. As. 1981, pág. 4). En el mismo sentido puede consultarse: Estrella Oscar A., Godoy Lemos Roberto, Código Penal Comentado, Parte Especial, Hammurabi, Bs. As. 2007, 2ª edic., tomo 3, págs. 392 y siguientes; Donna Edgardo A., Delitos contra la administración pública, Colección autores penales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2000, págs. 17 y siguientes, entre otros.- Pero esta amplitud no sólo es privativa del Derecho Penal pues, de conformidad con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, incluyendo el modo en que la actividad del Estado ha ido mutando hacia la utilización de formas compartidas con el Derecho Privado, la doctrina administrativista también coincide en una caracterización de tan extensos límites.- Al sólo efecto de ejemplificar, puedo citar: ¿De todo lo expuesto hasta aquí, concluyo que: 1. A los fines de la presente consulta, no resulta adecuado mantener la teoría de la exclusión del carácter de funcionarios públicos para determinadas personas sólo porque actúan en entidades regidas por el Derecho privado, o porque están vinculadas con el Estado por una relación de Derecho privado (y, por ende, no se hallan sujetas a las normas generales que rigen la relación de empleo público). En efecto, si bien esta postura puede servir para resolver cuestiones referidas a la situación jurídica de esas personas frente al Estado, resulta estrecha para arribar a una definición completa del concepto de funcionario público. 2. Se trata entonces de adoptar, un criterio ya no formal -como el precedentemente referido-, sino material o sustancial, que atienda, para determinar la figura del funcionario público, a los siguientes parámetros: a) La pertenencia a las filas del Estado, entendiéndose el término Estado en su sentido más amplio, comprensivo de la Administración central y la descentralizada, las entidades autárquicas, las Sociedades y Empresas del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, las Sociedades con Participación Estatal Mayoritaria o Minoritaria, y cualquier otro tipo de entidad, de Derecho público o de Derecho privado, de la que el Estado se valga para sus actividades, cometidos u objetivos (v. art. 8', inc. b, de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional No 24.156, B.O. 29-10-92) . b) La irrelevancia de la naturaleza jurídica de la relación que haya entre el Estado y quien cumple funciones para él, y del régimen jurídico que rija esa relación. c) La prestación de servicios o el ejercicio de funciones para el Estado o a nombre del Estado (o ambas cosas) que conlleven o no participación en la formación o ejecución de la voluntad estatal-, en cualquier nivel o jerarquía, en forma permanente, transitoria o accidental, remunerada u honoraria, enderezada al cumplimiento de fines públicos, sea cual fuere la forma o el procedimiento de designación del funcionario..... Sobre la base de las consideraciones vertidas en el capítulo anterior, opino, en definitiva, que son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las Sociedades Anónimas con Participación Estatal -mayoritaria o minoritaria-, los de las Sociedades del Estado, los de las Empresas del Estado, los de las Sociedades de Economía Mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o

parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado.? (Procurador del Tesoro de la Nación, nota n° 24/01, de fecha 5 de marzo de 2001).- Esta misma amplitud es con la que se define el concepto de ?funcionario público? en el artículo I del anexo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, tratado con jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 según ley 24.759.-, y que obliga (según el conocido fallo ?Girolodi? de la Excm. Corte Suprema de la Nación y todos los posteriores sobre el deber de aplicaren el Derecho interno la normativa supralegal) a todo Juez a fallar en el sentido constitucional aludido.