



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A C U E R D O

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa P. 135.529, "De Luca, Enrique Daniel y Menéndez, Gustavo Adolfo s/ Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley en causa n° 19.344 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca, Sala II", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **Soria, Kogan, Genoud, Torres, Carral, Maidana.**

A N T E C E D E N T E S

La Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial de Bahía Blanca, mediante el pronunciamiento del día 20 de mayo de 2021, rechazó -en lo que aquí interesa- los recursos de apelación interpuestos a favor de Gustavo Adolfo Menéndez y Enrique Daniel De Luca contra la sentencia del Juzgado en lo Correccional n° 3 del Departamento Judicial de Mar del Plata que condenó a los nombrados por resultar coautores responsables del delito de defraudación en perjuicio de la Administración Pública, imponiéndole a Menéndez la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional e inhabilitación perpetua para el desempeño de cargos públicos y a Enrique Daniel De Luca la de dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación perpetua para el desempeño de cargos públicos (art. 174 inc. 5 en función del art. 173 inc. 7, Cód. Penal; v. fs. 2.105/2.134 y 1.850/1.878 vta. del principal).

Frente a lo así resuelto, Gustavo Menéndez por derecho propio, con el patrocinio letrado de los doctores Carlos Agustín Scarabel, Ramiro Pérez Duhalde, Emanuel F. R.

Rives y Juan Isidro Pérez Duhalde, interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (v. fs. 1/32, RE-1-19344-II) los que fueron concedidos por el *a quo* por resolución del día 25 de agosto de 2021 (v. fs. 178/186). Por su parte, el doctor César Raúl Sivo, como defensor de Enrique De Luca, dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y, también, dicho procesado, por derecho propio, con la asistencia letrada de su abogado, interpuso una vía de la misma naturaleza (v. fs. 84/105 y 119/141 vta., RE-19344-II), impugnaciones admitidas por la Cámara el día 25 de agosto de 2021 (v. fs. 316/323 vta.).

Oído el señor Procurador General (v. fs. 43/54), dictada la providencia de autos (v. fs. 56), presentada por la defensa de Menéndez la memoria prevista por el art. 487 del Código Procesal Penal (v. fs. 64/68 vta.) y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad interpuesto por la defensa de Gustavo Menéndez?

En caso negativo:

2ª) ¿Lo es el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a su favor?

3ª) ¿Es procedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por la defensa de Enrique De Luca?

4ª) ¿Lo es el deducido por De Luca por derecho propio?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

doctor Soria dijo:

En el recurso extraordinario de nulidad individualizado al enunciar la cuestión a dirimir, se aduce que se ha verificado en autos la omisión de tratamiento de cuestiones esenciales, en transgresión, según se estima, del art. 168 de la Constitución provincial (v. fs. 6/9 vta. del legajo respectivo).

I.1. El impugnante plantea que en la apelación del fallo condenatorio se sostuvo que esa decisión del señor juez correccional había violado el principio de congruencia e incurrido en "contradicción interna por defecto lógico". Y considera que la Cámara interviniente abordó únicamente el primero de los tópicos, sin ocuparse del segundo pese a tratarse -a su entender- de agravios autónomos (v. fs. 6/7).

La contradicción resultaría de que, de un lado, el veredicto encontró probada la acusación fiscal, según la cual el señor Menéndez -como Director Provincial de Casinos Zona I- no tenía la custodia formal de los fondos del Casino Central, no obstante, al referirse a los hechos imputados, se aseveró que el nombrado "...estaba investido por sendos actos administrativos de la autoridad pública, si bien no del manejo, sí del cuidado y custodia de los fondos correspondientes a todos los casinos de Zona I" incluyendo a la referida sede central (v. fs. 6 y vta.).

Puntualiza que la alegada contradicción se refiere a un tramo esencial de los hechos y al consecuente encuadre de las conductas reprochadas en los términos del art. 173 inc. 7 del Código Penal (v. fs. 7).

Por consiguiente, solicita que se haga lugar al recurso y se absuelva sin reenvío en virtud de los excesivos

plazos que insumiera esta causa y para evitar la violación de la garantía de *ne bis in idem* (v. fs. 32).

I.2. El agravio no es procedente.

I.2.a. Es doctrina de esta Suprema Corte que para que un asunto -así como el conjunto de planteos que congrega el recurso articulado ante el tribunal de la instancia anterior- pueda considerarse válidamente dirimido, no es necesario que la sentencia del citado órgano explicita su respuesta jurisdiccional con sujeción al orden expositivo y argumental adoptado por el recurrente al desgranar sus agravios.

Del contenido de la decisión del juzgador puede colegirse el tratamiento implícito de los planteos formulados por las partes o bien el desplazamiento de un argumento impugnativo articulado en el recurso, a favor de otro cabalmente fundado. En tales supuestos, en tanto el tribunal ha estructurado la solución del caso con arreglo a derecho, no es dable predicar una preterición que haga pertinente el recurso de nulidad (doctr. causas P. 93.196, sent. de 29-X-2008; P. 106.168, sent. de 17-III-2010; P. 116.699, sent. de 1-VI-2016; P. 132.095, sent. de 20-X-2020; e.o.).

I.2.b. Tal ha sido la situación que se presenta en el presente caso.

Los fundamentos de la Cámara para rechazar el reclamo sobre afectación del principio de congruencia también comprenden la respuesta a la denuncia de contradicción en el veredicto antes relatada -y que, a fs. 70, el *a quo* reseñó como postulada ante sus estrados-.

El órgano señalado interpretó que, aunque la



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

fiscalía aludió en su requisitoria que los acusados no tenían la custodia formal de los bienes "...tal circunstancia se compadece" con el hecho de que "...no estaban a cargo del cuidado del Tesoro". Con todo, la referencia a "...no estar a cargo" no implicó para el *a quo* que no hubiera deber respecto de los bienes del Estado en virtud del cargo que ostentaban. El "cuidado" al que alude el tipo penal fue inferido por el magistrado del cargo público que desempeñaba Menéndez como Director Provincial de Casinos Zona I.

De este modo, el Tribunal de Alzada desechó una contradicción en el criterio del señor juez correccional, tanto por dar por probada la acusación en el sentido de que no tenía la custodia formal; y, a su vez, al especificar la fuente y el alcance del deber que correspondía al funcionario acusado -en virtud de los condicionamientos generales impuestos por el cargo-, por fuera de aquella custodia formal (v. fs. 78 vta.).

I.2.c. En forma implícita, pero inequívoca, la Cámara descartó la contradicción postulada por el recurrente al brindar una interpretación que compatibilizó la imputación del ilícito con el deber de custodia más general derivado del cargo de Director Provincial de Casinos de la Zona I (causa P. 130.094, sent. de 11-III-2021; e.o.).

Esta respuesta, que se dijo consideraron omitida, fue sin embargo brindada en el fallo intermedio fundamentalmente al decidir las objeciones sobre el principio de congruencia y la calidad requerida en el sujeto activo del delito atribuido.

De tal suerte, la crítica formulada en el recurso de nulidad sobre este punto carece de sustento.

En todo caso, los vicios relativos a "grosera contradicción" o "contradicción interna por defecto lógico" del fallo en crisis u otros vinculados a supuestas infracciones constitucionales o errores de juzgamiento, desbordan el marco habilitado por el recurso extraordinario de nulidad, siendo eventualmente enmendables a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v., en esp. causa P. 119.172, sent. de 16-XII-2015; e.o.).

II.1. En segundo lugar, la parte recurrente sostiene que no fue tratado el agravio concerniente a la falta de concurrencia del elemento subjetivo de la figura del art. 173 inc. 7 del Código Penal, teniendo en cuenta que además del dolo exige "...el fin de procurar un lucro indebido -para sí o para un tercero-, o bien, el propósito de causar daño" (fs. 7/9 vta., en esp., fs. 7 vta. *in fine*).

La defensa describe los argumentos expuestos ante el *a quo* para objetar lo resuelto en el veredicto sobre este asunto y manifiesta que la Cámara, si bien reseñó el planteo en los antecedentes, no lo abordó. Sólo se habría ocupado de la concurrencia del dolo.

En cuanto al carácter esencial del punto que se dice ignorado, manifiesta que de su presencia depende la adecuación típica o la atipicidad de la conducta enjuiciada, por constituir un componente subjetivo distinto del dolo.

II.2. Acorde a lo dictaminado por la Procuración General, el recurso tampoco procede.

II.2.a. En una de sus alternativas la configuración del ilícito motivo de este proceso requiere, entre los otros requisitos típicos, la concurrencia de un elemento subjetivo especial (motivacional), según se expresa



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

en el texto legal del art. 173 inc. 7 del Código Penal ("...con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido"). Con todo, la referencia concerniente a "para causar daño" ha sido entendida como relativa al dolo; un modo intensificado (dolo directo) atinente al resultado del tipo objetivo: el propósito de perjudicar los intereses confiados (cfr. Sancinetti; *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs. 309/310).

II.2.b. Sentado ello, a la luz del contenido del fallo cuestionado la afirmación del recurrente en orden a la omisión del tema señalado carece de sustento (v. fs. 79 vta./80 vta.).

La Cámara de Apelación trató la cuestión al ocuparse del aspecto subjetivo del ilícito, tanto en respuesta a los planteos del señor De Luca sobre el art. 174 inc. 5 del Código Penal, quien discutió la concurrencia del dolo "directo", refiriendo que no fue probado (v. fs. 47 vta. y 48 vta. del legajo de apelación) como en cuanto a las objeciones presentadas por la defensa del recurrente cuya impugnación ahora se examina.

En este último supuesto se adujo que desde el plano subjetivo era necesario, junto al dolo, el fin de procurar un lucro indebido o el propósito de causar daño (v. fs. 115 vta. y sigs. de la apelación deducida en su favor -en esp. fs. 116 vta.-), y que tales elementos no fueron suficientemente acreditados (v. fs. 117).

II.2.c. Pues bien, el Tribunal de Alzada, al referirse a tales cuestionamientos señaló -citando a Hassemmer- que el dolo debe inferirse de las circunstancias externas que rodean al hecho si el acusado no declara o lo

niega. Y añadió que, en ese sentido, el "propósito" contemplado en la norma (que debe entenderse, según el contexto, como elemento del dolo) se extrae de la actividad del agente o de sus palabras.

Indicó que "...[e]l tipo de infidelidad exige el conocimiento de que se viola el deber de cuidado del patrimonio ajeno, y se perjudican los intereses que fueron confiados". Tras lo cual, con mención a doctrina de autor, explicó en qué consiste el conocimiento propio del dolo en la administración desleal, siendo suficiente que "...el autor por sí mismo, a su propio nivel de comprensión, percibió la valoración que el legislador ha materializado en el concepto correspondiente, resultando suficiente un conocimiento vulgar" (fs. 80).