- En definitiva, por las características enunciadas, el imputado no sólo había sido designado en representación del Poder Ejecutivo de la Provincia, recibiendo una remuneración por su tarea, sino que, además, administraba bienes cuyo dominio seguía y seguiría perteneciendo al Estado provincial, y cuya finalidad esencial era la de prestar un servicio público consistente en un puerto fluvial también de carácter público y, por tanto, ejercía funciones públicas y era funcionario público.- 5) Además de las crítica general tratada en el punto anterior, la Defensa ha ingresado individualmente en cada hecho, para formular objeciones de distinta índole aunque todas, enfocadas a la tipicidad de la conducta por vía de señalar la legitimidad de la actuación administrativa del imputado y avocarse al análisis aislado de distintos aspectos.- Respecto del primer hecho, la inicial crítica es infundada porque afirma un contenido atribuido a la resolución que no es tal.- En efecto, señala que el a-quo equivocó al adjudicar como delito el ?haber contratado? a la empresa Rumbos Portuarios S.R.L. para realizar distintas tareas dentro del predio del Puerto (especialmente de desmalezamiento y otras). Tal afirmación no se compadece ni con el hecho adjudicado en la declaración indagatoria y tampoco con el afirmado en el auto de procesamiento.- Debe recordarse que la conducta típica del delito nominado como negociaciones incompatibles con la función pública (artículo 265 del Código Penal) es interesarse en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón del cargo de funcionario público que ostenta. En la indagatoria de fs. 740, en lo que resulta relevante, se le informó que se le imputaba ?haber favorecido? a dicha empresa con diversas obras (obviamente para que ésta las ejecutara, obteniendo las ganancias que correspondían, por encima de otras empresas que habían intervenido en el concurso de precios para esas, o algunas de esas obras), empresa que, formalmente aparecía con la titularidad de dos socios pero que, en realidad, era administrada por su yerno S. V.- En el procesamiento, luego de realizar una enunciación de hechos y conclusiones sobre esos hechos, al final del tratamiento de la ?maniobra realizada? (según titula la resolución para el segundo hecho), concluye ?Todo ello demuestra una vez más como en el hecho 1) que las empresas contratadas pertenecen a familiares de V. y el interés puesto de manifiesto por el ex presidente del EAPSF en ambas resulta evidente?.- Los demás elementos del razonamiento, como por ejemplo que a la empresa ?Rumbos Portuarios S.R.L.? se le adjudicaron los primeros servicios en fecha 13 de octubre de 2011, cuando el contrato constitutivo de la sociedad lleva fecha 11 del mismo mes y año, momento en el cual no había completado los trámites ante el Registro Público de Comercio (cosa que sucedió recién en fecha 23 de noviembre de 2011), ni completado los trámites municipales (en orden a los tributos usuales), resultan mencionados como indicios de la afirmación típica.- Ciertamente es que la empresa había completado su inscripción en la Administración Federal de Impuestos y que, jurídicamente, una sociedad de responsabilidad limitada es sujeto de derecho aún sin haber concluido los demás trámites de registración y que puede contratar (lo hace como sociedad irregular). Lo llamativo es que, una entidad de las características del Ente Administrador contrate con una persona en esas condiciones, teniendo ante sí, otras empresas que también cotizaban por los trabajos en el concurso de precios llevado a cabo, cuya situación era perfectamente regular. A ello se agrega que, efectivamente, luego se comprobó que ?Rumbos Portuarios S.R.L.? era concreta y fácticamente manejada por el Señor S. Vázquez -quien resultó ser el esposo de la hija de V.-, ante distintos procedimientos del Ministerio de Trabajo de la Provincia, siendo que las oficinas respectivas del Ente -requerida la información por el Ministerio sobre con quien debían tratar por la cuestión-informan que la persona es el yerno del imputado. Sobre el particular, toda la documentación citada en la resolución recurrida (alguna agregada al legajo otra reservada en Secretaría) resulta pertinente y suficiente prueba al respecto, cuya cita no voy a reiterar por ser sobreabundante.