Yendo al caso, señaló que "...[n]o hay duda alguna que De Luca tenía pleno conocimiento del alcance de sus actos, no sólo por tratarse de un funcionario de carrera que alcanzó uno de los cargos más altos dentro de la estructura del Casino, sino también por haber participado de la maniobra tendiente a ocultar el faltante de fondos, trasladando dinero del Casino de Mar del Plata al Casino Central, lo que en palabras de Hassemer [según antes refiriera] no es otra cosa que la prueba del dolo por la conducta del agente. Esta sola circunstancia es prueba categórica del ánimo del sujeto en las acciones imputadas" (fs. cit.).

Puntualizó también que "...[e]l afán de cubrir el faltante de fondos con el irregular traslado de dinero [sobre el que se hiciera referencia...], es demostrativo del conocimiento y del querer ilícito de su accionar por parte del imputado, y descarta la queja ensayada en ese sentido por



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

el señor defensor" (fs. cit. y vta.).

II.2.d. La Cámara indicó que lo arriba expuesto resultaba igualmente de aplicación para el coimputado aquí recurrente.

Pues, precisó, "...[s]u cargo de director del Casino, sumado a su condición de abogado, descartan la posibilidad de incomprensión de su status de garante y de que no haya percibido que estaba actuando en infracción de los deberes a su cargo" (fs. 80 vta.), sin olvidar lo ya señalado en cuanto al conocimiento de que se viola el deber de cuidado del patrimonio ajeno (confiado) y sobre el perjuicio que ello genera sobre dichos intereses, todo lo cual le era conocido.

II.2.e. En suma, al margen del acierto o error del pronunciamiento, lo que interesa a los fines del recurso abordado es que el Tribunal de Alzada trató y justificó la presencia del conocimiento y el querer que constituyen el dolo exigible por la regla de aplicación al caso.

Al mismo tiempo se expidió sobre lo específico del fin de causar perjuicio (dolo directo). Si bien no hizo análogo desarrollo expreso con relación al otro argumento (referido al lucro indebido como especial elemento subjetivo del art. 173 inc. 7 del Código de fondo), frente a la suficiencia de la motivación del fallo -y el tenor argumental del discurso justificativo en este expuesto acerca del dolo exigible en el caso- no se advierte omisión alguna encuadrable en los arts. 161 inc. 3 apartado "b" y 168 de la Constitución de la Provincia y 491 y concordantes del Código Procesal Penal. Para más, el recurrente no logra fundamentar el invocado rasgo de esencialidad requerido por el precepto constitucional que se dice vulnerado, frente a

la justificación plena de una de las modalidades alternativas del delito imputado por el que viene condenado.

II.2.f. La obligación de los tribunales colegiados de resolver las cuestiones esenciales no implica la de contestar cada uno de los argumentos propuestos por las partes en apoyo de sus pretensiones si con lo dicho resulta suficiente para la atribución del delito en cuestión (conf. doctr. art. 168, Const. prov., por muchos, causa P. 125.631, resol. de 14-X-2015).

Luego, si lo que se pretende objetar es el acierto o la manera en que se resolvieron las cuestiones planteadas, ello es tema ajeno al recurso extraordinario de nulidad (causas P. 111.563, resol. de 22-IX-2010; P. 110.484, resol. de 28-XII-2010; P. 108.084, resol. de 6-IV-2011; P. 108.521, resol. de 1-VI-2011; P. 111.671, resol. de 13-VII-2011; P. 112.191, resol. de 21-IX-2011; P. 116.057 y acum. P. 116.334, resol. de 22-VIII-2012; P. 111.305, resol. de 12-IX-2012; P. 111.290, resol. de 3-X-2012; P. 108.865, resol. de 19-XII-2012; P. 113.257, resol. de 8-V-2013; P. 111.678; P. 114.563 y P. 116.102, resols. de 31-VII-2013; P. 114.008, resol. de 9-X-2013; P. 116.535, resol. de 30-X-2013; P. 114.631, resol. de 9-IV-2014; e.o.).

Con el alcance indicado, voto por la **negativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la primera cuestión también por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. No concuerdo con la opinión del distinguido colega que abre este acuerdo, doctor Fernando D. Soria, pues



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

estimo que es procedente el recurso extraordinario de nulidad deducido por la defensa particular de Menéndez, por las razones que de seguido expondré.

I.1. Contra la sentencia del Juzgado en lo Correccional n° 3 del Departamento Judicial de Mar del Plata que condenó a Gustavo Adolfo Menéndez a la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional e inhabilitación perpetua para el desempeño de cargos públicos, y a Enrique Daniel De Luca a la pena de dos años de ejecución condicional e inhabilitación perpetua para el desempeño de cargos públicos, por resultar coautores responsables del delito de defraudación en perjuicio de la Administración Pública (art. 174 inc. 5, en función del art. 173 inc. 7, y parte final del citado art. 174, todos del Cód. Penal), las defensas de los imputados interpusieron sendos recursos de apelación.

Entre otros agravios y en lo que aquí interesa, los defensores particulares de Menéndez habían planteado en su impugnación que la mencionada sentencia de condena resultó violatoria del principio de congruencia al no observarse el necesario correlato entre el hecho delineado en la requisitoria de elevación a juicio y el finalmente descripto en ese fallo, en trasgresión de la garantía de defensa en juicio.