- Resulta, entonces que el razonamiento del auto recurrido de ningún modo implica que la conducta típica sea la de haber contratado o cualquier otra de las mencionadas, parcializadamente, por la Defensa, sino que una contratación de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, en curso de creación y registración, con socios que no aparecen como los verdaderos responsables (porque el responsable de hecho es un pariente del imputado), todas situaciones que fueron advertidas por los escalones técnicos y de gestión en la organización del Ente, y aún así, se le adjudicaron las obras, permite inferir, de dichos indicios, que V. se interesó personalmente -eventualmente haciendo obviar todos esos defectos-para favorecer con la contratación a la empresa que, en realidad, pertenecía a su yerno. Todo ello con el grado de probabilidad que la decisión requiere.- Existen otros indicios que apoyan esta conclusión tales como que, cuando se registró el domicilio social de la empresa, se trataba de una vivienda particular modesta, situación que efectivamente no es ilícita en sí misma, pero que unida a los demás elementos analizados, corrobora la conclusión. Inclusive, revisando la documentación secuestrada (me refiero a la que acompañó el Abogado Defensor, luego de insistentes requerimientos y por no haber sido hallada en la sede de la empresa), no encuentro elementos que desacrediten la validez de este razonamiento. Al

contrario, observo que existen varios talonarios de facturas correspondientes a ?Rumbos Portuarios S.R.L?, algunas facturas emitidas y otras facturas de terceros proveedores de ésta. Del análisis se desprende que -por varios meses, en el talonario numerado en primer término-aparecen libradas la totalidad de las facturas en favor del Ente Portuario en forma correlativa hasta la n° 38, sin que existan servicios prestados a ningún otro cliente. Asimismo, respecto de las facturas de terceros, lucen servicios prestados a la empresa por alquiler de máquinas e, inclusive, por servicios de personal o mano de obra prestado por una cooperativa. De ello puedo inducir que ?Rumbos Portuarios S.R.L? ni siquiera poseía herramientas ni personal propio.- Los indicios apuntados, como dije, son suficientes para afirmar -con probabilidad-que la empresa se creó con la seguridad de aprovechar la contratación del Ente, en una situación tan inestable que sólo pudo haberse concretado con la intervención personal y los oficios del imputado, quien ostentaba una posición de poder (tanto administrativa, funcional y de hecho, por su calidad de Presidente del Consejo Directivo del Ente Administrador del Puerto de Santa Fe) como para lograrlo, en beneficio de su yerno.- Sobre el particular, debo recordar que a los efectos de la tipicidad prevista por el artículo 265 del Código Penal, resulta irrelevante que la contratación haya beneficiado a la administración pública (en este caso al Ente), inclusive, el delito comprende actos o contrataciones lícitas (las ilícitas quedan para otro tipo), de modo que también resulta irrelevante que jurídicamente fuera lícito contratar con ?Rumbos Portuarios S.R.L? en estas condiciones o que, esta sociedad, se haya desempeñado impecablemente cumpliendo las obras encomendadas (cfr. Creus, Carlos W., op. Cit., págs. 373 y 374, & 689 y 692). Esto es así, porque el tipo busca, según la ley, castigar la parcialidad del funcionario, constituyendo una especie de prohibición propia en el sentido que sanciona el no cumplimiento del mandato de imparcialidad del funcionario, o, lo que es lo mismo, que debe dejar de lado, en ese tipo de conductas, los intereses personales o de terceros ajenos a la administración (Creus, Carlos W., op. Cit., pág. 374, parágrafo cit. & 692).- Respecto del hecho adjudicado también como negociación incompatible con la función pública (artículo 265 Código Penal), referido a las obras y servicios adjudicados y contratados con la Sociedad de Hecho ?Casco Felipa?, en el escrito de interposición del recurso no hay errores señalados, de modo que cabría aplicar la consecuencia jurídica establecida en los artículos 398 y 391 del Código Procesal ley 12.734, es decir, no habiendo agravios, este Tribunal no tiene facultades para expedirse sobre el particular y debe considerarse consentida la resolución.-

No obstante, y al sólo efecto de extremar la fundamentación, en ocasión de la audiencia del artículo 401 del Código Procesal Penal, la Defensa sostuvo que, para este hecho, se aplican las mismas críticas que las manifestadas respecto del caso anterior. Nuevamente, cabe insistir que resulta incorrecto sostener que una sociedad de hecho puede contratar, que el negocio es lícito porque -además-la adjudicación fue precedida de un concurso de precios, etc., y que tales circunstancias obstan a la tipicidad.- Sobre el particular me remito a las razones invocadas en el punto anterior, en el sentido que el delito de negociaciones incompatibles se desarrolla, justamente, en contrataciones o actos lícitos pues, lo prohibido en el tipo es que el funcionario se comprometa personalmente en interés de él o de un tercero. La opción por la empresa mencionada demuestra un interés personal en razón que se trata de una sociedad de hecho formada por el cuñado del imputado y su esposa o pareja, empresa cuyo giro y las características societarias (irregular, pequeña, carente de logística de cierta magnitud), permite afirmar -con la probabilidad requerida-que hubo de primar, como se dijo, el interés personal antes que el de la administración. La incompatibilidad propia del tipo está aquí presente porque, precisamente, el funcionario no puede favorecer a familiares.- Queda por tratar hechos calificados como peculado (artículo 261 del Código Penal).- En la resolución recurrida se establecen dos hechos. El primero, en realidad, sería una secuencia de acontecimientos que podrían, a su vez, sintetizarse como pagos de certificados de obra a la empresa Caro Engler UTE, por la ejecución de la construcción de calles internas del Puerto (y otros trabajos vinculados como desagües pluviales, etc.), en los que se abonaba una porción de los mismos por obras no cumplidas, es decir, se pagaba un plus de obras no certificadas e, inclusive, dos de ellos se los nominó como certificados de obras futuras (con la sigla COF). Se agregó también, la celebración de un acuerdo de rescisión con la empresa Caro Engler UTE, antes de concluir la obra adjudicada, donde el Ente pagó una cifra considerable a ésta (inclusive cediendo -sin cánón-el uso por diez años de un sitio para el funcionamiento de una planta de hormigón), aún en contra de la verificación que ya se habían pagado obras no realizadas y, en síntesis, que los incumplimientos de la adjudicataria eran tan evidentes que la colocaba como deudora del Ente más que como acreedora.- El segundo hecho se describe como la adjudicación de la obra a otra empresa (Mundo Construcciones-COEMIC S. A), para concluir lo que no hizo Caro Engler, conviniendo un anticipo adelantado de cánones de Casinos Puertos Santa Fe S.A., con una tasa (en beneficio de ?Casinos?) del doce por ciento anual, a los efectos de financiar las obras que debían completarse. Que dicho adelanto comprometió el desarrollo financiero de la actividad del Puerto (el adelanto llega hasta el cánón de marzo de 2020).- Esto es la síntesis de lo esencial -o relevante a los efectos penales-de los hechos mencionados.- En el auto de procesamiento se indican y valoran una importante cantidad de testimonios y documentos que acreditan los juicios de valor sobre la tipicidad de dichas conductas, a ellas me remito por considerar inútil su repetición.- Los agravios o las críticas de la Defensa, quitados los detalles intrascendentes, consisten en que se trató de una negociación compleja, con detalles financieros y económicos cuyos pormenores no han sido comprendidos (pero no explica