Sostuvieron que el sentenciante salió del perímetro demarcado por la acusación, el que fuera admitido, al principio, por él mismo. En ese sentido, recordaron que en la requisitoria el hecho se describía de la siguiente manera: *"...en distintos días y horarios acaecidos en el período comprendido entre el 1 de octubre de 2006 y el 23 de*

octubre de 2007, Gustavo Adolfo MENÉNDEZ, como Director Provincial de Casinos Zona I [...] **abusando del poder jerárquico que ostentaba** [...], pese a no tener la custodia formal de los fondos resguardados en el Casino Central de esta ciudad, retiraron en forma reiterada y de manera ilegítima dinero en efectivo del tesoro de esa casa de juegos, ascendiendo el monto de esas extracciones a la suma de seiscientos mil pesos..." (fs. 103, expte. digitalizado; el destacado figura en el original). Para la defensa esa descripción del hecho resultaba atípica, lo que así argumentó al efectuar el alegato, desde que en el Código Penal no existe la figura de "administración fraudulenta por abuso de autoridad".

Expresaron que en el fallo de condena, el magistrado, tras dar por probados los hechos tal como lo había sostenido el fiscal, manifestó que "'En el presente caso ambos imputados revestían las calidades requeridas para ser sujetos activos del delito, puesto que, como se examinó en el punto precedente, **ambos habían sido investidos por sendos actos administrativos de la autoridad pública, si bien no del manejo, sí del cuidado y custodia de los fondos correspondientes, en el caso de MENÉNDEZ de todos los casinos de la Zona I...**' (v. fs. 1876)" (fs. 103 vta., íd.).

La defensa adujo que de ese pronunciamiento no resultó claro si Menéndez tenía o no la custodia formal de los fondos, y que, en definitiva, para poder condenarlo necesitó agregar el "pedazo" que le faltaba a la figura contenida en la descripción del Ministerio Público y así completarla, pues de lo contrario resultaba la atipicidad de la conducta atribuida al nombrado.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

Denunciaron que ese fallo estaría viciado de una "severísima y grosera contradicción" (fs. 104 vta., íd.), en tanto, por un lado, se afirmó que Menéndez no tenía la custodia formal de los fondos del Casino Central -es decir, conforme surgió de la descripción fáctica que tuvo por probada la acusación fiscal y que el sentenciante reprodujo e hizo propia-, mientras que, por otro lado (v. fs. cit.), se sostuvo que "...estaba investido por sendos actos administrativos de la autoridad pública, si bien no del manejo, sí del cuidado y custodia de los fondos correspondientes a todos los casinos de Zona I (lo que por supuesto, incluye al Casino Central, más otros nueve casinos)" (íd.).

En suma, en lo concreto a ese aspecto de la apelación, la defensa de Menéndez había planteado dos agravios: por un lado, que el pronunciamiento originario carecía de la necesaria congruencia entre lo sostenido en la acusación y la sentencia; y, por otro, que contenía fundamentos contradictorios e incoherentes en su propio discurso de justificación, y -con apoyo en doctrina de autor- que ello había generado una incompatibilidad entre los razonamientos jurídicos expuestos que habría imposibilitado determinar las razones que fundamentaron la decisión apelada.

I.2. Por su parte la Cámara entendió que no se trasgredieron las garantías denunciadas ni que haya existido algún menoscabo a la estrategia defensiva al fundar el sentenciante originario la subsunción legal del hecho atribuido a los encartados. En ese sentido expresó que "...de una lectura del hecho descripto a lo largo del trámite de la

causa [...] se advierte que el mismo se mantuvo incólume..." (fs. 77, expte. digitalizado).

El *a quo* agregó que el señor juez correccional no se extralimitó respecto al objeto procesal del debate delimitado por el señor fiscal al concretar la acusación, señalando que "...si bien el señor Agente Fiscal, al precisar la imputación con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubican en el mundo de los hechos (temporal y espacial), refirió que los imputados no tenían la custodia formal de los bienes, tal circunstancia se compadece con el hecho, aceptado asimismo por la defensa, en relación a que no estaban a cargo del cuidado del tesoro. // Pero otra cosa muy distinta es que el Juez infiera el elemento normativo del tipo (cuidado) de la descripción, a partir del cargo que ostentaban los procesados Gustavo Adolfo Menéndez -como Director Provincial de Casinos Zona I-, y Enrique Daniel De Luca -a la sazón, Jefe de Administración del Casino de Mar del Plata-", para afirmar que ambos "...se encontraban obligados institucionalmente al cuidado de los bienes" (fs. 78 vta., íd.).

En este tramo del fallo, el tribunal recurrido concluyó que "...se puede inferir que si lo importante es el acontecimiento histórico imputado, ante un error de subsunción en la acusación, el Juzgador puede calificar de distinta manera el hecho, siempre y cuando se mantenga dentro de los límites de la intimación. A la luz de lo expuesto, no advierto impedimento alguno que en el *sub-lite*, ante una omisión del elemento normativo del tipo (custodia material) en la descripción del hecho efectuada por el Agente Fiscal, el *a quo* pudiera encuadrarlo -como lo hizo- conforme la



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

situación fáctica desarrollada por aquél.// En definitiva, [...] no hubo variación sustancial de las circunstancias del hecho intimado respecto de aquel por el que resultaron condenados" (fs. 79, expte. digitalizado).

De ese modo, no encontrando afectados los principios de debido proceso y derecho de defensa, resolvió desestimar "el agravio en tratamiento". Finalmente, la Cámara expresó: "Nada más para decir sobre el asunto" (íd.).

II. En el recurso extraordinario de nulidad, el impugnante denunció que el *a quo* confirmó el veredicto y sentencia de condena en abierta infracción del art. 168 de la Constitución de la Provincia.

En primer lugar, se refirió al agravio sobre el "...concreto planteo de la contradicción que contiene la sentencia del Juez Correccional de Mar del Plata y cuya decisión es conducente para la solución de la litis" (fs. 6, expte. digitalizado).