cuales han sido), siendo que la obra no podría realizarse de otro modo, en el tiempo requerido. Que, en definitiva, la obra está hecha de modo que no hay perjuicio y que, puntualmente en la rescisión, debe considerarse que el futuro eventual litigio con Caro Engle UTE aconsejaba perder en el acuerdo para ganar luego con la posibilidad de realizar la obra (cita la frase tantas veces repetidas ¿más vale un mal arreglo que un buen juicio?).- Los argumentos citados, que -reitero-sintetizan la posición de la Defensa, nos lleva a considerar un aspecto importante de la tipicidad seleccionada (artículo 261 del Código Penal).- Sabido es que la acción típica del peculado consiste -en lo pertinente al caso-en sustraer caudales administrados por el funcionario. Por sustraer hay consenso unánime que significa separar de la esfera de la administración pública los caudales, no significa apoderárselos. Y también hay consenso que esa separación no requiere un efectivo, final o ulterior, perjuicio patrimonial para la administración.- En efecto, se ha dicho ¿..el peculado no requiere la necesaria presencia de una lesión patrimonial. Se configura aún sin ella...No lo independizamos sin embargo de un resultado. El resultado que el peculado requiere, dada su objetividad jurídica, es el quebrantamiento del regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública, que el funcionario ejecuta al faltar al deber de probidad, se siga o no de una lesión al patrimonio de la administración pública? (Carreras, Daniel P., Peculado, Depalma, Buenos Aires 1968, págs. 139/140). O, dicho con mayor desarrollo, ¿Quizá haya aquí una profunda desinteligencia terminológica: si por lesión patrimonial o perjuicio se entiende un efectivo menoscabo de la plenitud patrimonial de la Administración, es decir, la reducción de su patrimonio, un perjuicio como se exige en la defraudación, es lógico pensar que no estamos ante una exigencia típica: la separación del bien de la esfera patrimonial de la Administración puede no importar un perjuicio de tal entidad, sino a veces un verdadero beneficio; por ejemplo, si el mantenimiento de aquél es tan gravoso que supera en mucho su valor. Tampoco es posible sostener que se trate de un delito cuyo resultado deba ser el quebrantamiento del regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la Administración, si se entiende como repercusión en un entorpecimiento o daño para dicho desenvolvimiento. Lo que ocurre es que el delito del art. 261,....., es un delito de resultado, en tanto que la acción del autor trasciende de ella, requiere que haya producido la separación del bien de la esfera de administrativa de custodia; es un resultado que se independiza de la acción que lo produce, ya que sigue existiendo en la realidad después del cese del accionar: en este sentido es un delito de lesión, aunque esa lesión no importe necesariamente un perjuicio patrimonial.? (Creus, Carlos W., op. Cit., págs. 333/334). En idéntico sentido puede consultarse la más diversa doctrina sobre el particular (Buompadre José E., Tratado de Derecho Penal Parte Especial, Astrea, 3ª edic., Bs. As. 2009, tomo 3, pág. 267; Donna, Edgardo A., Delitos contra la administración pública, Colección Autores de Derecho Penal, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 282, entre otros).- Partiendo de lo precedentemente expuesto, en la resolución recurrida se citan informes de las áreas técnicas (concretamente uno elaborado por el Gerente S. A., reservado en Secretaría), donde se detallan los pagos de certificados de obra por cantidades que no son congruentes con el avance concreto de la obra, habiéndose pagado mucho más. También allí se mencionan incumplimientos graves que autorizaban la rescisión unilateral del contrato y/o también, el reclamo de acreencias por incumplimientos que podía hacer el Ente a la adjudicataria. En la resolución también se citaron diversos testimonios que claramente suponen haber advertido al imputado sobre tal estado de situación. Efectivamente los testimonios de los Directores P., S., C. y R., son suficientes para acreditar esa conclusión. Es más, inclusive el Director N., justifica su voto positivo respecto de la rescisión con Caro Engler UTE, de un modo un tanto inexplicable porque lo hace aclarando que advertía las inconveniencias e irregularidades, tal como se afirma en la resolución y he podido corroborar en la lectura.