La defensa sostuvo que si bien la decisión atacada mencionó que la defensa de Menéndez había planteado la afectación de los principios de congruencia y contradicción, "...sin embargo sintetiza únicamente el que tiene que ver con el principio de congruencia" (fs. 6 vta., íd.).

Luego de transcribir la porción pertinente del fallo en crisis, expresó: "Sin esfuerzo alguno se verifica que la Cámara de Apelación y Garantías de Bahía Blanca no reseñó el agravio en torno a la contradicción interna de la sentencia y en forma coherente con tal defecto no le dio ningún tratamiento en las páginas posteriores de su fallo" (fs. 7, íd.).

La parte recurrente reafirmó su reclamo resaltando

la "independencia y relevancia del agravio omitido", manifestando que los planteos de afectación del principio de congruencia y de afectación a la regla de no contradicción son a todas luces independientes. En ese sentido, agregó que "El primero alude a la incongruencia entre la imputación y la sentencia, mientras que el segundo se refiere a un defecto lógico interno de la sentencia que la convierte en un acto jurisdiccional con fundamento aparente y que merece ser descalificado por infringir los Arts. 106 CPP, 1 y 18 CN, y configurar por lo demás un supuesto de arbitrariedad de sentencia según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (fs. 7, cit.).

Concluyó este tramo de la impugnación argumentando que la contradicción de la sentencia denunciada en la apelación resultaba de haberse expresado, por un lado, que Menéndez no tenía la custodia formal de los fondos resguardados -conforme surgía del hecho descripto y probado por la acusación, que ese fallo hizo propio- y, por otro, a los fines de la subsunción en los términos del art. 173 inc. 7 del Código Penal, que sí tenía el cuidado y custodia de los bienes según los decretos de designación y disposiciones que se entendieron aplicables al caso (ley 10.430).

En suma, la defensa entendió haber demostrado la omisión de cuestión esencial y la infracción del citado art. 168 de la Constitución provincial.

III. El señor Procurador General dictaminó por el rechazo del agravio reseñado por entender que los planteos que sustentaron la apelación quedaron "desplazados" en el fallo revisor (v. fs. 47, expte. digitalizado). No concuerdo con su interpretación pues, como lo anticipé, considero que



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

el reclamo prospera.

IV. Conforme resulta de la reseña efectuada, la Cámara mencionó que la defensa había planteado en la apelación la afectación de los principios de congruencia y contradicción.

Sin embargo, al momento de sintetizar los argumentos contenidos en la impugnación que abrió su instancia revisora se refirió únicamente a los planteos relacionados con el principio de congruencia y dio respuesta al mismo desde ese enfoque, esto es, en lo relacionado con la correspondencia debida entre el hecho descripto por el acusador y aquel por el que se condenó a los imputados.

Resulta diáfano del fallo en crisis que el tribunal recurrido no atendió el restante y concreto agravio sobre el denunciado vicio lógico de autocontradicción que ostentaría la sentencia de condena en cuanto al discurso interno de justificación jurídica al que se arribó.

Es decir, la defensa había cuestionado que el pronunciamiento originario estableciera, por un lado, que Menéndez no tenía la custodia formal de los fondos sustraídos y, por otro, que sí la tenía, y ese puntual contenido del fallo condenatorio dio origen a dos de los agravios que desarrolló en la apelación: la denuncia de violación del principio de congruencia y de afectación del principio de no contradicción.

Ambos temas (agravios), por cierto, diferentes, no se desplazan ni autoexcluyen recíprocamente. Es decir, en el tratamiento del planteo sobre la denunciada trasgresión de la congruencia, lo decidido a su respecto, dejó subsistente el otro reclamo referido a la contradicción lógica que la

defensa le atribuyó a la decisión condenatoria, vicio que entendió que la descalificaba como acto jurisdiccional válido.

En definitiva, ese segundo agravio no obtuvo ninguna respuesta por parte de la Cámara, y el mismo -como bien señaló la parte recurrente- no solo resultaba independiente del anterior, sino que su tratamiento además era relevante, en tanto se trataba de una cuestión esencial, con virtualidad, en caso de prosperar, de poner en jaque eventualmente la validez intrínseca de la cuestionada decisión jurisdiccional.

Así entonces, en atención a que el órgano revisor no abordó ni explícita ni implícitamente la referida cuestión, la que conforme se reseñó tampoco resultó debidamente desplazada, ha quedado evidenciada la trasgresión constitucional alegada por la defensa (art. 168, Const. prov.).

V.1. En la apelación formulada contra la sentencia originaria referenciada en el apartado I.1. de la presente, en lo igualmente pertinente a esta cuestión, la defensa también había denunciado la falta de precisión de ese fallo en la acreditación de los elementos subjetivos del tipo, en violación de los principios de legalidad y de tipicidad (arts. 18 y 75 inc. 22, Const. nac.). En ese marco, alegó que la conducta imputada (art. 173 inc. 7, Cód. Penal) exige desde el plano del tipo subjetivo el dolo, como bien señaló el señor juez correccional, pero que el mismo "...debe ir acompañado indefectiblemente por [los] elementos del tipo subjetivo del tipo *el fin de procurar un lucro indebido -para sí o para un tercero-*, o bien, *el propósito de causar daño*" (fs. 116 vta.,



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

expte. digitalizado).

En ese contexto, transcribió la porción del pronunciamiento originario en el que se expresó que: "*En el presente caso, MENENDEZ y DE LUCA actuaron con conocimiento pleno de las acciones que perjudicaban indebidamente los intereses confiados, con el fin de causar un daño al patrimonio del Estado ya para procurar beneficio para terceros (que se favorecían con pagos adelantados y no autorizados por Lotería, o simplemente que nunca serían autorizados, como en el 'incidente Cali') o incluso para sí ('...todo el mundo supuso que MENENDEZ tenía miedo de perder el puesto por todo eso' -Lombardo, fs. 1049/50)*" (apelación, fs. 115 vta., íd.).

Teniendo en cuenta esa redacción efectuada por el juzgador, cuestionó el "potencial" en el que "básicamente" se habría enmarcado el accionar de Menéndez, en cuanto resultaría que "pudo ser esto o aquello", esto es, "...a) Causar un daño al Estado; o b) Procurar un beneficio para terceros; o c) Incluso para sí" (fs. cit.). En esencia, argumentó que "No se puede afirmar genéricamente este elemento subjetivo del tipo como se hace" (íd.).

De seguido, formuló distintos interrogantes, siempre con el afán de evidenciar la falta de precisión del fallo condenatorio, como la ausencia de la subjetividad que la figura legal aplicada exige, tales como: "¿Por qué Menéndez querría causar un daño al estado?"; "¿quiénes fueron los terceros beneficiados?"; y, por último, "¿qué beneficio tendría nuestro defendido?".

En suma, ante la alegada "escasez y debilidad" del material probatorio ponderado, a la vez que de su análisis

se podría "arribar a otra u otras conclusiones" (fs. 117, expte. digitalizado), denunció la afectación del principio de razón suficiente y la existencia de una fundamentación aparente, vicios que -a su entender- descalificaban la sentencia condenatoria por no ser un acto jurisdiccional válido (arts. 106, 201 y 203, CPP), por la afectación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22, Const. nac.), como del beneficio de la duda (art. 1, CPP).

V.2. La Cámara, por su parte, expresó: "Y en cuanto a la acreditación del aspecto subjetivo, como bien apunta Hassemer, el dolo debe recaer sobre un objeto que se esconde detrás de un muro, detrás de la frente de una persona, por lo que si el imputado no declara o niega el hecho, es necesaria una inferencia a partir de aquellas circunstancias externas. // En ese sentido, el propósito contemplado en la norma se extraerá ya sea de la actividad del agente -anterior, contemporánea o posterior-, o de sus palabras [...] La doctrina dominante sostiene que el alcance del conocimiento de la contrariedad al deber, exigible para fundamentar que el autor ha obrado con dolo de administración desleal, sólo requiere que según su propio nivel de comprensión, haya percibido que estaba actuando en infracción a los deberes a su cargo (art. 17[3] inc. 7° del Código Penal). El fundamento es que la infracción de deber es un elemento normativo del tipo, que no hace referencia a hechos naturales sino a institutos jurídicos [...] // No hay duda alguna que De Luca tenía pleno conocimiento del alcance de sus actos, no sólo por tratarse de un funcionario de carrera que alcanzó uno de los cargos más altos dentro de la estructura del Casino, sino



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

también por haber participado en la maniobra tendiente a ocultar el faltante de fondos, trasladando dinero del Casino del Mar al Casino Central, lo que en palabras de Hassemmer no es otra cosa que la prueba del dolo por la conducta del agente. Esta sola circunstancia es prueba categórica del ánimo del sujeto en las acciones imputadas. // El afán de cubrir el faltante de fondos con el irregular traslado de dinero a que hice referencia antes de ahora, es demostrativo del conocimiento y del querer ilícito de su accionar por parte del imputado, y descarta la queja ensayada en ese sentido por el señor defensor. // Lo expuesto resulta de aplicación también para el coimputado Menéndez. Su cargo de director del Casino, sumado a su condición de abogado, descartan la posibilidad de incompreensión de su status de garante y de que no haya percibido que estaba actuando en infracción de los deberes a su cargo..." (fs. 79 vta./80 vta.).

VI. Esa decisión también fue cuestionada por la defensa, quien en el recurso extraordinario de nulidad en análisis denunció la omisión de tratamiento de la cuestión esencial planteada en la apelación referida a la ausencia del elemento subjetivo, independiente del dolo, exigido en la figura del art. 173 inc. 7 del Código Penal.

Procedió a transcribir los tramos del fallo en crisis en los que "solo se trató el dolo" (fs. 8 vta., versión digital), de los que resultaría -según expuso- que el a quo "omitió cabalmente" tratar los concretos planteos contenidos en la impugnación que llevó a su instancia de revisión.

A continuación, puso de relieve la "esencialidad del agravio omitido" afirmando que refiere a "...un elemento distinto del dolo y adicional de esta figura delictiva" (fs.

9, íd.) y que, entonces, también se debió demostrar junto con los demás elementos del tipo penal para tener por cumplido el juicio de tipicidad derivado del principio de legalidad (arts. 18, Const. nac. y 9, CADH), "...pues de lo contrario, si no concurre tal extremo como afirma esta defensa el hecho deviene atípico" (fs. cit.).

VII. La Procuración General dictaminó también por el rechazo de este agravio, en el entendimiento de haber recibido "tratamiento expreso" (fs. 47 vta., expte. digitalizado) en el fallo recurrido. Al igual que respecto del reclamo analizado anteriormente, disiento con ese dictamen y, en consecuencia, concuerdo con el responde que la defensa efectuó a su respecto (v. memoria -art. 487, CPP-, fs. 64 y vta., expte. digitalizado).