- En cuanto al acuerdo de rescisión, no es cierto que hubiera dos opiniones jurídicas contradictorias. En el informe reservado en Secretaría suscrito por los Dres. Peloso y Raffa, fechado el 7 de febrero de 2013, se describen claramente los incumplimientos y responsabilidades de Caro Engler UTE, y se concluye en la opinión favorable para una rescisión por responsabilidad de la mencionada, con -eventualmente-reclamos de daños por parte del Ente; en cambio, en el informe del Abogado asesor del Ente Dr. Orio, de fecha 14 de enero de 2013, coincide en la detección y valoración de incumplimientos graves por parte de la adjudicataria y explica diversas cuestiones procesales, pero no emite ninguna conclusión respecto de una eventual rescisión de común acuerdo donde el Ente abonara suma alguna a la empresa.- Sobre el particular, la Defensa y el imputado sostienen que era necesario terminar con la obra pero no explican cuales -concretamente-eran los factores, hechos o circunstancias que hicieran urgente, insalvable, o necesario completar los trabajos inconclusos.- Es cierto que, frente a la alternativa de finalizar una relación entre dos contratantes, quien posee razones para hacerlo por responsabilidad del otro, eventualmente puede resignar posiciones, revertir el orden de responsabilidades, aún pagar cuando no debería hacerlo, por la conveniencia de lograr el fin propuesto (la famosa regla usual citada por la Defensa: más vale un mal arreglo que un buen juicio). Pero, en mi criterio, debe advertirse que tal modo de razonar es aplicable entre privados, donde el que resigna sus posiciones puede conceder liberalidades que, en definitiva, repercuten en su patrimonio. Pero, tratándose de la administración de un patrimonio ajeno, y, para colmo, patrimonio que pertenece al Estado (como ya he fundado en puntos anteriores), el funcionario no puede obrar sobre él como si fuera suyo (aunque la cultura política argentina nos da ejemplos diarios de lo contrario y en todos los niveles), y, por supuesto, no puede disponer de liberalidades.-

Respecto de la negociación hecha con Casino Puerto de Santa Fe S.A., por la cual éste adelanta cánones al doce por ciento anual (y pactado en moneda extranjera) para que, a su vez, el Ente pudiera terminar la obra inconclusa, caben las mismas reflexiones ya que se han expuesto agravios en idéntico sentido.- Y volviendo a la necesidad y urgencia para lograr estos acuerdos a cualquier costo, sólo como detalle y porque ha insistido la Defensa en el punto, tampoco me resulta razonable el argumento si tenemos en cuenta que el pliego de condiciones de la obra consignaba un pacto de sometimiento en arbitraje (excluyendo la posibilidad de someter los diferendos entre el Ente y la adjudicataria a los Tribunales ordinarios). Según el original del pliego agregado en el expediente 46-P-11 -cuerpo 4, págs. 1069 y siguientes- (y reservado en Secretaría), en las cláusulas 102, 103 y 104, se reconoce -en forma excluyente a toda otra-el sometimiento de los conflictos ante dos tribunales arbitrales, lo cual significa -como lo destacó en el informe ya citado, el abogado del Ente Dr. Orio- que los conflictos no estuvieran comprometidos con la demora de los procesos usuales ante el Poder Judicial de Santa Fe, es más, inclusive, el oferente (Caro Engler, en este caso), renuncia a su facultad de apelar la resolución arbitral y reconoce que el Ente podrá deducir cautelas sin prestar contracautela. Esto significa, lisa y llanamente, que existía la posibilidad jurídica y fáctica de contratar la continuidad de las obras con otra empresa y, a la vez, hipotéticamente, someter la rescisión al Tribunal arbitral reclamando los daños que pudiera haber sufrido el Ente, en vez de pagar lo que no debía o era discutible que debiera.