VIII. Conforme resulta de la reseña efectuada, el tribunal revisor se dedicó únicamente a tratar el tema del dolo que entendió presente en la conducta de los imputados, desatendiendo por completo el concreto agravio que la defensa de Menéndez había formulado referido a la falta de precisión y de debida demostración del componente subjetivo, distinto del dolo, que la figura legal exige, conforme su previsión en el art. 173 inc. 7 del Código Penal.

De tal modo, la Cámara incurrió una vez más en transgresión del art. 168 de la Constitución provincial al omitir el tratamiento de dichas cuestiones esenciales, en la medida en que el reclamo pudo haber derivado, en caso de receptación favorable, en la atipicidad alegada por la defensa y, consecuentemente, en la absolución (art. 168, Const. prov.).

Asimismo, corresponde señalar que el recurrente



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

consiguió demostrar el carácter esencial de las cuestiones preteridas en el pronunciamiento recurrido (conf. causa P. 76.228, sent. de 4-VI-2008), debiéndose tener en consideración que a "...los fines del recurso extraordinario de nulidad, resultan esenciales las cuestiones o tópicos propuestos que puedan objetivamente incidir en la solución del litigio y que, omitidos, conllevan a la nulidad del fallo" (conf. causa P. 116.841, resol. de 11-VI-2014; e.o.).

Cabe recordar que el art. 168 de la Constitución provincial exige que los tribunales de justicia resuelvan todas las cuestiones que les fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales.

IX. Por lo expuesto, y al margen de cualquier consideración que excedería el marco de abordaje de la cuestión planteada, considero que es procedente la denuncia de trasgresión del art. 168 de la Constitución de la Provincia.

Así entonces, corresponde dejar sin efecto la sentencia impugnada y devolver los autos a fin de que un tribunal debidamente integrado se expida sobre los planteos omitidos, los que tienen directa incidencia en la concreta conducta atribuida a ambos imputados, como también en la subsunción legal que a su respecto corresponda (arts. 430, 492 y concs., CPP).

Voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Torres dijo:

Concuero con el voto del doctor Genoud por los fundamentos expuestos y a tenor de las siguientes

consideraciones adicionales.

I. En lo que atañe a la omisión de tratamiento de la tacha de autocontradicción de la sentencia de condena, la defensa demostró la relevancia de la cuestión para poner en jaque, de prosperar, la validez intrínseca de lo decidido, pues -como se sabe- el denunciado defecto lógico puede privar a la sentencia de sustento suficiente, sobre todo porque en el caso se trata de afirmaciones acerca de un tópico esencial para analizar y confirmar los elementos del tipo que exige la figura contemplada en el art. 173 inc. 7 del Código Penal, como es la relación que tenía el imputado con el patrimonio ajeno.

En tal sentido, conviene tener presente que esta Suprema Corte ha sostenido en otros casos (por ej., causa P. 119.172, sent. de 16-XII-2015), que debe descalificarse por configurar un supuesto de arbitrariedad "...lo resuelto cuando la sentencia apelada ha utilizado argumentos contradictorios y se funda en apreciaciones dogmáticas que sólo satisfacen de manera aparente la exigencia constitucional de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos de la causa (Fallos: 312:1635 y 1953; 313:751; 315:119)" (conf. Palacio de Caeiro, Silvia B.; *El recurso extraordinario federal*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 125; v. también CSJN Fallos: 310:1069; 315:575 y 2468; 323:2900; 338:623; 340:1259; e.o.), y que "La exigencia de que los fallos tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir"



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

(CSJN Fallos: 321:2375 y 2478; conf. Palacio de Caeiro; ob. cit., pág. 128; causa P. 113.945, sent. de 22-X-2014).

De igual forma, siempre es importante recordar a Ferrajoli cuando sostiene que "El modelo cognoscitivo del proceso penal [...] confiere [...] un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del poder judicial y a la validez de sus pronunciamientos, que no reside ni en el valor político del órgano judicial ni en el valor intrínseco de justicia de sus decisiones, sino en la *verdad*, inevitablemente aproximativa o relativa, de los conocimientos para cuya adquisición resulta idóneo y que asume en concreto como base de sus pronunciamientos [...] Las sentencias [...] exigen una motivación que debe ser fundada en hecho y en derecho. Las sentencias penales, en virtud de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, exigen una motivación que, además, debe fundarse en argumentos cognoscitivos en cuanto al hecho y reconocitivos en derecho [...] Y puesto que el valor de las aserciones es la *verdad*, de ello se sigue que las sentencias penales son los únicos actos normativos cuya *validez* se funda sobre la *verdad* [...] Verificabilidad y verificación de las motivaciones [...] son, por otro lado, las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales [...] Este nexo entre *verdad* y *validez* de los actos jurisdiccionales representa el primer fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del poder judicial en el moderno estado representativo de derecho. Una actividad cognoscitiva, aunque incluya inevitablemente opciones, convenciones y momentos de decisión, no puede, por principio,

someterse a otros imperativos que no sean los inherentes a la investigación de la verdad. Y cualquier condicionamiento de poder externo, por más acreditado que pueda estar ética o políticamente, no sólo no contribuye al esclarecimiento de la verdad, sino que por el contrario se opone a ese fin. El principio de autoridad [...] no puede ser nunca un criterio de verdad" (Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, págs. 542/544).