- No corresponde que ingrese en detalles probatorios que han sido expuestos extensamente en la resolución recurrida ya que los agravios, en términos generales, consisten en críticas de esa naturaleza que, entiendo, ya han sido tratados. Por ello cabe concluir, respecto de estos hechos, que objetivamente existe acreditación suficiente para entender que hubo pagos de dinero a favor de Caro Engler UTE por obras no realizadas y un pago para lograr la rescisión que, por ahora, no tiene justificación alguna en la posición del Ente, sino que, a la inversa, debió haberse reclamado un resarcimiento a su favor, todo lo cual, independientemente del resultado final económico, significó que el Ente se ha visto privado de esos dineros, que se separaron de sus finanzas. Ello, con la probabilidad requerida en esta etapa del proceso y, sin perjuicio que, de las investigaciones, pruebas y demás diligencias pendientes, o aquellas que se dispongan en el futuro, la conclusión pueda ser revertida.- 6) Por último, la calidad de autor del imputado, discutida por la Defensa al referir constantemente, y en todos los casos, que quien tomaba las decisiones era el Consejo Directivo del Ente, no constituye una objeción válida en términos de la teoría dogmática de la autoría. Efectivamente, en autos queda demostrado -por los diversos testimonios de los Directores que representaban a otros sectores-que toda la información, detalles de contrataciones, valoraciones sobre conveniencia, eran presentados, influidos y esgrimidos en el seno del órgano por el propio imputado, ejerciendo un verdadero poder decisivo en las resoluciones del Consejo de Directivo. Siendo él funcionario, como se ha dicho, puede ser considerado autor en la medida que ejecutó los hechos adjudicados y, eventualmente, el carácter o la naturaleza de la intervención de los demás miembros, que hubieran consentido tal estado de cosas, no es un obstáculo a la imputación sino que, del resultado de la investigación, podría considerárselos coautores o partícipes (según sean o no funcionarios, a partir de una evaluación que pudiera realizarse en el futuro).- 7) El análisis de los hechos precedentemente realizado descarta que la resolución impugnada tenga los defectos apuntados por la Defensa en orden a su fundamentación pues, como se ha expuesto en los puntos anteriores, en cada hecho existe cita de prueba e interpretación del valor de la misma. Inclusive, no es cierto que no se haya atendido a los descargos del imputado pues basta leer el punto III de la resolución. Lo que sucede es que claramente el a-quo los estimó insuficientes para explicar los hechos conclusión que personalmente comparto pues, de la lectura de fs. 740 y siguientes, el imputado se manifiesta solamente realizando juicios de valor -antes que explicando hechos-sobre todas las cuestiones ya analizadas.- De conformidad con los argumentos expuestos, puedo coincidir con la Defensa en que la resolución no es una pieza literaria de considerable valor, que el orden del discurso es bastante peculiar y que, en oportunidades, incurre en reiteraciones, sin embargo -de lo dicho-concluyo que los fundamentos son suficientes para cumplir con la garantía prevista en el artículo 95 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe pues el razonamiento contiene suficientes elementos que permiten saber, en esencia, cual es la conducta atribuida, cuáles su tipicidad, y que prueba fue tomada en cuenta para llegar a esas conclusiones. Por supuesto que la instrucción debe desarrollar, todavía, una intensa actividad para despejar detalles u otras cuestiones que se encuentran provisoriamente afirmadas, pero, según los requisitos de probabilidad previstos en el artículo 325 del Código Procesal Penal ley 6740, es posible, objetivamente, consolidar la atribución delictiva, ello así, aún cuando, en el futuro, otra sea la conclusión.- Por las razones expuestas, el Señor Juez del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal, Dr. Sebastián Creus, RESUELVE: Rechazar las nulidades planteadas y confirmar el auto interlocutorio de procesamiento impugnado en todo cuanto ha sido materia de apelación, con costas al recurrente (artículo 448 del Código Procesal Penal ley 12.734, aplicable). Protocolícese el original, agréguese copia y hágase saber.- DR. SEBASTIAN CREUS (Juez de Cámara) DRA. ALBA YUSTMAN (Secretaria) Correlaciones R. F., R. R.; O., L. P.; I., J. E.; M., M. A. - Sup. Trib. Just. Corrientes - 13/05/2014

000235E