El mismo autor, al analizar el método legal de la formación de las pruebas, concluye en la obligación de la motivación de las decisiones judiciales y sostiene en lo que aquí interesa que "Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la 'validez' de las sentencias resulta condicionada por la 'verdad', aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el 'poder tan inhumano' puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el 'saber', también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas [...] Y son vicios lógicos [...] no sólo los que violan la lógica deductiva de la subsunción legal, sino asimismo los que contrastan con la



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

lógica inductiva de la inducción probatoria: por ausencia de argumentos suficientes para confirmar por *modus ponens* las hipótesis acusatorias, o por la presencia de argumentos idóneos para invalidarlas por *modus tollens*, o, finalmente, por no haber sido desvirtuadas por *modus tollens* las contrahipótesis defensivas" (Ferrajoli; ob. cit., págs. 622/623).

II. Mientras que el agravio concerniente a la falta de concurrencia del componente subjetivo del injusto previsto en el art. 173 inc. 7 del Código Penal también constituye una cuestión esencial, por cuanto la tipicidad de la conducta depende, entre los restantes requisitos típicos, de la concurrencia de alguno de los elementos subjetivos especificados en el texto legal (fin de lucro o propósito de causar daño), además del dolo: "La no concurrencia del elemento subjetivo del injusto, aun cuando subsista el dolo, conducirá a la impunidad de la conducta, salvo que dicha conducta dolosa integre otro tipo delictivo" (Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl [dirección]; *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ra. Edición, Tomo 7, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 239; en igual sentido D'Alessio, Andrés José [dirección]; *Código Penal comentado y anotado*, 2da. Edición, Tomo 2, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 721).

El asunto, abordado en el veredicto e impugnado en el recurso de apelación, integraba la materia que necesariamente debía decidir el Tribunal de Alzada, a pesar de lo cual guardó silencio sobre el punto.

En mi opinión, no hay forma de interpretar que el tema haya sido abordado, ni siquiera implícitamente (v. fs.

79 vta./80 vta.). En efecto, al ocuparse la Cámara del aspecto subjetivo del ilícito lo hizo en respuesta a los planteos de De Luca sobre el art. 174 inc. 5 del Código Penal -respuesta que extendió a Menéndez-, quien discutió la concurrencia del dolo, sin presentar objeciones sobre los elementos subjetivos del tipo del art. 173 inc. 7 (v. fs. 47 y sigs. de su apelación), sobre lo cual sí se había agraviado Menéndez (v. fs. 115 vta. y sigs. de la apelación deducida en su favor). La Cámara, citando a Hassemer, indicó que el dolo debe inferirse de las circunstancias externas del hecho si el acusado no declara o niega el hecho y añadió que, en ese sentido, el "propósito" contemplado en la norma (debe entenderse, según el contexto, como elemento del dolo) se extraerá de la actividad del agente o de sus palabras. Seguidamente, aludió a doctrina que explica en qué consiste el conocimiento propio del dolo en la administración desleal.

En suma, el Tribunal de Alzada justificó la presencia del conocimiento y el querer que constituyen el dolo, sin abordar lo específico -y diverso- de los elementos subjetivos del tipo en tanto fin de lucro indebido o para causar daño exigidos por el art. 173 inc. 7 del Código de fondo.

Voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Carral dijo:

Con las consideraciones adicionales efectuadas por el doctor Torres, adhiero al voto del doctor Genoud por los mismos fundamentos expuestos.

Voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

doctor Maidana dijo:

Por los mismos fundamentos, adhiero al voto del señor Juez doctor Genoud y, de igual forma, hago propias las consideraciones hechas por el doctor Torres.

Así lo voto.

A la segunda, tercera y cuarta cuestión planteadas, el señor Juez doctor Soria dijo:

En vista de la solución dada en la primera cuestión planteada, no corresponde el tratamiento de las presentes.

Así lo voto.

La señora Jueza doctora **Kogan** y los señores Jueces doctores **Genoud, Torres, Carral y Maidana**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la segunda, tercera y cuarta cuestión en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Procurador General, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario de nulidad deducido, se deja sin efecto la sentencia impugnada y se reenvían los autos a fin de que un tribunal debidamente integrado se expida sobre los planteos omitidos, los que tienen directa incidencia en la concreta conducta atribuida a ambos imputados, como también en la subsunción legal que a su respecto corresponda (arts. 430, 492 y concs., CPP). En consecuencia, queda desplazado el tratamiento de las restantes cuestiones formuladas en la presente.

Difiérase, para su oportunidad, la regulación de los honorarios profesionales correspondientes a los doctores

Carlos Agustín Scarabel, Ramiro Pérez Duhalde, Emanuel F. R. Rives, Juan Isidro Pérez Duhalde y César Raúl Sivo por su labor ante esta instancia (art. 31, ley 14.967).

Regístrese y notifíquese (conf. resol. Presidencia 10/20, art. 1 acápite 3 "c"; resol. SCBA 921/21).

Suscripto por el Actuario interviniente, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 14/12/2022 13:15:05 - CARRAL Daniel Alfredo

Funcionario Firmante: 14/12/2022 15:31:07 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 14/12/2022 15:57:37 - KOGAN Hilda - JUEZA

Funcionario Firmante: 14/12/2022 16:54:38 - TORRES Sergio Gabriel - JUEZ

Funcionario Firmante: 14/12/2022 17:02:51 - MAIDANA Ricardo Ramon - JUEZ

Funcionario Firmante: 15/12/2022 09:13:10 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 15/12/2022 09:18:27 - MARTÍNEZ ASTORINO Roberto Daniel - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

244500288004099407

SECRETARIA PENAL - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS DE SUPREMA CORTE el 15/12/2022 09:30:25 hs. bajo el número RS-149-2022 por SP-VILLAFañE MARIA BELEN.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*